



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 10 - Sayı: 1 - Ocak 2024

Anadolu Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi
Prof. Dr. Fuat ERDAL

Yayın Kurulu Başkanı
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ

Baş Editör
Doç. Dr. Tolga AKKAYA

Editör
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK
Arş. Gör. Dr. Neyzen Fehmi DOLAR

Editör Yardımcısı
Arş. Gör. Burak IŞIK
Arş. Gör. Gökçe VAROL KARAOSMANOĞLU
Arş. Gör. Emirhan AYDIN

Dil Editörleri
Doç. Dr. Reşit KARAASLAN (Almanca)
Dr. Öğr. Üyesi Merve KUTLU MUTLUER (İngilizce)
Öğr. Gör. Dr. Halil DÜZENLİ (İngilizce)

İletişim Adresi
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Yunusemre Kampüsü
Tepebaşı / ESKİŞEHİR
Tel: +90 (222) 335 05 80 - 2240
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr
Elektronik Ağ: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd>

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

Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj
Emre KIZMAZ

Yayın Yeri | Yılı
Ankara | Şubat 2024

e-ISSN
2687-394X

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

AndHD,     

veritabanlarında indekslenmektedir.

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

Danışma Kurulu^(*)

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

^(*) Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Yayın Kurulu^(*)

- Prof. Dr. İbrahim KAYA (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa AVCI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver BOZKURT (*Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR (*Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Uğur YİĞİT (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (*Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

^(*) Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve alfabetik sıraya göre gösterilmektedir.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ("AndHD")

Amaç

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hukukun her alanında hazırlanan özgün ve bilimsel çalışmaların elektronik ortamda yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Kapsam

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergide hukukun her alanından hakemli makale, çeviri, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilmektedir. Yazı dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

Etik İlkeler ve Yayın Politikası

Yayın etiğinde en iyi uygulamaları esas alan Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler.

Dergi editörünün, yazarların ve hakemlerin, görev ve sorumluluklarının bu çerçevede belirlendiği AndHD'de süreçler COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınarak yönetilir. Ayrıca, özellikle İngilizce yayımlanan bilimsel makaleler için, Avrupa Bilim Editörleri Birliği (*European Association of Science Editors - EASE*) tarafından belirlenen ilkelere uyulması tavsiye edilir.

Yazarlar

- Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir.
- Çalışmalarda, birden fazla yazar olması halinde, yazarların tümünün yazarlık ölçütlerine uyması ve her bir yazarın ilgili çalışmaya *kayda değer ölçüde* katkı sunmuş olması beklenir. Çok yazarlı çalışmalar için **Katkı Oranı Beyan Formunun** her bir yazar tarafından imzalanarak sisteme yüklenmesi gerekir. Her bir yazar tüm çalışmadan sorumludur.
- Çalışmanın hazırlanmasına katkı sunmuş, ancak çalışmada yazar olarak belirtilmeyen kişilerin isimlerine de yer verilmesi gerekirken, bu kişiler ilgili çalışmadan sorumlu tutulmazlar. Bu kişilerin çalışmaya katkıları, çalışmanın ilk sayfasında başlığa eklenecek bir yıldızlı dipnotla belirtilir.
- Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.
- Editörler Kurulu'nun gerekli gördüğü hallerde, çalışmalara ilişkin ham verilerin teslim edilmesi gerektiğinden, yazarlar, yayımlanan çalışmaya ilişkin verileri 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

Hakemler

- Makaleleri tarafsız ve nesnel esaslara göre değerlendirmesi beklenen hakemlerin, yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin çalışmalarda hakemlik yapması beklenir. Hakemin ilgili çalışmanın değerlendirilmesi hususunda kendini yetkin görmemesi halinde hakemlik görevinden kaçınılmalıdır.
- Hakemlerin gizliliği esastır. Hakemlerin başka kişilerle ilgili çalışmalarını tartışması yasaktır. Ancak gerekli görülmesi halinde, editörün kararıyla, hakemin ilgili çalışmaya ilişkin yorumları, aynı çalışmanın diğer hakemleri ile paylaşılabilir.

- Görevi kabul eden hakemin çalışmaya ilişkin değerlendirmesini belirtilen süreler içinde editöre göndermesi, hakemlik görevini verilen süre içerisinde yerine getiremeyeceği kanaatine varması halinde, zaman kaybetmeden editörü bilgilendirmesi beklenir.
- Hakemler çıkar çatışması halinde hakemlik görevini reddetmeli, çıkar çatışmasının sonradan fark edilmesi halinde ise editörü bilgilendirmelidir.

Editörler

AndHD dergi editörleri OPE Dergi Editörleri için Etik Davranışlar ve En İyi Uygulamalar Kılavuzu ile COPE Dergi Editörleri için En İyi Uygulamalar Kılavuzu'nda yer alan ilkelerle bağlıdır. Bu çerçevede,

- AndHD'ye gönderilen çalışmalar, yazarların cinsiyetinden, etnik kökeninden, dini inancından ve benzeri şekilde ayrımcılığa sebebiyet verecek herhangi bir unsurdan bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem değerlendirmeleri sonucunda yayıma uygun bulunan çalışmaların, en yakın sayıdaki eserlerin çeşitliği, önemi, güncelliği vb. gibi sebeplerle bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verilmesi mümkündür.
- Dergiye gönderilen çalışmanın; derginin amaç ve kapsamına ile yazım kurallarına ve yayın politikasına uyumu, özgünlüğü ve önemi yönünden yayıma uygun görülmemesi halinde hakeme gönderilmeden editör tarafından reddedilmesi mümkündür. Bu durumda, ret kararının sebebi açık şekilde yazar ile paylaşılır.
- Editörlerin, hakemleri bilgi ve uzmanlıklarına uygun çalışmalar için görevlendirmesi esastır. Atanan hakemle, değerlendirme sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılması editörün sorumluluğundadır.
- Derginin hakemleri için bir liste oluşturan editör, hakemlerin performansını da esas alarak bu listeyi güncellemekle yükümlüdür. Editör, görevini burada ve atıf yapılan metinlerde açıklanan ilke ve esaslara uygun olarak yerine getirmeyen hakemleri listeden çıkarır.
- Editör, çift taraflı hakemlik sisteminin gerekleri başta olmak üzere menfaat sahiplerinin, paylaşımı zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, gizli bilgilerinin korunması için azami özeni gösterir.

Yazım Kuralları

Yazım Dili

Çalışmaların dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

Dosya Formatı

Çalışmalar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır.

İletişim Bilgileri

Çalışma dosyaları ile birlikte yazarın adına ve soyadına, unvanına, çalıştığı kuruma, ORCID numarasına, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler editöre ulaştırılmalıdır.

Ana başlık Öz ve Anahtar Kelimeler

Dergiye gönderilen makaleler Türkçe ve yabancı dilde (İngilizce veya Almanca) başlık, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ile ilgili makaledeki konuyu tanımlayan en az beş anahtar kelimeyi içermelidir.

Sayfa Düzeni

Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmalıdır.

- Kâğıt boyutu: A4
- Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
- Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı

Yazının Türkçe ve altında yabancı dilde başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazarın unvanı, adı ve soyadı yabancı dilde konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır.

Yazarın (varsa) görev yaptığı kurum ve unvanı, e-posta adresi ve ORCID numarası ilk sayfada (yıldızlı) dipnot olarak belirtilmelidir.

Başlıklar

Bölüm başlıkları, "I, II, III, ..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.

Alt başlıklar, "A, B, C..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar "1, 2, 3, ..." ve ardından gelenler "a, b, c..." "aa, bb, cc...", "aaa, bbb, ccc..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

(Örnek:

I. İKİ YANA YASLI BİÇİMDE, KALIN, 12 PUNTO, TÜM HARFLER BÜYÜK

A. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

1. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

a. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aaa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük)

Kısaltmalar

Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

(Örnek: İlk kullanım için Türk Medeni Kanunu (TMK). İkinci kullanım için TMK)

Atıf Kuralları

Hazırlanan çalışmalarda atıflar dipnot usulüne göre yapılmalıdır. Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden önce kullanılmalıdır.

Metin içinde yer verilen yazar soyadları ilk harfi büyük ve italik olarak yazılır.

(Örnek: Eren,)

Dipnotlar

Dergiye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı olmalıdır.

Bir yazarlı kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır. Tek baskı olanlarda baskı sayısının belirtilmesine gerek bulunmamaktadır.

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

Makalelerde, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayımlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: ARSEBÜK, A. Esat: "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 7.)

Birden fazla yazarlı kitap ve makalelerde, yazarların ad ve soyadlarının arasına "/" işareti koyulmalıdır.

(Örnek: AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 10)

Editörlü kitaplar ve sempozyum vb. yayınlarında, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde eser (bölüm) adı, (Ed.) kısaltması, editör veya çevirmenin soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: ROHE, Mathias: "Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55.)

Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb. yayınlarda, yayımlayan, yayının adı, yayın tarihi, sayfa numarası ("s.") sırasıyla verilmelidir.

(Örnek: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission): Guidelines on Political Party Regulation by OSCE/ODIHR and Venice Commission Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010), 2010, s. 13.)

Yüksek lisans ve doktora tezlerinde, yazarın soyadı ve adı, italik olarak tez başlığı, üniversite ve enstitü adı, şehir, yıl ve sayfa numarası belirtilmelidir.

(Örnek: MANAVGAT, ÇAĞLAR: *Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1988, 42.)

İlk kullanımdan sonraki dipnotlarda, sadece soyadları ile yazılmalıdır.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10.)

Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ve kaynakçada ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda; yazarın soyadı, italik olarak eserin kısaltması ve sayfa numarası usulü izlenmelidir.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, *Başlangıç Hükümleri*, s. 10.)

Dipnotta birden fazla eser bulunması halinde aralarında ";" işareti kullanılmalıdır.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10; ARSEBÜK, s. 13.)

Yargı kararlarına yapılacak atıflarda; mahkeme adı, dairesi, karar tarihi, esas ve karar numarası belirtilmelidir.

(Örnek:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı:

AİHM, Başvuran, B. No: ..., T. ..., (varsa paragraf numarası) §

Anayasa Mahkemesi kararı:

AYM, T. 25.06.2020, E. 2020/16, K. 2020/33

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararı:

AYM, Başvuran, B. No: ..., T. ..., (varsa paragraf numarası) §

Uyuşmazlık Mahkemesi kararı:

UYM, T. 15.11.1999, E. 1999/24, K. 1999/31

Yargıtay kararı:

Yargıtay, 2. HD., T. 02.01.2015, E. 2012/01, K. 2015/03

Danıştay kararı:

Danıştay, 13. D., T. 08.07.2020, E. 2020/1825, K. 2020/1848

Bölge Adliye Mahkemesi kararı:

Ankara BAM, 1. HD., T. 02.10.2017, E. 2017/696, K. 2017/976

Bölge İdare Mahkemesi kararı:

Ankara BİM, 2. İDD., T. 27.04.2018, E. 2017/13600, K. 2018/998

Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilmelidir.

(Örnek: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd> E.T.: 07.07.2019)

Mevzuata yapılacak atıflarda, ilgili mevzuatın yayımlandığı Resmî Gazete'nin tarih ve sayı bilgileri belirtilmelidir.

(Örnek: ... tarihli ve ... sayılı Resmî Gazete.)

Kaynakça

Kaynakça, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla belirtilmelidir.

Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile eserin kaynakçada yer verilmiş biçimi aynı olmalıdır.

Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri, editörlü kitap bölümü vb. ise eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.

Örnek:

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

AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

ARSEBÜK, A. Esat, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-20.

ROHE, Mathias: “Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55-70.

Değerlendirme Süreci

Yayın Etiği Bakımından Değerlendirme

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler. Bu doğrultuda, *AndHD*'ye gönderilen çalışmaların değerlendirme süreci derginin Etik İlkeleri ve Yayın Politikası çerçevesinde yürütülür. İlgili ilke ve kuralların ihlal edildiğinden şüphelenilmesi halinde *COPE*'nin ilişkili akış şemaları uygulanır.

Öninceleme ile Yazım ve Dil Denetimi

Dergide yayımlanması istenen çalışmalar başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

Dergiye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak verildiği kabul edilir. Editör Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu saptanan yazılar hakeme gönderilmeksizin gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.

Tüm çalışmalar yayımlanmadan önce, tekrar, ilgili Yazım ve Dil Editörünün denetiminden geçer.

Hakem Değerlendirme Süreci

Değerlendirme süreci çift taraflı kör hakemlik yöntemiyle yürütülür. Editör Kurulu tarafından gerçekleştirilen ilk incelemeden geçen çalışmalar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemler ilgili çalışmanın aynen yayımlanmasını, düzeltilmesini yahut yayımlanmamasını önerir.

Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönünde yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise çalışma üçüncü hakeme gönderilerek gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır.

Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan çalışmalar, Editör Kurulu gerek gördüğü takdirde, bir kez daha hakeme gönderilebilir. Tüm hakem raporları beş yıl boyunca saklanır.

Diğer Çalışmaların Değerlendirilmesi

Hakemli makaleler ve çeviriler dışındaki çalışmaların yayımlanması Editör Kurulunun kararına bağlıdır. Çevirilerin değerlendirmeye alınabilmesi için metin ile birlikte yazının kaynak dildeki özgün metni ve sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan çeviri izni de gönderilmelidir.

İntihal Politikası ve Benzerlik Raporu

İntihal Politikası

Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir. Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.

Dergiye gönderilen çalışmaların değerlendirilmesi sırasında intihalden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınır.

Benzerlik Raporu

Tüm araştırma makaleleri **iThenticate** veya **Turnitin** üzerinden alınan benzerlik raporu ile birlikte gönderilmelidir. Dergide yayımlanması istenen araştırma makalesi için benzerlik raporu alınması mümkün değil ise ilgili çalışma gönderilmeden önce Editörlük ile iletişime geçilmesi önerilir.

AndHD'nin intihal politikası bağlamında belirli bir benzerlik oranı belirlenmemiş olup çalışmanın değerlendirme sürecine alınıp alınmayacağına, çalışmanın niteliği ve benzerlik raporunda tespit edilen benzerliklerin durumuna göre Editör Kurulu tarafından karar verilir.

Telif Politikası ve Yayın Lisansı

Yazarlar çalışmalarını AndHD'ye gönderirken Telif Hakkı Formunu imzalarlar. Bu form ile, AndHD'de yayımlanmak üzere gönderdikleri çalışmalarının,

- AndHD Etik İlkeler ve Yayın Politikası ile Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde hazırlandığını,
- Başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olduğunu,
- İlgili çalışma üzerindeki, işleme, çoğaltma, temsil, basım, yayım, dağıtım ve internet yoluyla iletim de dâhil olmak üzere her türlü umuma iletim ve mali haklarını Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisine devretmeyi kabul ve taahhüt ederler.

AndHD tarafından yayıma kabul edilen çalışmalar Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (**CC BY-NC 4.0**) lisansı ile yayımlanır. Bu lisansla kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verilir.

Açık Erişim Politikası

AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (**CC BY-NC 4.0**) ile lisanslıdır. Bu lisans, kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verir.

Ücret Politikası

Dergide makale yayımı ve değerlendirme süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayım için kabul edilen makaleler için gönderim ya da yayım ücreti alınmaz, hakemlik faaliyeti için ücret ödenmez. AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü okuyuculara ücretsiz olarak sunulur.

Sunuş

Değerli Okuyucular,

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin (AndHD) Ocak 2024 sayısı, 2020 yılından bu yana süreçlerimizin yürütüldüğü ve yayınların okuyuculara sunulduğu DergiPark sayfasında yayımlanmıştır. AndHD'nin 2021 yılı Ocak ayından itibaren TRDizin'de ve 2023 yılı Ekim ayından itibaren Eriş Plus taranmaya başlanmış olmasının getirdiği yoğun ilgiyi teveccüh ile karşılamakla birlikte yine bu yoğun ilgi sebebiyle daha önceki sayılarımızda izlediğimiz “yayın çeşitliği” odaklı yaklaşımdan ayrılmak durumunda kaldığımızı eklemek isteriz. Önceki sayılarımızda yer vermeye çalıştığımız karar incelemeleri, makale incelemeleri ile çevirilere bu sayıda yer verilmesi mümkün olmamıştır.

Bu sayıda kamu hukuku ve özel hukuk alanında kaleme alınan on beş hakemli araştırma makalesine ve bir kitap incelemesine yer verilmiştir. Araştırma makaleleri bölümünde “TMK m. 175 Hükümünün Yoksulluk Nafakasının Süresine İlişkin Yaklaşımının Hukuki Yorum Yöntemleri Çerçevesinde Tahlili”, “Evlendirmede Eşlerin Farklı Vatandaşlığa Sahip Olmasının Aile Soyadı Üzerindeki Etkisine İlişkin Bazı AİHM Kararlarının Değerlendirilmesi”, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Değerlendirilmesi”, “Cinsel Suçlarda Onarıcı Adalet Yaklaşımından Faydalanmak Mümkün mü?”, “Kefilin Asıl Borçluya Rücuu”, “Denizyoluyla Yapılan Eşya Taşımaları Bakımından Türk Ticaret Kanunu'nda Taşıyan Lehine Düzenlenmiş Olan Muhtemel Sorumsuzluk Sebepleri”, “Deniz Yoluyla Taşımalarda Yük Sigortalarına Uygulanacak Hukuk ve Sigorta Sözleşmesinde Yer Alan Hukuk Seçiminin Sigortalı Açısından Bağlayıcılığı Sorunu”, “Roma Hukukunda Nişanlanma, Evlenme ve Evliliğin Sona Ermesi”, “Paylı Mülkiyetten Doğan veya Paylı Malı İlgilendiren Gider ve Yükümlülüklerden Paydaşların Dış ve İç İlişkideki Sorumluluğu”, “Kamu Kurumlarında Görevden Alınan Üst Kademe Yöneticilerin Uzman Kadrolarına Atanmasını Öngören 375 sayılı KHK Hükümünün Anayasal Eleştirisi”, “Jeremy Bentham'ın Gerçek ve Kurgusal Varlıklar Teorisi ve Hukuki Terimlerin Açıklanması”, “Borçlunun Maaş ve Ücret Alacağı Dışındaki Üçüncü Kişilerde Bulunan Alacaklarının Haczi ile Alacaklının İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu Maddesinin 4'üncü Fıkrasına Dayalı Cezalandırma ve Tazminat Talebi”, “Anonim Şirketler Hukukunda Kaçış Klozuna İlişkin Bazı Sorunların Değerlendirilmesi”, “Karabağ Sorunu Çerçevesinde Azerbaycan'ın Savaş Tazminatı Talep Etme Hakkı”, “Yargıtay Kararları Işığında Fikri Mülkiyet Hukukuna İlişkin Ticari Davalar” başlıklı çalışmalar bulunmaktadır. Kitap incelemesi bölümünde ise “Tasarrufun İptali Davasında Nakden Tazmin (İİK m. 283/2)” başlıklı çalışma bulunmaktadır.

Muhtelif veri tabanı ve dizinlerde başvuru süreci devam eden AndHD'nin Editör Kurulu olarak daha önceki sayılarda olduğu gibi bundan sonra da Dergimize gönderilen çalışmaların kalitesinin ve niceliğinin artırılması, yayın süreçlerinin özenle yürütülmesi için azami çaba sarf edileceğini eklemek isteriz.

Dergimizin bu sayısının yayımlanmasında emeği geçen değerli yazarlara, hakemlere, yayın sürecine dizgi konusunda destek sağlayan Seçkin Yayınevine içten teşekkür eder, bu sayının hukuk öğretisi ve uygulaması için yararlı olmasını dileriz.

AndHD Editör Kurulu

İçindekiler

Araştırma Makaleleri

TMK m. 175 Hükümünün Yoksulluk Nafakasının Süresine İlişkin Yaklaşımının Hukuki Yorum Yöntemleri Çerçevesinde Tahlili

Analysis of the Approach of TCC Art. 175 Regarding the Duration of Poverty Alimony in the Framework of Legal Interpretation Methods

Sinan Sami AKKURT 1

Evlenmede Eşlerin Farklı Vatandaşlığa Sahip Olmasının Aile Soyadı Üzerindeki Etkisine İlişkin Bazı AİHM Kararlarının Değerlendirilmesi

Evaluation of Certain European Court of Human Rights' Decisions Concerning the Effect of Having Different Citizenship of Spouses at Marriage Upon the Family Surname

Gülce GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL..... 19

Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Değerlendirilmesi

Evaluation of the Legal Status of Artificial Intelligence

Özge YENİCE CEYLAN..... 35

Cinsel Suçlarda Onarıcı Adalet Yaklaşımından Faydalanmak Mümkün mü?

Is it Possible to Benefit from a Restorative Justice Approach in Sexual Offences?

Rahime ERBAŞ..... 53

Kefilin Asıl Borçluya Rücuu

The Recourse of the Surety to the Principal Debtor

Ecem KIRKİT 77

Denizyoluyla Yapılan Eşya Taşımaları Bakımından Türk Ticaret Kanunu'nda Taşıyan Lehine Düzenlenmiş Olan Muhtemel Sorumsuzluk Sebepleri

Presumptive Exoneration Grounds in favor of the Carrier in Turkish Commercial Code No. 6102 in Terms of Transportation of Goods by Sea

Ahmet Batuhan OYAL 99

Deniz Yoluyla Taşımalarda Yük Sigortalarına Uygulanacak Hukuk ve Sigorta Sözleşmesinde Yer Alan Hukuk Seçiminin Sigortalı Açısından Bağlayıcılığı Sorunu

Applicable Law to Marine Cargo Insurance and the Effect of Choice of Law for the Claims of Assured Companies Law

A. İpek SARIÖZ BÜYÜKALP 133

Roma Hukukunda Nişanlanma, Evlenme ve Evliliğin Sona Ermesi

Engagement, Marriage and Termination of Marriage in Roman Law

Elvan SÜTKEN..... 169

Paylı Mülkiyetten Doğan veya Paylı Malı İlgilendiren Gider ve Yükümlülüklerden Paydaşların Dış ve İç İlişkideki Sorumluluğu

External and Internal Liability of the Co-Owners for Expenditures and Obligations Arising Out of the Co-Ownership

Efe Can YILDIRIR..... 195

Kamu Kurumlarında Görevden Alınan Üst Kademe Yöneticilerin Uzman Kadrolarına Atanmasını Öngören 375 sayılı KHK Hükümünün Anayasal Eleştirisi

Constitutional Criticism of the Decree Law No. 375 Providing the Appointment of Discharged Top Executives to Expert Staff in Public Institutions

Yalçın ARSLANTÜRK 223

Jeremy Bentham'ın Gerçek ve Kurgusal Varlıklar Teorisi ve Hukuki Terimlerin Açıklanması

Jeremy Bentham's Theory of Real and Fictitious Entities and Explanation of Legal Terms

Fatih GÜNEŞ..... 247

Borçlunun Maaş ve Ücret Alacağı Dışındaki Üçüncü Kişilerde Bulunan Alacaklarının Haczi ile Alacaklının İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu Maddesinin 4'üncü Fıkrasına Dayalı Cezalandırma ve Tazminat Talebi

Attachment of the Debtor's Receivables from Third Parties Other Than Salary and Wage Receivables, and the Creditor's Claim for Punishment and Compensation Based on Article 89/4 Turkish Code of Execution and Bankruptcy Law

Şule UZUN 273

Anonim Şirketler Hukukunda Kaçış Klotuna İlişkin Bazı Sorunların Değerlendirilmesi

Evaluation of Some Problems Related to the Escape Clause in Joint Stock Companies Law

Bahaeddin BERBER 291

Karabağ Sorunu Çerçevesinde Azerbaycan'ın Savaş Tazminatı Talep Etme Hakkı

Azerbaijan's Right to Claim War Reparation in the Framework of the Karabakh Conflict

Arzu SADIGZADE 305

Yargıtay Kararları Işığında Fikri Mülkiyet Hukukuna İlişkin Ticari Davalar

Commercial Cases Related to Intellectual Property Law in the Light of the Court of Cassation Decisions

Burakcan YEDEK..... 327

Kitap İncelemesi

Tasarrufun İptali Davasında Nakden Tazmin (İİK m. 283/2)

Cash Compensation in the Annulment of Disposition (Article 283/2 of EBL)

Umut ALTINMAKAS..... 349

Araştırma Makaleleri

TMK m. 175 Hükümünün Yoksulluk Nafakasının Süresine İlişkin Yaklaşımının Hukuki Yorum Yöntemleri Çerçevesinde Tahlili^(*)



Analysis of the Approach of TCC Art. 175 Regarding the Duration of Poverty Alimony in the Framework of Legal Interpretation Methods

Sinan Sami AKKURT



Doçent Doktor

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Yoksulluk Nafakası,
Boşanma Nafakası,
Kanunların Yorumu,
Yorum Yöntemleri,
Süresiz Nafaka
Meselesi.*

Öz

Yoksulluk (boşanma) nafakasına “süresiz” olarak hükmedilebilmesinin yürürlükteki mevzuat (özellikle TMK m. 175) çerçevesinde prensip itibarıyla mümkün olması, özellikle politika yapıcılarının söz konusu mevzuatı çeşitli dönemlerde (belirli aralıklarla) gündeme taşımalarına ve bundan hukuki durumları etkilenmekte olan kişilere değişiklik veya ilga vaatlerinde bulunmalarına yol açmaktadır. Elbette ilgili mevzuatın, özellikle hakkaniyet bakımından, çeşitli yönleriyle tartışılması mümkün ve doğaldır. Ancak söz konusu mevzuatın (kimi yaklaşımlara göre) “hakkaniyete aykırı” neticelerinin tamamen veya kısmen bertaraf edilebilmesi için mutlaka ilgası ya da değiştirilmesi mi gerekmektedir? Yoksa adı geçen (yürürlükteki) mevzuatın mevcut hâliyle ve fakat somut olay adaletinin tesisine elverişli yöntemlerle yorumlanarak, herhangi bir mevzuat değişikliğine gerek bulunmaksızın dahi hakkaniyete daha uygun neticeler alınabilmesi mümkün müdür? Çalışmada konuya ilişkin (özellikle) TMK m. 175 hükmü “hukuki yorum yöntemleri” merceği altında incelenerek herhangi bir değişikliğin veya ilganın toplumsal, siyasal ve/veya hukuki tartışmalara çare olup olmayacağı, başka deyişle böyle bir değişikliğin “hakkaniyet tesisi bakımından” şart ve/veya gerekli olup olmayacağı hususunda kanaat getirilmeye gayret edilmiştir.

Keywords

*Poverty Alimony,
Divorce Alimony,
Interpretation of Laws,
Interpretation
Methods,
Indefinite Alimony
Issue.*

Abstract

The fact that it is possible within the framework of the current legislation (especially TCC Art. 175) to rule on poverty (divorce) alimony “indefinitely” causes policy makers to bring the legislation that allows this to the agenda at various times and to make promises to change the law to those whose legal situations are affected. Of course, it is possible to discuss various aspects of the relevant legislation, especially in terms of equity. However, should the “unfair” results of the legislation in question be abolished or amended in order to be completely or partially eliminated? Or is it possible to obtain more equitable results, even without the need for any legislative amendment, by interpreting the aforementioned (current) legislation in its current state, but with methods suitable for the establishment of concrete case justice? In this study, especially the provision of TCC Art. 175 was examined in terms of “legal interpretation methods” and it was evaluated whether any law amendment or abolition would be a remedy for social, political and legal debates in terms of equity; in other words, it has been argued that such a change in law would be necessary or unnecessary “in terms of establishing equity”.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 21.08.2023, Kabul Tarihi: 21.09.2023.

I. GİRİŞ VE KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Yoksulluk nafakasının süresine ilişkin esası belirleyen 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (TMK) m. 175 hükmü “hukuki yorum yöntemleri” merceği altında incelenerek anılan hükümde yapılacak herhangi bir değişikliğin veya hükmün tümüyle ilgasının hakkaniyet bakımından gerçekleştirilegelen toplumsal, siyasal ve/veya hukuki tartışmalara çare olup olmayacağı; başka deyişle nafakanın süresine ilişkin TMK m. 175 hükmünün ilgasının veya değiştirilmesinin “hakkaniyet tesisi bakımından” şart ve/veya gerekli olup olmayacağı hususunda araştırmanın derinleştirilebilmesi için, öncelikle “yoksulluk nafakası” ile hukukta “yorum” kurumuna, “yorum türleri”ne ve “yorum yöntemleri”ne ilişkin genel esasların kısaca ortaya koyulması/hatırlatılması ve araştırmanın bu temeller üzerinde genişletilmesine gayret edilmesi isabetli görülmektedir. Bu nedenle bu (üst) başlık altında yoksulluk nafakasına, yorum kurumuna, türlerine ve özellikle yöntemlerine ilişkin (konuyu ilgilendiren) bazı esaslar genel hatlarıyla ortaya koyulacak/hatırlatılacak, sonrasında ise TMK m. 175 hükmünün yoksulluk nafakasının süresine ilişkin olarak çeşitli dönemlerde gündeme getiregeldiği toplumsal, siyasal ve hukuki kaygıların/tartışmaların, mutlaka anılan hükmün ilgası veya değiştirilmesi yoluna gidilmeksizin yalnızca “yorum” kurumunun işletilmesiyle giderilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda kanaat getirilmeye gayret edilecektir. Ancak belirtilmelidir ki yoksulluk nafakasına ilişkin, çalışma konusuyla doğrudan ilgili olmayan ve hemen her ders kitabında bulunabilen (örneğin yoksulluk nafakasının şartları gibi) temel hususlara ilişkin açıklamalara uzun uzadıya yer verilmesinden özellikle kaçınılacaktır.

A. Yoksulluk Nafakası Hakkında Kavramsal Çerçeve

TMK m. 185 vd. hükümleri, “Evliliğin Genel Hükümleri” bölüm başlığı altında eşlerin karşılıklı yükümlülüklerini (de) düzenlemektedir. Buna göre eşlere, aralarındaki evlilik birliği devam ettikçe birbirlerine ve çocuklara karşı çeşitli bakım, yardımlaşma ve dayanışma yükümlülükleri getirilmiştir. Bu yükümlülüklerin kaynağı esasında evlilik birliğinin mevcudiyeti ve devamıdır. Yani eşlerin birbirlerine karşı evlilik birliğinin genel hükümlerinden kaynaklanan bu yükümlülükleri, kural olarak, aralarındaki evlilik birliği devam ettikçe cereyan eder/etmelidir. Dolayısıyla evlilik birliği sona erdiğinde, tıpkı aralarındaki sadakat yükümlülüğünün sona ermesinde olduğu gibi, eşlerin birbirlerine karşı yardımlaşma ve dayanışma yükümlülüklerinin de sona ermesi gerektiği düşünülebilir. Oysa TMK m. 175, aralarındaki evlilik birliğinin sona ermesi nedeniyle yoksulluğa düşecek olan tarafın¹ diğer taraftan geçimi için belirli şartlarla “süresiz olarak nafaka isteyebileceği”ni ihdas etmektedir².

Anayasa Mahkemesi tarafından da evlilik birliğinde eşler arasında cereyan eden yardımlaşma ve dayanışma yükümlülüğünün, aralarındaki evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da “kısmen devamı” niteliğinde görülen bu nafakanın (yoksulluk nafakasının) özünde, “ahlâki değerler ve sosyal yardımlaşma düşüncesi”nin yer aldığı ifade edilmekte; söz konusu Karar’ın “Karşı Oy Yazısı”nda ise “... yoksulluk nafakasının süresiz uygulanmasının nedeni ahlaki ve sosyal gerekçelerle açıklanamaz.” denilmektedir³.

Esasında yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilebilmesinin gerekçesi tam olarak “sosyal gerekçeler”le açıklanabilir. Ancak bu “sosyal gerekçeler”, Karar’da belirtildiği gibi, “sosyal yardımlaşma düşüncesi” olarak ifade ve tavsif edilmemelidir. Zira evlilik birliğinden kaynaklanan yardımlaşma ve dayanışma yükümlülüğü dahi “sosyal yardımlaşma” temeline dayanmazken nasıl olur da sona eren bir evliliğin taraflarının birbirlerine karşı “sosyal yardımlaşma yükümlülüğü” bulunduğu

¹ Nafaka hukuku anlamında “yoksulluk” kavramı ve özellikle “kadın yoksulluğu” hakkında detaylı bir inceleme için bkz. BOZKURT, Fatma Duygu: “Yoksulluk Nafakasını İnsan Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Ekseninde Yeniden Düşünmek”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 12, Sayı 2, s. 566-584.

² Yoksulluk nafakası ve şartları hakkında detaylı bilgi için genel olarak bkz. KALENDER, Ahmet: *Türk Aile Hukukunda Boşanma Nafakası (Yoksulluk Nafakası)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021; DEMİR, Mecit: *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018; AKBULUT, Merve Bilge: *Türk Medeni Kanunu Kapsamında Yoksulluk Nafakası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

³ AYM, T. 17.05.2012, E. 2011/136, K. 2012/72 (31.12.2018 tarihli 28335 sayılı Resmî Gazete).

kabul edilebilir? Kaldı ki sosyal yardımlaşma yükümlülüğü temeline dayanan nafaka türü TMK m. 364 vd. hükümlerinde “yardım nafakası” olarak ihdas edilmiştir. Anılan hükümde birbirlerine sosyal yardımda bulunma yükümlülüğü bulunan kimseler; üst-soy, alt-soy ve kardeşler olarak öngörülmüştür. Eşler birbirlerine karşı bu anlamda “sosyal yardımlaşma” yükümlülüğü altında değildirler. Hele ki boşanan (aralarındaki evlilik birliği boşanmayla sona eren) kimseler, birbirlerine karşı *evleviyette* “sosyal yardımlaşma” yükümlülüğü altında kabul edilmemelidirler⁴. Ancak her ne kadar eşlerin boşandıktan sonra birbirlerine karşı kanun veya mahkeme kararı gereği yapacakları yardımların veya ne nam adı altında olursa olsun ödemelerin “sosyal yardımlaşma” düşüncesinden kaynaklandığından bahsetmek isabetsiz olsa da bu tür yardım ve/veya ödemelerin Alman hukuku menşei “evlilik sonrası dayanışma (*nacheheliche Solidarität*)” düşüncesi ile izah edilmesi daha uygun olabilir⁵.

Öte yandan Türk hukukunda yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilebilmesine cevaz verilmesinin altında yatan asıl “sosyal gerekçeler”in, “toplumun sosyal yapısının gerekleri” olarak ifade ve tavsif edilmesi daha isabetli görülmektedir. Nitekim özellikle kırsalda yaşayan ve/veya bazı muhafazakâr toplum kesimlerinin sosyal yapısı gereği, evli kadınların (eşlerin) çalışarak kendi maddi gereksinimlerini karşılayacak imkânlar kavuşmasına yaygın şekilde cevaz verilmeyegeldiği aşikârdır. Hâl böyle olunca günümüzde dahi pek çok kadın evlenmek ya da çalışmak arasında bir tercih yapmak zorunda kalmakta, evlenmeyi tercih edenlerin ise çalışmadıkları/çalıştırılmadıkları süre zarfında kendi geçimlerini öz kaynaklarıyla sağlayacak veya birikim yapmalarına vesile olacak imkânlardan mahrum kalmaları sonucu doğmaktadır. Dolayısıyla kocası veya karısı cevaz vermediği için yıllarca çalış(a)mayan bir kadının/erkeğin, boşandıktan sonra kendi maddi gereksinimlerini kolayca sağlayabilmesini beklemenin yol açacağı hakkaniyetsiz durumun, yoksulluk nafakasına ve bunun “süresizliğine” ilişkin hukuk politikasında da asıl belirleyici sebep olduğu düşünülmektedir⁶.

Beri yandan yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilebilmesinin, diğer taraf (nafaka borçlusu) açısından da hakkaniyetsiz sonuçlar doğurabilmesi mümkündür. Örneğin fiilen hiç gerçekleşmemiş veya çok kısa sürmüş evliliklerin boşanma ile sona ermesinde, boşanmada daha ağır kusurlu olan tarafın sırf bu nedenle süresiz olarak nafaka ödeme borcu altına sokulabilmesinde durum böyledir. Öyle ki yukarıda da belirtildiği üzere yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilebilmesine cevaz veren hukuk politikasının asıl varlık sebebi, kocası ya da karısı cevaz vermediği için yıllarca çalışmayıp kendi olağan geçimini sağlayacak imkânlardan mahrum kalan eşin boşandıktan sonra geçimini sağlayamaz hâlde bırakılmaması düşüncesidir. Oysa bunu bir “fırsat” olarak gören kimi kötüniyetli kişiler, varyetli biriyle evlenip boşanarak yoksulluk nafakasını bir zenginleşme aracı olarak kullanabilmektedir. En iyimser yönüyle dahi süresiz yoksulluk nafakası, nafaka alacaklısını kendi geçimini sağlamak için çaba göstermemeye motive edebilmektedir.

Yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedildiği durumlarda taraflar arasındaki hukuki çatışmalar boşanma neticesinde dahi sona ermemekte, özellikle süresiz nafaka borçlusu hayatının geri kalan döneminde sürekli diğer tarafın özel yaşamını takip etmekte, dolayısıyla taraflar nafakanın arttırılması, azaltılması, kaldırılması gibi taleplerle sürekli hukuki bir muhataplık veya çatışma riski altında bulunmaktadırlar.

⁴ Ancak her ne kadar eşlerin boşandıktan sonra birbirlerine karşı kanun veya mahkeme kararı gereği yapacakları yardımların “sosyal yardımlaşma” düşüncesinden kaynaklandığından bahsetmek isabetsiz olsa da bu tür yardımların Alman hukukundaki “evlilik sonrası dayanışma (*nacheheliche Solidarität*)” kurumu ile izah edilmesi teknik olarak mümkün ve daha isabetli görülmektedir.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. JOHANNSEN, Kurt H. / HENRICH, Dieter / ALTHAMMER, Christoph (Hrsg.): *Kommentar Familienrecht, Scheidung - Unterhalt - Verfahren*, 7. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2020, s. 482; WESTERMANN, Harm P. / GRUNEWALD, Barbara / MAIER-REIMER, Georg (Hrsg.): *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 17. Baskı, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2023, s. 4679; RONKE, Maximilian: *Handkommentar zum BGB*, 6. Baskı, München, 1977, N. 1565; VOGEL, Hans-Jochen: “Das 1. Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. Juni 1976”, *FamRZ*, 1976, s. 484; SCHWAB, Dieter: “Das Recht der Ehescheidung nach dem 1. EheRG: Die Scheidungsgründe”, *FamRZ*, 1976, s. 493.

⁶ Oysa TMK m. 175’in madde gerekçesinde, böylesine tartışmalı yönleri bulunan hükmün ihdas edilme amacına dair en ufak bir açıklama bulunmuyor olması önemli bir eksiklik olarak görülmektedir.

Yine bazı süresiz nafaka alacaklılarının, kendilerine ödenmekte olan yoksulluk nafakasının kaldırılmaması (günlük tabirle “kesilmemesi”) için gayri resmî birliktelikler yaşadıkları hâlde bunları evliliğe dönüştürmedikleri vakidir. Böyle farazyelerin süresiz nafaka borçlusu eski eşler bakımından, nafakanın mali yükü dışında manevi yüklere de gebe olabileceği unutulmamalıdır. Fakat bu konuya nafaka alacaklısı açısından bakıldığında karşı taraf, nafaka borçlusunun süresiz nafaka yükümlülüğünden kurtulmak amacıyla nafaka alacaklısının haysiyetsiz hayat sürdüğü, evlenmeden fiili birliktelik sürdürdüğü gibi ithamlarıyla karşılaşması da onun manevi bütünlüğünü zedeleme riski taşımaktadır.

TMK m. 175 hükmü esasen mehz İsviçre Medenî Kanunu’nun 26.06.1998 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2000 tarihi itibarıyla değişikliğe uğrayan eski 152. maddesine tekabül etmektedir. İsviçre Medenî Kanunu’nun konuyla ilgili yeni düzenlemeleri (ZGB Art. 125), TMK m. 175 düzenlemesinden oldukça farklıdır. Öyle ki mehz Kanun’un 125’inci maddesine göre boşanan taraflardan birinden kendi olağan gereksinimlerini karşılamaının beklenmesi makul görünmüyorsa, ona yaşlılık aylığı bağlanması da dâhil olmak üzere, hakkaniyete uygun bir nafaka (katkı payı) ödenmesi kararlaştırılabilmektedir (f. I)⁷. Ancak nafakaya (katkı payına) hükmedilip hükmedilmeyeceği, hükmedilecekse ne miktarda ve ne süreyle ödenmesi gerektiği belirlenirken “eşlerin evlilik sırasındaki görev dağılımları”, “evliliğin süresi”, “eşlerin evlilik sırasındaki sosyal statüleri”, “eşlerin yaş ve sağlık durumları”, “eşlerin gelir ve varlıkları”, “eşler tarafından sağlanacak çocuk bakımının kapsamı ve süresi”, “eşlerin mesleki eğitimleri ve istihdam beklentileri ile nafaka alacaklısının mesleki entegrasyonu için gereken harcamalar” ile “kazanılmış hakların bölünmesinin olası sonuçları dâhil olmak üzere federal yaşlılık ve ölüm sigortasından ve mesleki veya diğer özel veya devlet emekli maaşlarından sağlanan haklar” göz önünde bulundurulur (f. II)⁸.

Görüldüğü gibi mehz İsviçre Medenî Kanunu, TMK’nın yürürlükteki düzenlemesine (m. 175) kaynak teşkil eden ilgili hükmünde (m. 152), yoksulluk (boşanma) nafakası hakkında tartışmaya gebe olan pek çok hususu detaylı olarak düzenlediği bir değişikliğe gitmiş ve boşanan eşler bakımından “kişisel sorumluluk esası”nı benimsemiştir⁹. Buna göre İsviçre hukukunda boşanan eşlerin kendi geçimlerinden kişisel sorumlulukları (*Eigenverantwortlichkeit*) kural, evlilik sonrası dayanışma esası

⁷ ZGB Art. 125/I: “*Ist einem Ehegatten nicht zuzumuten, dass er für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufkommt, so hat ihm der andere einen angemessenen Beitrag zu leisten.*”.

⁸ ZGB Art. 125/II: “*Beim Entscheid, ob ein Beitrag zu leisten sei und gegebenenfalls in welcher Höhe und wie lange, sind insbesondere zu berücksichtigen: 1. die Aufgabenteilung während der Ehe; 2. die Dauer der Ehe; 3. die Lebensstellung während der Ehe; 4. das Alter und die Gesundheit der Ehegatten; 5. Einkommen und Vermögen der Ehegatten; 6. der Umfang und die Dauer der von den Ehegatten noch zu leistenden Betreuung der Kinder; 7. die berufliche Ausbildung und die Erwerbsaussichten der Ehegatten sowie der mutmassliche Aufwand für die berufliche Eingliederung der anspruchsberechtigten Person; 8. die Anwartschaften aus der eidgenössischen Alters- und Hinterlassenenversicherung und aus der beruflichen oder einer anderen privaten oder staatlichen Vorsorge einschliesslich des voraussichtlichen Ergebnisses der Teilung der Austrittsleistungen.*”.

⁹ Kistaslar hakkında ve sair ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. TUOR, Peter / SCHNYDER, Bernhard / JUNGO, Alexandra (Hrsg.): *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2015, § 24, N. 48 vd.; GLOOR, Urs / SPYCHER, Annette: “Art. 125”, HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / GEISER, Thomas (Hrsg.): *Basler Kommentar, Zivil Gesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 4. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010, N. 12; FREIBURGHANUS, Dieter: “Art. 125”, BREITSCHMID, Peter / RUMOJUNGO, Alexandra (Hrsg.): *Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht* Art. 1-456 ZGB, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2012, N. 1 vd.; SCHWENZER, Ingeborg / BÜCHLER, Andrea: “Art. 125”, SCHWENZER, Ingeborg / FANKHAUSER, Roland (Hrsg.): *Fam Kommentar, Scheidung Band I: ZGB*, 3. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2017, N. 55; SCHWANDER, Ivo: “Art. 125”, KREN-KOSTKIEWICZ, Jolanta / NOBEL, Peter / SCHWANDER, Ivo / WOLF, Stephan (Hrsg.): *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Baskı, Orell Füssli Juristische Medien, Zürich, 2011, N. 1 vd.; SUTTER, Thomas / FREIBURGHANUS, Dieter: *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 1999, Art. 125, N. 1 vd. Alman hukukunda da cari olan (BGB § 1569) benzer yaklaşım için genel olarak bkz. WENDL, Philipp / DOSE, Hans-Joachim / BÖMELBURG, Regina: *Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis*, 10. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2019, N. 354 vd.; FRIEDERICI, Peter / UNGER, Elisabeth: “§ 5 Grundsätzliche Fragen des Unterhalts”, SCHNITZLER, Klaus (Hrsg.): *Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht*, 5. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2020; BÜCHLER, Andrea / CLAUSEN, Sandro: “Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nahehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung”, (Hrsg.) SCHWENZER, Ingeborg / BÜCHLER, Andrea / COTTIER, Michelle: *Die Praxis des Familienrechts FamPra.ch, S. 1*, Stämpfli Verlag, Bern, 2015, s. 28; BURCOĞLU, Haluk: “Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1983, Cilt 48, Sayı 1-4, s. 113 vd.; ARKAN-SERİM, Azra: “Yoksulluk Nafakası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2007, Cilt 65, Sayı 1, s. 287 vd. Kıta Avrupası sistemlerinde etkili olan “kişisel sorumluluk esası (*Eigenverantwortlichkeit*)” Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde “clean break (kesin/temiz ayrılık) ilkesi” olarak karşılık bulmaktadır. Ayrıntılı inceleme için bkz. KOCABAŞ, Gediz: “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırlı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasının Belirleyici Ölçütler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 1, s. 368 vd.

(*Das Prinzip der nachhehlichen Solidarität*) istisnadır¹⁰. Acaba TMK bakımından da benzer bir değişiklik gerekli görülmeli midir, yoksa hukuki “yorum (tefsir)” kurumu işletilerek mehz Kanun’un mer’i 125’inci maddesiyle erişilmesi amaçlanan neticelere erişilebilmesi mümkün müdür? Aşağıda öncelikle “yorum” kurumuna ilişkin kavramsal çerçeve ortaya koyulacak, sonrasında bu sorunun cevabı aranacaktır.

B. Genel Olarak Yorum Kurumu, Türleri ve Yöntemleri Hakkında Kavramsal Çerçeve

TMK m. 1/I uyarınca “*Kanun, sözüyle ve özüyle değındiğı bütün konularda uygulanır*”. Bu doğrultuda “yorum (tefsir)”, en yalın anlatımla kanun hükümlerinin *özünü* teşkil eden anlamın ortaya çıkarılması faaliyetidir¹¹. Nitekim soyut kanun hükümlerinin somut olaylara TMK m. 1’in emri doğrultusunda *özleri itibarıyla* uygulanabilmeleri için bunların öncelikle gerçek anlamlarının, yani *özlerinin* ortaya çıkarılması gerekir.

Hukuk metodolojisinde en üst düzeyde anlamaya ve soyut kavramları açıklığa kavuşturmaya (somutlaştırmaya) ilişkin entelektüel bir faaliyet olarak tasvir edilen¹² “yorum” neticesinde ilgili hükmün aynen uygulanması, anlamının genişletilerek uygulanması veya daraltılarak uygulanması söz konusu olur. Buna göre yapılan ayırım çerçevesinde *yorum türleri* “hükmün aynen uygulanması”, “genişletici yorum” ve “daraltıcı yorum” olarak kategorize edilebilir¹³.

Yorum faaliyeti, hangi makam veya merci tarafından gerçekleştirildiğine göre de kategorize edilmektedir. Öyle ki kanun hükümlerinin anlamının (özlerinin) ortaya çıkarılması faaliyeti hükmü getiren yasa koyucu tarafından bizzat gerçekleştirildiğinde “yasama yorumu (teşrii tefsir)”, hükmü somut olaya uygulayan mahkemeler tarafından gerçekleştirildiğinde “yargısal yorum (kazaî tefsir)”, hukuk alanında uzmanlığı bulunan bilim insanları tarafından gerçekleştirildiğinde ise bilimsel yorum (ilmî tefsir)” söz konusu olur¹⁴.

Çalışma konusunu asıl ilgilendiren ayırım ise *yorum yöntemlerine* ilişkin olandır. Bu ayırım, yorum faaliyetinin nasıl ve neye göre gerçekleştirileceğı, soyut hukuk kurallarının nasıl somutlaştırılacağı, anlam ve özlerinin nasıl ortaya çıkarılacağına ilişkindir. Buna ilişkin dogmatik metodoloji doktrininde başlıca dört temel yorum yönteminden bahsedilir. Bunlar “sözel (lâfzî) yorum”, “sistematiik yorum”, “amaçsal (gaî) yorum” ve “tarihî yorum” yöntemleri olarak kategorize edilir¹⁵. Aşağıda, yoksulluk nafakasına ilişkin TMK m. 175 hükmü anılan her bir yorum yöntemi çerçevesinde münferit başlıklar altında inceleneceğı için bu yöntemlere ilişkin genel açıklamalar da ilgili başlıkta yapılacaktır.

¹⁰ Bkz. BÜCHLER / CLAUSEN, s. 4 vd.; HAUSHEER, Heinz / GEISER, Thomas / AEBI-MÜLLER, Regina E.: *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 4. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2010, N. 10.78.

¹¹ Çeşitli tanımlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. MEIER-HAYOZ, Arthur: *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Artikel 1 ZGB*, Separatabzug aus dem Einleitungsband des Berner Kommentars umfassend die Artikel 1-10 und herausgegeben zur Feier des 50 jaehrigen Bestehen des ZGB im Januar 1962, Stämpfli Verlag, Bern, 1966, Art. 1, N. 152 vd.; HAUSHEER, Heinz / JAUN, Manuel: *Stämpflis Handkommentar Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10*, Stämpfli Verlag, Bern, 2003, Art. 1, N. 94 vd.; LARENZ, Karl / CANARIS, Claus-Wilhelm: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, Springer Verlag, Berlin, 1995, s. 25, 134 vd.; FORSTMOSER, Peter / VOGT, Hans-Ueli: *Einführung in das Recht*, 5. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2012, s. 443 vd.; KRAMER, Ernst A.: *Juristische Methodenlehre*, 6. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2019, s. 29 vd.; DURAL, Mustafa / SARI, Suat: *Türk Özel Hukuku, Cilt 1 - Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 127 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nâmi: *Medenî Hukuk - Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 26. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 69 vd.

¹² Bkz. MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 137.

¹³ Bu ayırım için bkz. DURAL / SARI, s. 127.

¹⁴ Bu ayırım için bkz. OĞUZMAN / BARLAS, s. 69.

¹⁵ Bkz. AMSTUTZ, Marc / NIGGLI, Marcel Alexander: “Recht und Wittgenstein III, vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre”, (Hrsg.) FORSTMOSER, Peter / HONSELL, Heinrich / WIEGAND, Wolfgang: *Festschrift für Hans Peter Walter*, Stämpfli Verlag, Bern, 2005, s. 14; RIEMER, Hans Michael: *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Art. 1-10 ZGB, Eine Einführung*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2003, § 4, N. 25 vd.; MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 140 vd.; KIRCA, Çiğdem: “Kanunların Yorumunda Yorum Yöntemleri”, *Ankara Hukuk Toplantıları - Norm Koyma Hükiim Verme Sempozyumu*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 348 vd.

II. TMK m. 175 HÜKMÜNÜN SÖZEL (LÂFZÎ) YORUM YÖNTEMİ ÇERÇEVESİNDE ANALİZİ

“Sözel yorum (lâfzî tefsir)”, kanun hükümlerinin anlamı ortaya çıkarılırken dil bilgisi kuralları çerçevesinde metnin sözel anlamının esas alınmasını ifade eder. Bu yöntemde metni oluşturan sözcüklerin sözlük anlamları, hukuk dili ve günlük dildeki kullanımları, metin içindeki sıralanışları, kullanılan bağlaçlar, fiil çekimleri, noktalama işaretleri, cümlelerin kuruluş tarzı gibi olgular hükmün esas anlamını ve amacını bulmakta birinci derecede önem arz eder¹⁶.

Sözcüklerden/metinden ilk okumada çıkarılan (genellikle yüzeysel) anlam, esasında her anlama ve anlamlandırma faaliyetinin ilk evresidir. Bu nedenle hukuk tekniğine uygun ve olması gerektiği şekilde ifade edilmiş bir kanun hükmü, yalnızca söze göre yapılan anlamlandırma faaliyetiyle dahi amacına ulaşmaya elverişli olabilir.

TMK m. 175 hükmünü sözel yorum çerçevesinde analiz edebilmek için metni olduğu gibi görmek/okumak gerekir. İlgili hüküm naklen “*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.*” şeklindedir. Metnin çalışma konusunu ilgilendiren kısmı, “... süresiz olarak nafaka isteyebilir...” kısmıdır.

“İstemek” kelimesinin sözlük anlamı “*kendi için veya başkası için bir şeyin olmasını, gerçekleşmesini arzu etmek*”tir¹⁷. Anılan kelimenin hukuk dilindeki anlamı ise hukuki talepte bulunmaktır¹⁸. Buna göre TMK m. 175’in sözel yorumundan, öncelikle, boşandığı kişinin kendisine nafaka ödemesini arzulayan ilgili süreye, lehine süresiz nafaka takdir edilmesini hukuken talep etme yetkisi tanındığı, onun bu yönde talep (ve dava) hakkı bulunduğu anlaşılmaktadır.

Dikkat edilecek olursa ilgili hüküm, talebin muhatabı olan merciye, yani mahkemelere/hâkimlere süresiz nafakaya hükmetmek yönünde herhangi bir emredici yükümlülük getirmemekte, sadece nafaka elde etmek isteyen kişinin bu yönde hukuki talepte bulunabilmesine imkân vermektedir¹⁹. Nitekim ilgili hüküm, söz gelimi, “*Kusuru daha ağır olmamak koşuluyla boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafa, geçimi için diğer tarafta malî gücü oranında süresiz olarak nafaka verilmesine hükmedi-*

¹⁶ MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 84; KRAMER, s. 51; LARENZ / CANARIS, s. 163 vd.; OĞUZMAN / BARLAS, s. 69; DURAL / SARI, s. 128.

¹⁷ Bkz. TDK Büyük Türkçe Sözlük, “istemek” (<https://sozluk.gov.tr>, ET: 13.08.2023).

¹⁸ Bkz. YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 433.

¹⁹ Yargıtay, HGK, T. 30.01.2008, E. 2008/2-51, K. 2008/87: “*Somut olayda davacı-karşı davalı kadın, yargılamanın hiçbir aşamasında yoksulluk nafakası talebinde bulunmamış olup, talep olmadığından yoksulluk nafakasına hükmedilmesi mümkün değildir*” (UYAP, ET: 13.08.2023). TMK m. 175 hükmünün emredici olmadığı yönünde bkz. TEKİNAY, S. Sulhi: *Türk Aile Hukuku*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 264; ŞİPKA, Şükran: “Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 17; CEYLAN, Ebru: “Geçmişten Bugüne Yargıtay Kararlarında Yoksulluk Nafakası Talebinde Etkili Olan Unsurları Değerlendirme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2018, Cilt 92, Sayı 5, s. 26; KÖSEOĞLU, Bilal / KOCAAĞA, Köksal: *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2009, s. 233; ÖCAL, Mesut: *Yoksulluk Nafakasının Süresi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 136; HAMZAÇEBİ, Mehmet: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Boşanma ve Ayrılmış Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 10, Sayı 3-4, s. 35; OĞUZ, Cemal: “Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2000, Cilt 4, Sayı 1-2, s. 33; YAĞCI, Kürşat: “Yoksulluk Nafakasında ‘Süresizlik’ Sorunu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2018, Cilt 76, Sayı 1, s. 340, 346 vd.; BAŞ, Seda / ÖZCAN, Nisa: “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 4, Sayı 1, s. 354; GELMEZ, Ezgi: “Yoksulluk Nafakasının Süresine İlişkin Güncel Gelişmeler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2019, Cilt 14, Sayı 159, s. 2153; KOCABAŞ, s. 366 vd. Ayrıca bkz. AYM, T. 17.05.2012, E. 2011/136, K. 2012/72 (26.06.2012 tarihli ve 28335 sayılı Resmî Gazete), “*İtiraz konusu ‘süresiz olarak’ ibaresi, nafaka alacaklısının her zaman ölüncüye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmemektedir.*” TMK m. 175 hükmünün emredici olduğu yönünde bkz. karş. HATEMİ, Hüseyin / KALKAN-OĞUZTÜRK, Burcu: *Aile Hukuku*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, N. 115-116; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, M. Alper: *Türk Özel Hukuku, Cilt III - Aile Hukuku*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 160; ERDEM, Mehmet / MAKARACI-BAŞAK, Aslı: *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 207 vd.; CEYLAN, Ebru: *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 116; ŞAHİN, Mustafa: “Türk-İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 - ZGB m. 125)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 21, Sayı 3, s. 88; YILDIRIM, Abdulkerim: “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2016, Cilt 14, Sayı 157, s. 78; DEMİR, Remzi: “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, Sayı 147, s. 240; GENÇCAN, Ömer Uğur: *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 1204. Ancak Gençcan, ideal hukuk bakımından yoksulluk nafakasına mutlaka sınırlı süreli olarak hükmedilmesi gerektiğini ifade etmedi.

lir.” şeklinde yazılmış olsaydı, bu ifade söze göre yorumlandığında, hükümdeki şartların gerçekleşmesi kaydıyla, hâkime nafaka talep eden süje lehine süresiz nafaka verilmesine ilişkin hüküm tesis etmek yönünde emredici bir yükümlülük getirildiği anlamı çıkarılabilirdi. Oysa TMK m. 175’in orijinal metnindeki ifade söze göre yorumlandığında, yalnızca, kendisine nafaka verilmesini isteyen tarafın bunu görevli ve yetkili mercilerden hukuken talep etmesinin mümkün olduğu anlamı çıkarılmaktadır.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus “istemek” fiilinin TMK m. 175 metnindeki çekim biçimine ilişkindir. Madde lafzında “istemek” fiili, “isteyebilir” şeklinde çekilmiştir. Fiilin “-ebilmek” ekiyle çekilmiş olması bir yönüyle ilgili süjeye o doğrultuda hak/yetki bahşedildiği, yani ona hukuken nafaka talep edebilme kudreti, hakkı ve/veya yetkisi verildiği anlamını ortaya koyarken, diğer bir yönüyle nafaka isteyip istememenin onun iradesine bırakıldığı, nafaka talep etmenin ya da etmemenin onun takdirinde olduğu anlamını doğurmaktadır. Yani çok basit bir anlatımla TMK m. 175 sözel yorum penceresinden (lafzen) demektir ki “İlgili süje isterse süresiz nafaka talep edebilir, istemezse etmez. Ve dahi nafaka talep etme hakkını kullanan süje bunu süresiz olarak da talep edebilir, süreli olarak da. Hatta ilgili süjenin nafakanın süresine ilişkin herhangi bir isteği olmaksızın da yoksulluk nafakası talep edilebilmesi mümkündür. O, istemediği takdirde hiçbir nafaka talebinde dahi bulunmayabilir”.

Görüldüğü üzere sözel yöntemle ve fakat bütüncül bir yaklaşımla yorumlanacak olursa TMK m. 175 hükmünden, boşandığı kişi tarafından kendisine nafaka verilmesini isteyen kişinin, bunu yetkili mercilerden talep etme hakkını haiz olduğu ancak bu hakkını kullanıp kullanmamasının onun inisiyatifine bırakıldığı anlamı çıkarılmaktadır. Oysa ilgili ifadeye yine sözel yorum penceresinden bakıldığında hâkime, hele ki her durumda süresiz nafakaya hükmetme yükümlülüğü getirilmediği aşîkârdır. Bu nedenle mahkemelerin, önlerine gelen her somut uyuşmazlıkta TMK m. 175 hükmünü süresiz nafakaya hükmedecek şekilde uygulamaları şart ve zorunlu olmayıp bilakis bu tarz hukuki temayüllerin isabetli olduğunun söylenebilmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla mahkemelerin, TMK m. 175 hükmü çerçevesinde ilgili süjeler tarafından süresiz nafaka talep edildiğinde somut olayın özelliklerini gözetecek takdir yetkileri çerçevesinde karar tesis etmeleri mümkün ve daha isabetli görülmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi sözcüklerden/metinden ilk okumada çıkarılan (genellikle yüzeysel) anlam, esasında her anlama ve anlamlandırma faaliyetinin ilk evresi olsa da normun amacına hizmet eden esas anlamını bulmak için her zaman sözel yorum tek başına yeterli olmayabilir. Hele ki TMK m. 175’te olduğu gibi kuvvetli bir gerekçeyle desteklenmeyen hükümlerde diğer yorum yöntemlerine de başvurulması son derece önem arz eder. Kaldı ki “*kanunun ruhu ile bağdaşmayan bir sözel anlam (lafzî yorum) kabul edilemez. Böyle bir durumda, kanun metnine verilebilecek anlamların içinde kanunun ruhuna en uygun olanı hangisi ise, onun esas alınması gerekir*”²⁰. Bu nedenle anılan hüküm, aşağıda diğer yorum yöntemleri çerçevesinde (de) incelenecektir.

III. TMK m. 175 HÜKMÜNÜN SİSTEMATİK YORUM YÖNTEMİ ÇERÇEVESİNDE ANALİZİ

Sistematik yorum yönteminde normatif hükümler münferit olarak değil, düzenledikleri mevzuata, bu mevzuatın niteliğine ve bu mevzuattaki yerlerine (ihdas ediliş biçimine, sırasına vb.) göre, yani “dış (mantıksal) sistem”e uygun olarak anlamlandırılır²¹. Buna göre örneğin bir kanun hükmünün anlamı araştırılırken bunun düzenlendiği kanunun özel hukuk kurallarına mı kamu hukuku kurallarına mı tâbi olduğu; özel hukuk mevzuatına ilişkinse daha ziyade maddî menfaatleri korumayı amaçlayan ticarî mevzuata mı yoksa manevî menfaatlerin korunmasını da hedefleyen medenî hukuk mevzuatına mı dâhil olduğu; ilgili hükmün, içinde bulunduğu kanunda hangi kitapta, bölümde veya kısımda yer aldığı, başlığının ne olduğu, öncesinde ve sonrasında hangi düzenlemeler bulunduğu gibi hususlar dikkate alınır.

²⁰ OĞUZMAN / BARLAS, s. 73.

²¹ Detaylı bilgi için bkz. MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 188; LARENZ / CANARIS, s. 145 vd.; HAUSHEER / JAUN, Art. 1, N. 129.

Öte yandan kanun, birbirleriyle ilişkisi olmayan münferit kural parçacıklarından ibaret olmayıp bilakis birbirlerine, içinde buldukları sisteme özgü genel ilkeler ekseninde bağlanmış normlardan (hükümlerden) oluşan bir bütündür. Kanunların bu özelliği ise doktrinde “iç sistem (amaçsal sistematik)” olarak ifade edilmektedir²². Buna göre, örneğin, özel hukukun iç sisteminin öncelikli olarak kişilik hakkı, mülkiyet hakkı, miras hakkı, güven ilkesi, sözleşme özgürlüğü gibi bireysel hak ve özgürlüklere dayandığı söylenebilir.

İşte sistematik yorum, hükmün mümkün olduğunca hem dış hem de iç sisteme uygun olarak yorumlanmasını gerektirir. Öyle ki öncelikle dış sistem çerçevesinde mevzuattaki yeri tespit edilen hüküm, özellikle yalnızca sözel yöntemle yorumlandığında birden fazla anlama gelebiliyorsa dâhil olduğu mevzuata, kanuna, kitaba, kısma ve/veya bölüme egemen olan ilkeler çerçevesinde de anlamlandırılmaya çalışılmalıdır. Ancak bu şekilde yapılan sistematik yorum, yorumlanan hükmün dâhil olduğu sistemdeki diğer hükümleri etkisizleştiriyor ya da yorum neticesinde ulaşılan anlam kanun koyucunun o sistem ile düzenlemek istediği menfaatlere ters düşüyorsa böyle bir yorum tarzından kaçınılması gerekir²³. Ayrıca elbette ki Anayasa’ya uygun yorum da sistematik yorumun bir gereğidir. Nitekim normatif kurallar, ancak bu durumda sistematik yorumun ruhuna uygun şekilde bir bütün olarak ele alınmış olabilir²⁴.

Bu açıklamalar ışığında TMK m. 175’e sistematik yorum penceresinden bakıldığında²⁵ ilgili hükmün, (her ne kadar Alman hukukunda olduğunun aksine Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde özel hukuka ilişkin olarak vazedilmiş genel bir bölüm olmamakla birlikte) doktrinel düzeyde özel hukuk ilkelerine tâbi kabul edilen Türk Medenî Kanunu’nun “Aile Hukuku” başlıklı ikinci kitabının “Evlilik Hukuku” başlıklı birinci kısmının “Boşanma” başlıklı ikinci bölümünde yer aldığı görülmektedir. Demek ki yalnızca sözel yorumla hâlli mümkün olmayan veya hükmün somut olay özelinde esas anlamının ortaya çıkarılması için sistematik yoruma (da) müracaat edilmesi gereken durumlarda anılan hükmün, aile hukukuna ve özellikle boşanmaya ilişkin genel ilkeler göz önünde bulundurularak tahlil edilmesi gerekecektir.

Boşanma yargılamasına ilişkin emredici ilkeler ise TMK m. 184’te özel olarak düzenlenmiştir. Bunların TMK m. 175’in yorumlanması bakımından birinci dereceden önem arz edenleri; hâkimin boşanma davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe bunları ispatlanmış sayamayacağı, tarafların bu yöndeki ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı, taraflara bu olgular hakkında resen veya talep üzerine yemin teklif edemeyeceği, onun kanıtları serbestçe takdir etmesi gerektiği ve taraflarca boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşmaların hâkimi bağlamayacağı şeklinde ihdas edilmiştir. Bu emredici düzenlemelerden anlaşıldığı üzere esasında özel hukuk kurallarına ve dolayısıyla özel hukuk yargılamalarına egemen olan “taraflarca getirilme (hazırlama)” ilkesine (HMK m. 25) tâbi olması beklenen boşanma yargılaması bakımından kanun koyucu bu esastan ayrılıp anılan yargılama için adeta kamu hukuku yargılamalarına egemen olan “resen araştırma ilkesi” benzeri bir anlayış benimsemiştir²⁶.

²² HECK, Philipp: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1914, s. 139 vd.; HAUSHEER / JAUN, Art. 1, N. 139; KIRCA, s. 354 vd.

²³ BYDLINSKI, Peter: *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 4. Baskı, UTB GmbH Verlag, Stuttgart, 2023, s. 444; KRAMER, s. 94 vd.

²⁴ KRAMER, s. 103; KIRCA, s. 356.

²⁵ TMK m. 175 hükmündeki “süresiz olarak” ifadesinin Anayasa’nın 2, 10 ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali için Anayasa Mahkemesine yöneltilen E. 2011/36 sayılı itiraz, AYM tarafından 17.05.2012 tarih ve K. 2012/72 sayılı karar doğrultusunda oy çokluğu ile reddedildiği için çalışmada bu hükmün sistematik yorumunda Anayasa’ya uygunluk meselesine değinilmemiş, doğrudan TMK m. 175’in özel hukuk mevzuatı kapsamındaki sistematik yeri ve yorumu üzerinde durulmuştur. Yoksulluk nafakasında süresizliğin anayasal açıdan ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. BAŞ / ÖZCAN, s. 358 vd.; KÜRŞAT, Zekeriya: “Anayasa Mahkemesinin Anlaşılmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 224 vd. Ancak burada kısaca belirtmek gerekir ki anılan ifadenin yalnızca Anayasa’nın 2, 10 ve 41. maddelerine aykırılık olup olmadığının tahlil edilmesi yeterli görülmemektedir. Bunların yanı sıra ilgili hükmün Anayasa’ya uygun olup olmadığı araştırılırken özellikle “Başlangıç” kısmının altıncı paragrafında yer alan; “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” yönündeki norm ile uyumlu olup olmadığının tahlil edilmesi daha isabetli görülmektedir.

²⁶ İlkeler hakkında ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. YILDIRIM, M. Kâmil: *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Bu durum göstermektedir ki TMK m. 175 her ne kadar boşanma davasının taraflarının, şartları çerçevesinde diğer taraftan süresiz olarak nafaka isteyebileceğini hükme bağlamaktaysa da hâkim bu talebe dayanak teşkil eden olguları resen araştırarak, tarafların talepleri, yemin teklifleri, ikrarları ya da konu hakkındaki anlaşmaları hâkimi bağlamayacak, hâkim nafakaya hükmedip hükmetmemekte, hükmedeceği nafakanın miktarına ve süresine vicdani kanaati doğrultusunda karar verecektir. İşte tıpkı TMK m. 175'in sözel yöntemle yorumlandığında olduğu gibi, anılan hüküm sistematik yöntemle yorumlandığında da hâkimin nafakaya süresiz olarak hükmetme mecburiyeti bulunmadığı, bilakis hâkimin somut olay özelinde resen araştırdığı olgular dairesinde hükmedeceği nafakanın süresiz olması gerektiğine vicdanen kani olmadıkça böyle bir karar vermemekle yükümlü olduğu sonucuna erişilmektedir²⁷.

IV. AMAÇSAL (GAİ) YORUM YÖNTEMİ, TARİHİ YÖNTEM İLE İLİŞKİSİ VE TMK m. 175 HÜKMÜNE DAİR

Teorik olarak her hukuk normunun temelinde, korunması amaçlanan bir menfaat bulunur. Söz konusu menfaatin hukuk normu (özellikle kanun) düzeyinde korunmaya değer kabul edilebilmesi ise toplumsal gerekliliklerden kaynaklanabileceği gibi konjonktürel, sosyal ve/veya siyasal tercihlerden/politikalardan da kaynaklanabilir. Bu bakımdan hemen her hukuk normunun düzenleme alanında bir menfaat çatışması bulunduğu ve bu çatışma hakkında kanunun (kanun koyucunun) benimsediği siyasal veya sosyal bir tercih yattığı ifade edilmektedir²⁸. Kanun koyucu hukuk normunu ihdas ederken çatışan bu menfaatler arasında ya denge kurma yolunu seçer ya da bunlardan birini, diğeri karşısında önceler. İşte amaçsal yorum yönteminde yorumcu, kanun koyucunun çatışan bu menfaatlerden hangisini tercih ederek bu normu ihdas etmiş olabileceğini tespit etmeye ve kanun koyucunun buna ilişkin değer yargılarını somut olaya, aktüel koşullar dairesinde uygulamaya çalışır. Özetle bu yöntemde, yorumlanacak olan hukuk kuralının konuluş amacı ve/veya varlık sebebi (*ratio legis*) nazara alınır²⁹.

Amaçsal yorumun nasıl icra edilmesi gerektiği konusunda iki genel yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan ilki “sübjektif amaçsal yorum (sübjektif teori)” olarak adlandırılır. Buna göre amaçsal yorumun, kanun koyucunun kanunu ihdas etmekte hangi hukuk politikasını tercih ettiği, çatışan menfaatler karşısında ne tür bir tercihte bulunduğu o günün şartları dairesinde araştırılır. Yani burada kanunun koyuluş zamanındaki amacına bakılır. “Objektif amaçsal yorum (objektif teori)” olarak adlandırılan

²⁷ Oysa Yargıtay teamülleri çerçevesinde yoksulluk nafakasına kural olarak süresiz şekilde karar verildiği; nitekim yoksulluk nafakasına ilişkin şartların mevcut ve fakat ileri sürülen talebin “süresiz” nafakaya yönelik olduğu durumlarda hâkimin, taleple bağlılık ilkesi gereğince “sürelili” nafakaya hükmedemediği, böyle bir talep karşısında hâkimin ya süresiz nafakaya hükmetmesi ya da talebi reddetmesi gerektiğine ilişkin bkz. karş. DEMİR, (Remzi), s. 239. İsaetli görülmeyen bu yaklaşımın uygulamadaki temelini oluşturan Yargıtay metni, “Kanun, yoksulluk nafakasının süresiyle ilgili hâkime herhangi bir takdir yetkisi tanınamış, süresini durumun gerekleri ya da haklı sebepleri göz önünde tutarak belirlemeyi de emretmemiştir. Kanun, bu nafakanın “süresiz” olmasını açıkça öngördüğüne göre, takdir hakkına sınırlanarak nafakayı belirli bir süre ile sınırlamak kanuna açık aykırılık oluşturmaz” şeklindedir. Örneğin bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 11.07.2012, E. 2012/14283, K. 2012/19487 (UYAP, ET: 17.08.2023). Ayrıca 3444 sayılı Kanun’la değişik TKM m. 144’ün yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından içtihadı sokulan bu yöndeki (kanaatimizce hatalı) emsal için bkz. Yargıtay, HGK, T. 02.05.1990, E. 1990/2-111, K. 1990/261 (UYAP, ET: 17.08.2023). Oysa taleple bağlılık ilkesinin cari olduğu durumlarda dahi süresiz nafaka talebini “reddetme” yetkisi olan bir hâkimin sürelili nafakaya hükmedebilmesi, tıpkı boşanma talebine rağmen fiili ayrılığa hükmedilebilmesinde olduğu gibi “evleviyet” ilkesi dairesinde elbette mümkündür. Çünkü “çoğun içinde az da vardır; bütün, parçaları da kapsar.” Kaldı ki boşanma yargılamasına egemen olan ilkeler, metin içinde de açıklandığı gibi medenî usul hukukuna egemen olan genel ilkelerden özel ve emredici hükümlerle ayrıştırılmış ve taleple bağlılık ilkesi bu alanda mutlak olarak kabul edilmemiştir. Dolayısıyla bu görüşe hukuk tekniği bakımından katılmak mümkün değildir. Benzer yönde bkz. ŞİPKA, s. 17 vd.; REYHANİ-YÜKSEL, Sera: “Yoksulluk Nafakası ve Süre Sorunu”, *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 2, Sayı 2, s. 505; KULAKLI, Emre: “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 5, Sayı 2, s. 254; KOCABAŞ, s. 364; ŞAHİN, s. 88; YAĞCI, s. 338. Ayrıca Yargıtayın, nafaka süresinin belirlenmesinde kanunun hâkime, “durumun gereklerini” ya da “haklı sebepleri” göz önünde bulundurmasını emretmediği gerekçesiyle bu konuda takdir yetkisinin bulunmadığı yönündeki görüşünün de TMK m. 4 hükmü ile bağdaşmadığı yönünde bkz. KAYA-KIZILIRMAK, Cansu: “Yoksulluk Nafakasına Dair Yeni Yaklaşımların Değerlendirilmesi”, (Ed.) ARPA, Yasemin: *İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi 8 Mart 2022 Özel Yayını*, İstanbul, 2022, s. 41 vd. Öğretide, Özdemir’in de son derece isabetli olarak belirttiği gibi, yoksulluk nafakasının süresizliği sorunu TMK’den değil, Yargıtayın TMK m. 175’i emredici hükümler gibi yorumlamasından kaynaklanmaktadır. Bkz. ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu”, *Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 39 vd.

²⁸ KIRCA, s. 359.

²⁹ Amaçsal yorum teorisini ortaya atan duayen hukukçu Jhering’in ilgili eseri için genel olarak bkz. JHERING, Rudolph von: *Der Zweck im Recht*, Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1877.

diğer bir metotta ise hukuk normu, normun ihdas edildiği andaki hukuk politikasına (kanunun koyuluş zamanındaki amacına) göre değil, onun aktüel durumuna, konteksine, güncel değerlendirme anlayışına göre (yani objektif ve aktüel varlık sebebine/amacına) göre anlamlandırılmaya çalışılır³⁰. Fakat kanun koyucunun amacı ve/veya kanunun varlık sebebi (*ratio legis*) her hâlükârda nasıl tespit edilebilir?

Tahmin edileceği üzere bir normun ne ihdas edildiği zamandaki ne de yürürlük süreci boyunca kazandığı anlamın, onun tarihsel süreci incelenmeden belirlenebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla kanun koyucunun bir hukuk normunu ihdas ederken (geçmişte) benimsediği veya ilgili normun zaman içinde münferiden kazandığı (aktüel) amacın belirlenebilmesi, “tarihî yorum yöntemi” ile mümkün olur³¹. Hemen aşığıda bu yöntem üzerinde durulacağı için TMK m. 175’in hem amaçsal hem de tarihî yorum eksenlerindeki analizinin, başka deyişle anılan normun *ratio legis*’inin ne olduğu ve/veya nasıl belirlenmesi gerektiği meselesinin çözümünün ilgili başlık altında birlikte gerçekleştirilmesi, tekrerrüe düşmemek bakımından isabetli görülmüştür.

V. TMK m. 175 HÜKMÜNÜN AMAÇSAL VE TARİHÎ YORUM YÖNTEMLERİ ÇERÇEVESİNDE ANALİZİ

Hukuk normu, *dış sistematik yorum yöntemi*yle mevzuattaki yeri ve özellikleri belirlendikten, sözel yöntemle (lafzen) tahlil edildikten ve *iç sistematik*in öngördüğü genel ilkeler çerçevesinde yorumlandıktan sonra dahi birden fazla anlama gelmeye devam ediyor, başka deyişle henüz somut olay adaletini tesis etmeye elverişli ölçüde somutlaştırılmamış olabilir. Böyle bir durumda, kanun koyucunun ilgili normu ihdas etmekteki (normun doğumundaki) amacının yanı sıra (sübjektif teori), normun gelişimine ilişkin tarihî sürecin (objektif teori) de göz önünde bulundurulması gerekir.

Sübjektif teori doğrultusunda hukuk normunun, kanun koyucunun bunu ihdas ettiği zamandaki amacı dairesinde anlamlandırılmasına “sübjektif tarihî yorum yöntemi” adı verilir³². Bu yöntemde normun oluşum tarihi, hazırlık görüşmeleri, parlamento tutanakları, resmî yazışmalar, yasama belgeleri³³ ve gerekçelerden yararlanılır³⁴. Ancak normun ihdas edildiği zamandaki kanun koyucu iradesinin, normun uygulanacağı zamandaki güncel ihtiyaçları tam ve/veya hakkaniyetli olarak karşılayamayacak olması riskine istinaden yorum faaliyetinin, normun uygulanacağı esnada norma tâbi olan kişilerin o normun ihdas edilme amacının o günün şartları çerçevesinde ne olabileceğine ilişkin dürüstlük kuralı ekseninde gerçekleştirdikleri objektif tahliller doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde “objektif tarihî yorum yöntemi” düşüncesi geliştirilmiştir³⁵. Bu yöntemde göre normun anlamı belirlenirken, kanun koyucunun normun ihdas edildiği zamandaki amacından ziyade, normun uygulanacağı zamanda ona tâbi olacak kişilerin kanun koyucunun ihdas amacının ne olabileceğine yönelik objektif ve güncel çıkarımlarının esas alınması söz konusudur.

Görüldüğü üzere gerek *sübjektif* gerekse *objektif tarihî yorum yönteminde* kanun koyucunun normu ihdas etmekteki amacı araştırılmaktadır. Fakat ilkinde kanun koyucunun normu ihdas ettiği zamandaki amacı, ikincisinde ise kanun koyucunun belirli bir zaman ayırımı gözetilmeksizin o normu ihdas etmekteki genel, soyut ve objektif amacı nazara alınır. Oysa konu hakkındaki üçüncü yaklaşım olan “*zamana uygun objektif tarihî yorum yöntemi*”ne göre hukuk bilimi, toplumun değer yargıları ve

³⁰ Teoriler (ekoller) hakkında detaylı bilgi için bkz. MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 192; KRAMER, s. 130 vd., 181 vd.; FORSTMOSER / VOGT, s. 21 vd. Ayrıca genel olarak bkz. HECK, Philipp: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1914; HECK, Philipp: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1932.

³¹ OĞUZMAN / BARLAS, s. 70.

³² HÜRLIMANN-KAUP, Bettina / SCHMID, Jörg: *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, N. 147 vd.; MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 152; ZIMMERMANN, Reinhard: “Juristische Methodenlehre in Deutschland”, *RabelsZ*, 2019, Cilt 83, Sayı 2, s. 262; DURAL / SARI, s. 128; OĞUZMAN / BARLAS, s. 70.

³³ Yargıtay, HGK, T. 14.02.1990, E. 1989/10-391, K. 1990/83 (UYAP, ET: 15.08.2023).

³⁴ LARENZ / CANARIS, s. 149 vd.; HAUSHEER / JAUN, Art. 1, N. 103; KIRCA, s. 356.

³⁵ Bkz. MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 169; ZIMMERMANN, s. 261 vd.

ihtiyaçları karşısında sürekli değişen ve gelişen bir disiplin olduğu/olması gerektiği için hukuk normları (kanunlar) zaman içinde, kanun koyucunun bunu ihdas etmekteki amacının ötesinde kendi bağımsız varlık sebeplerini ve amaçlarını kazanır. Dolayısıyla kanun koyucunun hukuk normunu ihdas etmekte benimsediği amacın değişen toplumsal yargılara ve ilişkilere özgülenebilmekte yetersiz kaldığı durumlarda hâkimin kanun koyucunun ihdas amacını değil, hukuk normunun tarihsel gelişim sürecinde kazandığı münferit amacı/anlamı nazara almasının isabetli olacağı ifade edilmektedir³⁶.

Yukarıda değinilen tüm tarihî yorum yöntemlerinde kanun koyucunun ve/veya kanunun amacı araştırılırken kanun metninden uzaklaşmaz; başka deyişle bu yöntemlerin hiçbiri lafzî anlamı dışlamaz. Oysa konu hakkında getirilen son bir yaklaşım olan “serbest yorum yöntemi (serbest ekol-*Freirechtsschule*)”, kanun metnine bağlı kalma mecburiyeti dahi tanımaksızın somut olaya getirilebilecek en güncel ve adil çözüm tarzına uygun anlam ne ise onun benimsenmesini mümkün ve gerekli kabul eder. Oysa bu yaklaşım, hukuk güvenilirliğini ve öngörülebilirliğini tamamen ortadan kaldırdığı gerekçesiyle oldukça eleştirilmektedir³⁷.

Serbest ekol bir kenara bırakıldığında, kanun hükmünün yorumlanmasında ne *sübjektif* ne de *klasik veya zamana uygun objektif* teorinin tümüyle göz ardı edilmesi, başka deyişle bunlardan sadece birinin tercih edilmesi isabetli görülmemektedir. Nitekim kanunun tarihî süreçte kazandığı münferit anlam kadar onun koyuluş anı ve sonrası için benimsenen yasama amacının da yorum faaliyetinde öneminin büyük olduğu düşünülmektedir. Öyle ki kanun koyucu tarafından belirli bir zaman diliminde süregelen özel bir meselenin hâlli ve/veya o zaman diliminde yaygın şekilde ihlal edilen bir menfaatin korunması amacıyla tasarlanarak ihdas edilen bir kanun hükmü, süreç içinde o toplumda o meselenin veya ihlalin ortadan kalkması faraziyesinde bir nevi konusuz kalmış olur. Böyle bir durumda *sübjektif teorinin* göz ardı edilerek yalnızca *objektif teoriye* göre hareket edilmesi, ilgili hükmü (zaman içinde kendi bağımsız varlık sebebinin ve anlamının kazandığı gerekçesiyle) boş yere ya da gereksizce ayakta tutmaktan başka işe yaramaz. Bu nedenle tarihî yorum yapılması lâzım gelen durumlarda hem *sübjektif tarihî yorum yöntemi* çerçevesinde ilgili hükmün ihdas edilme amacından, yasama belgelerinden ve gerekçelerinden hem de *objektif tarihî yorum yöntemi* çerçevesinde bu hükmün tarihî varlık ve gelişim süreci içindeki uygulanışından, kazanageldiği anlam(lar)dan ve uygulanış biçiminden (yargı temayüllerinden) kapsayıcı bir anlayışla yararlanılması daha isabetli görülmektedir³⁸.

Bu nedenle tarihi yöntem çerçevesinde TMK m. 175 hükmünün sıhhatli biçimde yorumlanabilmesi için, öncelikle, anılan hükmün doğumuna yol açan tarihî sürecin, kanun koyucu tarafından ihdas edilme amacının ve hükmün ihdas edilmesinden sonraki süreç içinde geçirdiği değişimin/gelişimin bütüncül şekilde araştırılması gerekir.

Öyle ki Türk Aile Hukukunda yoksulluk nafakası ilk olarak 4 Ekim 1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanun-u Medenîsi (TKM) m. 144’te düzenlenmiş³⁹ ve anılan hüküm çerçevesinde ödenecek nafakanın süresi azamî “bir sene” olarak ihdas edilmişti. Bu bir yıllık sınırlamanın, nafaka alacaklısı (özellikle kadının çalışma olanağının veya yeterliliğinin bulunmaması hâlinde onu dilenmeye ya da başka yollara sevk edebileceği gerekçesiyle eleştirilmekte⁴⁰, ayrıca hükmün konuluş amacına uygun sonuçlar doğurmadığı ileri sürülmekteydi⁴¹.

³⁶ RIEMER, § 4, N. 47; KRAMER, s. 119 vd.

³⁷ Genel olarak bkz. TUOR, Peter / SCHNYDER, Bernhard / SCHMID, Jörg (Hrsg.): *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1995, s. 33 vd.; OĞUZMAN / BARLAS, s. 241.

³⁸ Bkz. FORSTMOSER / VOGT, s. 448.

³⁹ Hükmün 04.05.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan önceki hâli, “*Kabahatsız olan karı yahut koca, boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka itasına mahkûm edilebilir.*” şeklinde idi.

⁴⁰ Konu hakkındaki görüş ve eleştiriler için bkz. VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: *Türk Medenî Hukuku, Cilt II - Aile Hukuku*, 5. Baskı, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1965, s. 262.

⁴¹ Bkz. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin: *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 397 vd.

Bu eleştiriler ve anılan süre sınırlamasının o günün sosyal yapısı gereği toplumda yarattığı kimi mağduriyetler karşısında TKM m. 144'teki bir yıllık süre sınırlaması, 4 Mayıs 1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun marifetiyle yapılan değişiklik ile kaldırılmış ve her iki tarafın da diğerinden belirli şartlar dairesinde “süresiz” olarak nafaka talep edebilecekleri hükme bağlanmıştı⁴². Bu değişikliğin gerekçesinde “... bir yıllık kaydın adalete uygun düşmediği nazara alınıp kaynak İsviçre Medenî Kanununun 152. maddesine uygun olarak süresiz nafaka mecburiyeti esas kabul edilmiştir.” denilerek “adalete uygunluk” kıstası üzerinde durulmuştu.

1 Ocak 2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK'nın 743 sayılı TKM m. 144'e tekabül eden 175'inci maddesinde nafakanın süresi bakımından içerik aynen korunmuş fakat 3444 sayılı Kanun'la değişik TKM m. 144'teki “*Ancak erkeğin kadından nafaka isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir.*” ifadesi, anayasal eşitlik ilkesi gereğince yeni düzenlemeye eklenmemiştir. Böylece yoksulluk nafakası düzenlemesinin tarihî süreçte geldiği güncel nokta “*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.*” şekline evrilmiştir (TMK m. 175).

Yoksulluk nafakası düzenlemesindeki süre sınırının kaldırılma gerekçesi olarak her ne kadar “adalete uygunluk” kıstası ifade edilmişse de keyfiyet, tarihi yorum yöntemi çerçevesinde, özellikle zamanın bilimsel eleştirileri ile birlikte değerlendirildiğinde, bu değişiklik ile özellikle boşanan kadının çalışma yeterliliği ve/veya olanağı bulunmadığı durumlarda yüzleşeceği mağduriyetin önlenmesi fikrinin baskın olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda akla gelen sorular şu şekilde sıralanabilir: Kadının çalışma yeterliliği ve olanağı ile kastedilen nedir? Neye göre belirlenir? Bu kavramlar kötüye kullanılmaya (suistimale) müsait midir? Örneğin kadının çalışma yeterliliğinin belirlenmesinde sadece okuma yazma bilmesinin veya zorunlu eğitimi tamamlamış olmasının aranması yeterli midir? Başka soruyla zorunlu eğitimini tamamlayan ve/veya okuma yazma bilen her kişi çalışma yeterliliğini haiz midir? Hele ki bu süje (görece) yüksek tahsilli ise yine de süresiz nafaka talebinin hukuki karşılık görmesi “adalete uygunluk” kıstası bakımından uygun ve caiz midir?

Görüldüğü üzere esasen tümüne yanıt bulmak oldukça zor olsa da çalışma yeterliliğine ilişkin sorulara cevap bulunabilmesi, en azından konu hakkında çeşitli kıstaslar ihdas edilebilmesi nispeten daha kolay görülmektedir. Ancak “çalışma olanağı (bulunmayan)” tabiri ile kastedilen nedir? Bu kavram ile kastedilen, bedensel engel ya da sair marazlar dolayısıyla herhangi bir işte çalışmaya uygun olunmaması ise fazlaca teknik/hukuki tartışma çıkmaz. Fakat çalışma yeterliliğini haiz olan ve bedensel herhangi bir engeli de bulunmayan bir süjenin çalışma olanağı bulunmadığını iddia ederek süresiz nafaka talep etmesi durumunda hâkim takdir yetkisini hangi kıstaslara göre kullanacak, ne doğrultuda hüküm tesis edecektir? Çalışma yeterliliği; örneğin olağan ve hatta lüks geçimini sağlayabilmek için dahi yeterli akademik düzeyde bulunan ve/veya varyetli olan engelsiz bir süjenin salt sosyal, siyasal, dinî veya benzer (sübjektif) hassasiyetler/mazeretler ileri sürerek çalışma olanağından yoksun bulunduğunu iddia etmesi, diğer tarafın süresiz nafakaya mahkûm edilebilmesi için kabule şayan bir gerekçe midir⁴³?

⁴² 3444 sayılı Kanun ile değişik TKM m. 144, “*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusur daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak erkeğin kadından nafaka isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.*” şeklinde idi.

⁴³ Yargıtay bu soruyu “*kadın eşin yüksek miktarda geliri ve malvarlığı olsa dahi uygun bir miktarda bağımsız tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekir*” şeklinde yanıtlamakla maalesef ilgili müessesenin *ratio legis*'ini hiçe saymış, bununla da yetinmeyip boşanmada nafakaya adeta “cinsiyet” yüklemiştir. Öyle ki, Baş ve Özcan'ın isabetli alegorilerinde belirttikleri gibi, “*Yüksek Mahkemeye... göre yoksulluk nafakasının cinsiyeti kadındır*”. Bkz. BAŞ / ÖZCAN, s. 349. Oysa nafaka talep eden süjenin objektif anlamda çalışma olanağı bulunmasına rağmen çalışmayı sübjektif olarak reddetmesi TMK m. 2 anlamında dürüstlük kuralına aykırı olacağı için lehine “süresiz” nafakaya hükmedilmesi isabetli değildir. Bu durum hukukun temel ilkelerinin en başında yer alan “hakkaniyet” düşüncesi ile de bağdaşmaz. Ayrıca konu hakkındaki özgün ve ilginç yaklaşımlardan birisi de yoksulluk nafakasının süresine ilişkin düzenlemedeki sorunun nafakanın süresiz olarak ödenmesinden değil, “*tembelliği sebebiyle yoksulluğa düşen eşin yoksulluk nafakasına hak kazanamayacağı şeklinde bir düzenlemenin kanunda yer almamasından kaynaklandığı*” yönündedir. Bkz. ÇİTAK, Burçak: “Yoksulluk Nafakası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Cilt 74, Sayı 1, s. 253. Gerçekten de sübjektif sosyal, siyasal ve/veya dinî hassasiyetler kadar tembellik de süresiz nafakanın adaletsiz sonuçlarını doğuran bir olgu olarak görülebilir.

Bu gibi soru ve sorunların bertaraf edilebilmesi ya da en aza indirgenebilmesi için çalışma yeterliliği ve olanağı bulunup bulunmadığı noktasında sadece somut olayda süresiz nafaka talep eden süjenin subjektif hassasiyetlerinin, taleplerinin ve iddialarının nazara alınması yeterli görülmemekte, bunun yanı sıra *hükümün ilk ihdas edildiği zamandaki toplumsal şartlar ve değer yargıları ile güncel toplumsal şartlar ve değer yargılarının* mukayese edilerek hükümün ihdas edildiği zamandaki (örneğin) toplumun okuma yazma, iş gücüne katılım oranları, genel akademik düzey, sosyolojik yapı, objektif dinî, sosyal, siyasal hassasiyetler ve benzeri hususlar ile bunların günümüzdeki durumları arasındaki fark nazara alınmak suretiyle fakat mutlaka her somut olayın şartları özelinde hâkimin takdir yetkisine dayanılarak meseleye bütüncül bir tarihî ve amaçsal yorum penceresinden bakılması önerilmektedir⁴⁴. Nitekim boşanma yargılamasında TMK m. 184, hâkime bütün bu bilişsel faaliyetleri gerçekleştirmek suretiyle *fazlaya dair talebe rağmen gerektiğinde “sürelî” nafakaya hükmedebilmek ya da süresiz nafaka talebini reddedebilmek yönünde hem yetki hem de yükümlülük getirmektedir*⁴⁵.

VI. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

TMK m. 175 hükümünün yoksulluk nafakasının süresine ilişkin olarak çeşitli dönemlerde gündeme getireildiği toplumsal, siyasal ve hukuki tartışmaların, mutlaka anılan hükümün ilgası veya değiştirilmesi yoluna gidilmeksizin yalnızca “yorum” kurumunun işletilmesiyle giderilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda şu tespit ve kanaatlere ulaşılmıştır:

* İlgili hüküm, naklen, “*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.*” şeklindedir. Metin lafzının çalışma konusunu doğrudan ilgilendiren kısmı, “... *süresiz olarak nafaka isteyebilir...*” kısmıdır. Bu ifade talebin muhatabı olan merciye, yani mahkemelere/hâkimlere süresiz nafakaya hükmetmek yönünde herhangi bir emredici yükümlülük getirmemekte, sadece nafaka elde etmek isteyen kişinin bu yönde hukuki talepte bulunabilmesine imkân vermektedir. Nitekim ilgili hüküm, söz gelimi, “*Kusuru daha ağır olmamak koşuluyla boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafa, geçimi için diğer tarafça malî gücü oranında süresiz olarak nafaka verilmesine hükmedilir.*” şeklinde yazılmış olsaydı, bu ifade söze göre (lafzen) yorumlandığında, hükümdeki şartların gerçekleşmesi kaydıyla hâkime, nafaka talep eden süje lehine süresiz nafaka verilmesine ilişkin hüküm tesis etmek yönünde emredici bir yükümlülük getirildiği anlamı çıkarılabildi. Oysa TMK m. 175 metnindeki ifade söze göre yorumlandığında yalnızca, kendisine nafaka verilmesini isteyen tarafın bunu görevli ve yetkili mercilerden hukuken talep etmesinin mümkün olduğu anlamı çıkarılmaktadır.

TMK m. 175 metnindeki “istemek” fiilinin, “isteyebilir” şeklinde çekildiği görülmektedir. Fiilin “-ebilmek” ekiyle çekilmiş olması bir yönüyle ilgili süjeye o doğrultuda hak/yetki bahşedildiği, yani ona hukuken nafaka talep edebilme kudreti, hakkı ve/veya yetkisi verildiği anlamını ortaya koyarken, diğer bir yönüyle nafaka isteyip istememenin onun iradesine bırakıldığı, nafaka talep etmenin ya da etmemenin onun takdirinde olduğu anlamını doğurmaktadır. Buna göre TMK m. 175 lafzen demektedir ki “İlgili süje isterse süresiz nafaka talep edebilir, istemezse etmez. Ve dahi nafaka talep etme hakkını kullanan süje bunu süresiz olarak da talep edebilir, sürelî olarak da. Hatta ilgili süjenin nafakanın süresine ilişkin herhangi bir isteği olmaksızın da yoksulluk nafakası talep edilebilmesi mümkündür. O, istemediği takdirde hiçbir nafaka talebinde dahi bulunmayabilir”. Oysa ilgili ifade hâkime, her

⁴⁴ Tarafların yaşı, fiilî evlilik süresi gibi bazı kriterlerin yoksulluk nafakasına hükmedilmesi bakımından aranması gerektiği yönündeki İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararı umut vericidir. Anılan kararda “... *tarafların yaşları, 14/05/2013 tarihinde evlenip boşanma davasının 03/08/2015 tarihinde açıldığı fiilî evlilik süresinin az olduğu gözetildiğinde yoksulluk nafakasının süresiz olarak hüküm altına alınması doğru bulunmamıştır.*” denilmektedir. Bkz. İstanbul BAM, 11. HD, T. 15.10.2008, E. 2018/2622, K. 2018/1201 (UYAP, ET: 17.08.2023).

⁴⁵ Benzer yönde bkz. TEKİNAY, s. 264; KÖSEOĞLU / KOCAAĞA, s. 233; REYHANİ-YÜKSEL, s. 506; HAMZAÇEBİ, s. 35; KOCABAŞ, s. 366-367; ŞAHİN, s. 88; OĞUZ, s. 33; YÜCEDAĞ, s. 525-526; ARKAN-SERİM, s. 294 vd.; BOZKURT, s. 578; KAYA-KIZILIRMAK, s. 45.

hâlıkârda süresiz nafakaya hükmetme yükümlülüğü getirmemektedir. TMK m. 175 metnindeki “... süresiz olarak nafaka isteyebilir...” ifadesinden “hâkim, şartları dairesinde her hâlıkârda süresiz nafakaya hükmetmek zorundadır” gibi, hele ki bu yönde emredici bir yorum getirilmesini ne hukuk tekniği ne de dilbilgisi kuralları çerçevesinde anlamlandırabilmek mümkün değildir. Bu nedenle mahkemelerin, önlerine gelen her somut uyuşmazlıkta TMK m. 175 hükmünü süresiz nafakaya hükmedecek şekilde uygulamaları (yorumlamaları) şart ve zorunlu olmayıp bilakis bu tarz hukuki temayüllerin isabetli olduğunun söylenebilmesi de pek mümkün değildir. Dolayısıyla mahkemelerin, TMK m. 175 hükmü çerçevesinde ilgili süjeler tarafından süresiz nafaka talep edildiğinde somut olayın özelliklerini gözeterek takdir yetkileri çerçevesinde karar tesis etmeleri hem mümkün hem de daha isabetli görülmektedir.

* TMK m. 175’e sistematik yorum penceresinden bakıldığında ilgili hükmün, Türk Medenî Kanunu’nun “Aile Hukuku” başlıklı ikinci kitabının “Evlilik Hukuku” başlıklı birinci kısmının “Boşanma” başlıklı ikinci bölümünde yer aldığı görülmektedir. Demek ki yalnızca sözel yorumla hâlli mümkün olmayan veya hükmün somut olay özelinde esas anlamının ortaya çıkarılması için sistematik yoruma (da) müracaat edilmesi gereken durumlarda anılan hükmün, aile hukukuna ve özellikle boşanmaya ilişkin genel ilkeler göz önünde bulundurularak tahlil edilmesi gerekir.

Yargıtay teamülleri yoksulluk nafakasına, kural olarak, süresiz şekilde karar verilmesi gerektiği; nitekim yoksulluk nafakasına ilişkin şartlar mevcut ve ileri sürülen talep “süresiz” nafakaya yönelik olduğunda hâkimin, “taleple bağıllık ilkesi” gereğince “sürelî” nafakaya hükmedemeyeceği, böyle bir talep karşısında hâkimin ya süresiz nafakaya hükmetmesi ya da talebi reddetmesi gerektiği yönündedir. Oysa boşanma yargılamasına ilişkin TMK m. 184’te özel olarak düzenlenen emredici hükümlerden anlaşıldığı üzere esasında özel hukuk kurallarına ve dolayısıyla özel hukuk yargılamalarına egemen olan “ taraflarca getirilme (hazırlama)” ilkesine (HMK m. 25) tâbi olması beklenen boşanma yargılaması bakımından kanun koyucu bu esastan ayrılıp, anılan yargılama için adeta kamu hukuku yargılamalarına egemen olan “resen araştırma ilkesi” benzeri bir anlayış benimsemiştir. Kaldı ki taleple bağıllık ilkesinin cari olduğu durumlarda dahi süresiz nafaka talebini “reddetme” yetkisi olan bir hâkimin sürelî nafakaya hükmedebilmesi, tıpkı boşanma talebine rağmen fiilî ayrılığa hükmedilebilmesinde olduğu gibi “evleviyet” ilkesi dairesinde elbette mümkündür. Çünkü “çoğun içinde az da vardır; bütün, parçaları da kapsar.” Ayrıca boşanma yargılamasına egemen olan ilkeler, medenî usul hukukuna egemen olan genel ilkelerden özel ve emredici hükümlerle ayrıştırılmış ve *taleple bağıllık ilkesi* bu alanda mutlak olarak kabul edilmemiştir. Dolayısıyla bu görüşe hukuk tekniği bakımından katılmak mümkün değildir.

Bu durum göstermektedir ki TMK m. 175 her ne kadar boşanma davasının taraflarının, şartları çerçevesinde diğer taraftan süresiz olarak nafaka isteyebileceğini hükme bağlamaktaysa da hâkim bu talebe dayanak teşkil eden olguları resen araştırarak; tarafların talepleri, yemin teklifleri, ikrarları ya da konu hakkındaki anlaşmaları hâkimi bağlamayacak; hâkim nafakaya hükmedip hükmetmemekte, hükmedeceği nafakanın miktarına ve süresine vicdanî kanaati doğrultusunda karar verecektir. İşte tıpkı TMK m. 175’in sözel yöntemle yorumlandığında olduğu gibi, anılan hüküm sistematik yöntemle yorumlandığında da hâkimin nafakaya süresiz olarak hükmetme mecburiyeti bulunmadığı, bilakis hâkimin somut olay özelinde resen araştırdığı olgular dairesinde hükmedeceği nafakanın süresiz olması gerektiğine vicdanen kani olmadıkça böyle bir karar vermemekle yükümlü olduğu sonucuna erişilmiştir.

* Sürece tarihî (ve amaca göre) yorum yöntemleri üzerinden bakıldığında ise 743 sayılı TKM’nin yoksulluk nafakası düzenlemesindeki süre sınırının 3444 sayılı Kanun marifetiyle kaldırılma gerekçesi olarak her ne kadar “adaletle uygunluk” kıstası ifade edilmişse de keyfiyet zamanın bilimsel eleştirileri ile birlikte değerlendirildiğinde, bu değişiklikte özellikle boşanan kadının *çalışma yeterliliği* ve/veya *çalışma olanağı* bulunmadığı durumlarda yüzleşeceği mağduriyetin önlenmesi fikrinin baskın olduğu tespit edilmiştir.

Peki *çalışma yeterliliğini* haiz, örneğin olağan ve hatta lüks geçimini sağlayabilmek için dahi yeterli akademik düzeyde bulunan veya variyetli olan engelsiz bir süjenin salt sosyal, siyasal, dinî veya benzer (sübjektif) hassasiyetler/mazeretler ileri sürerek *çalışma olanağından* yoksun bulunduğunu iddia etmesi, diğer tarafın süresiz nafakaya mahkûm edilebilmesi için kabule şayan bir gerekçe midir?

Bu tür soru ve sorunların bertaraf edilebilmesi ya da en aza indirgenebilmesi için çalışma yeterliliği ve olanağı bulunup bulunmadığı noktasında sadece somut olayda süresiz nafaka talep eden süjenin sübjektif hassasiyetlerinin, taleplerinin ve iddialarının nazara alınması yeterli görülmemekte, bunun yanı sıra hükmün ilk ihdas edildiği zamandaki toplumsal şartlar ve değer yargıları ile güncel toplumsal şartlar ve değer yargılarının mukayese edilerek hükmün ihdas edildiği zamandaki (örneğin) toplumun okuma yazma, iş gücüne katılım oranları, genel akademik düzey, sosyolojik yapı, objektif dinî, sosyal, siyasal hassasiyetler ve benzeri hususlar ile bunların günümüzdeki durumları arasındaki farkın ortaya koyularak meseleye bütüncül bir tarihî yorum penceresinden bakılması önerilmektedir. Nitekim boşanma yargılamasına ilişkin TMK m. 184 hükmünün, hâkime bütün bu bilişsel faaliyetleri gerçekleştirmek suretiyle *fazlaya dair talebe rağmen gerektiğinde* “sürelî” nafakaya hükmedebilmek ya da süresiz nafaka talebini reddedebilmek yönünde hem yetki hem de yükümlülük getirdiği görülmektedir.

* TMK m. 175’in tüm bu açıklamalar ışığında yorumlanması ve örneğin nafakaya hükmedilip hükmedilmeyeceği, nafakanın süresi, miktarı gibi hususların; tarafların yaşları, maddi durumları, çalışma olanakları/yeterlilikleri, evliliğin süresi, çocukların durumu gibi çeşitli objektif kıstaslara göre belirlenmesi kaydıyla, herhangi bir mevzuat değişikliğine veya ilgasına gerek bulunmaksızın dahi *nafakanın süresizliği noktasındaki* sosyal, siyasal ve hukuki tartışmaların önüne geçilebilmesi mümkün görülmektedir. Başka deyişle yoksulluk nafakasına süre sınırı getirilmesi veya süresizliğin kaldırılması için mutlaka mevzuat değişikliğine gerek bulunmadığı sonucuna erişilmiştir. Ancak nafakaya hükmedilip hükmedilmeyeceğinin, hükmedilecekse miktarının ve süresinin belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulması önerilen objektif kıstasların, İsviçre hukukuna olduğu gibi Türk hukukuna da kanun düzeyinde getirilmesi, bunların içtihatlarla ortaya koyulmaya çalışılmasından daha isabetli olabilir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Merve Bilge: *Türk Medeni Kanunu Kapsamında Yoksulluk Nafakası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- AMSTUTZ, Marc / NIGGLI, Marcel Alexander: "Recht und Wittgenstein III, Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre", (Hrsg.) FORSTMOSER, Peter / HONSELL, Heinrich / WIEGAND, Wolfgang: *Festschrift für Hans Peter Walter*, Stämpfli Verlag, Bern, 2005, s. 537-551.
- ARKAN-SERİM, Azra: "Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2007, Cilt 65, Sayı 1, s. 287-302.
- BAŞ, Seda / ÖZCAN, Nisa: "Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı", *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 4, Sayı 1, s. 328-383.
- BOZKURT, Fatma Duygu: "Yoksulluk Nafakasını İnsan Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Ekseninde Yeniden Düşünmek", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 12, Sayı 2, s. 566-584.
- BREITSCHMID, Peter / RUMO-JUNGO, Alexandra (Hrsg.): *Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB*, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2012.
- BURCOĞLU, Haluk: "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1983, Cilt 48, Sayı 1-4, s. 113-140.
- BÜCHLER, Andrea / CLAUSEN, Sandro: "Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nahehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung", (Hrsg.) SCHWENZER, Ingeborg / BÜCHLER, Andrea / COTTIER, Michelle: *Die Praxis des Familienrechts FamPra.ch, S. 1*, Stämpfli Verlag, Bern, 2015, s. 1-40.
- BYDLINSKI, Peter: *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 4. Baskı, UTB GmbH Verlag, Stuttgart, 2023.
- CEYLAN, Ebru: "Geçmişten Bugüne Yargıtay Kararlarında Yoksulluk Nafakası Talebinde Etkili Olan Unsurları Değerlendirme", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2018, Cilt 92, Sayı 5, s. 15-32.
- CEYLAN, Ebru: *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- ÇİTAK, Burçak: "Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Cilt 74, Sayı 1, s. 241-257.
- DEMİR, Mecit: *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- DEMİR, Remzi: "Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, Sayı 147, s. 221-249, (Remzi).
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, M. Alper: *Türk Özel Hukuku, Cilt III - Aile Hukuku*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- DURAL, Mustafa / SARI, Suat: *Türk Özel Hukuku, Cilt I - Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- ERDEM, Mehmet / MAKARACI-BAŞAK, Aslı: *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin: *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.
- FORSTMOSER, Peter / VOGT, Hans-Ueli: *Einführung in das Recht*, 5. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2012.
- GELMEZ, Ezgi: "Yoksulluk Nafakasının Süresine İlişkin Güncel Gelişmeler", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2019, Cilt 14, Sayı 159, s. 2143-2155.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- HAMZAÇEBİ, Mehmet: "Türk Medeni Kanunu'na Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 10, Sayı 3-4, s. 23-48.
- HATEMİ, Hüseyin / KALKAN-OĞUZTÜRK, Burcu: *Aile Hukuku*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- HAUSHEER, Heinz / GEISER, Thomas / AEBI-MÜLLER, Regina E.: *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 4. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2010.

- HAUSHEER, Heinz / JAUN, Manuel: *Stämpfli Handkommentar Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10*, Stämpfli Verlag, Bern, 2003.
- HECK, Philipp: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1932.
- HECK, Philipp: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1914.
- HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / GEISER, Thomas (Hrsg.): *Basler Kommentar, Zivil Gesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 4. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010.
- HÜRLIMANN-KAUP, Bettina / SCHMID, Jörg: *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- JHERING, Rudolph von: *Der Zweck im Recht*, Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1877.
- JOHANNSEN, Kurt H. / HENRICH, Dieter / ALTHAMMER, Christoph (Hrsg.): *Kommentar Familienrecht, Scheidung - Unterhalt - Verfahren*, 7. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2020.
- KALENDER, Ahmet: *Türk Aile Hukukunda Boşanma Nafakası (Yoksulluk Nafakası)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- KAYA-KIZILIRMAK, Cansu: “Yoksulluk Nafakasına Dair Yeni Yaklaşımların Değerlendirilmesi”, (Ed.) ARPA, Yasemin: *İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi 8 Mart 2022 Özel Yayını*, İstanbul, 2022, s. 39-46.
- KIRCA, Çiğdem: “Kanunların Yorumunda Yorum Yöntemleri”, *Ankara Hukuk Toplantıları - Norm Koyma Hüküm Verme Sempozyumu*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 347-366.
- KOCABAŞ, Gediz: “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 1, s. 357-391.
- KÖSEOĞLU, Bilal / KOCAAĞA, Köksal: *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2009.
- KRAMER, Ernst A.: *Juristische Methodenlehre*, 6. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2019.
- KREN-KOSTKIEWICZ, Jolanta / NOBEL, Peter / SCHWANDER, Ivo / WOLF, Stephan (Hrsg.): *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Baskı, Orell Füssli Juristische Medien, Zürich, 2011.
- KULAKLI, Emre: “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 5, Sayı 2, s. 237-268.
- KÜRŞAT, Zekeriya: “Anayasa Mahkemesinin Anlaşılmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 211-227.
- LARENZ, Karl / CANARIS, Claus-Wilhelm: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, Springer Verlag, Berlin, 1995.
- MEIER-HAYOZ, Arthur: *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Artikel 1 ZGB*, Seperatabzug aus dem Einleitungsband des Berner Kommentars umfassend die Artikel 1-10 und herausgegeben zur Feier des 50 jährigen Bestehen des ZGB im Januar 1962, Stämpfli Verlag, Bern, 1966.
- OĞUZ, Cemal: “Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2000, Cilt 4, Sayı 1-2, s. 23-37.
- OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nâmi: *Medenî Hukuk - Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 26. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- ÖCAL, Mesut: *Yoksulluk Nafakasının Süresi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu”, *Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 23-42.
- REYHANİ-YÜKSEL, Sera: “Yoksulluk Nafakası ve Süre Sorunu”, *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 2, Sayı 2, s. 485-509.
- RIEMER, Hans Michael: *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Art. 1-10 ZGB, Eine Einführung*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2003.
- RONKE, Maximilian: *Handkommentar zum BGB*, 6. Baskı, München, 1977.

- SCHNITZLER, Klaus (Hrsg.): *Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht*, 5. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2020.
- SCHWAB, Dieter: “Das Recht der Ehescheidung nach dem 1. EheRG: Die Scheidungsgründe”, *FamRZ*, 1976, s. 491-507.
- SCHWENZER, Ingeborg / FANKHAUSER, Roland (Hrsg.): *Fam Kommentar, Scheidung Band I: ZGB*, 3. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2017.
- SUTTER, Thomas / FREIBURGHAUS, Dieter: *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 1999.
- ŞAHİN, Mustafa: “Türk-İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 - ZGB m. 125)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 21, Sayı 3, s. 75-107.
- ŞİPKA, Şükran: “Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 15-20.
- TEKİNAY, S. Sulhi: *Türk Aile Hukuku*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- TUOR, Peter / SCHNYDER, Bernhard / JUNGO, Alexandra (Hrsg.): *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2015.
- TUOR, Peter / SCHNYDER, Bernhard / SCHMID, Jörg (Hrsg.): *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1995.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: *Türk Medenî Hukuku, Cilt II - Aile Hukuku*, 5. Baskı, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1965.
- VOGEL, Hans-Jochen: “Das 1. Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts vom 14. Juni 1976”, *FamRZ*, 1976, s. 481-491.
- WENDL, Philipp / DOSE, Hans-Joachim / BÖMELBURG, Regina: *Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis*, 10. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2019.
- WESTERMANN, Harm P. / GRUNEWALD, Barbara / MAIER-REIMER, Georg (Hrsg.): *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 17. Baskı, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2023.
- YAĞCI, Kürşat: “Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2018, Cilt 76, Sayı 1, s. 323-358.
- YILDIRIM, Abdülkerim: “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2016, Cilt 14, Sayı 157, s. 59-88.
- YILDIRIM, M. Kâmil: *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- ZIMMERMANN, Reinhard: “Juristische Methodenlehre in Deutschland”, *RabelsZ*, 2019, Cilt 83, Sayı 2, s. 241-287.

Evlenmede Eşlerin Farklı Vatandaşlığa Sahip Olmasının Aile Soyadı Üzerindeki Etkisine İlişkin Bazı AİHM Kararlarının Değerlendirilmesi^(*)



*Evaluation of Certain European Court of Human Rights' Decisions
Concerning the Effect of Having Different Citizenship of Spouses at Marriage
Upon the Family Surname*

Gülce GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL



Doçent Doktor

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*AİHS 14. Madde,
AİHS 8. Madde,
Eşlerin Farklı
Vatandaşlığa Sahip
Olması,
Aile Soyadı,
Evlilikte Eşitlik.*

Öz

Evlenmenin kadın veya erkeğin soyadına etkisi üzerine her devletin hukuki düzenlemeleri farklı olabilmektedir. Bazı ulusal hukuk düzenlerinde, kadının kocasının soyadını alması kuralının kabul edildiğini; bazı hukuk düzenlerinde ise birbirleriyle evlenecek kişilere aile soyadlarını belirleme (örneğin ilgili taraflarca aile soyadı olarak kadının soyadının kullanılması) imkânı tanındığını görmekteyiz.

Hem kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğu hem kocanın evlenmekle karısının soyadını kullanmayı tercih etmesi ve bunun üzerine kocanın evlenmeden önceki soyadını kullanamaması hususlarının taraflara eşit davranma ve taraflardan birine ayrımcılık yapılmaması ilkelerine aykırılık teşkil edip etmeyeceği AİHM'in önüne gelmiştir. Çalışmamızda eşlerin farklı vatandaşlığa sahip olmalarının aile soyadına etkisi üzerine verilen ulusal mahkeme kararlarının ve bu mahkeme kararlarının dayandığı kanuni düzenlemelerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) yer alan bazı haklara aykırılık oluşturup oluşturulmadığının değerlendirildiği kararlar ele alınacaktır.

Keywords

*ECHR Article 14,
ECHR Article 8,
Different Citizenships
of Spouses,
Family Surname,
Equality in Marriage.*

Abstract

The legal regulations of each state may be different regarding the effect of marriage on the surname of a man or woman. In some national legal systems, the rule that the wife takes her husband's surname is accepted and in other national legal system we encounter that people who will marry each other are given the opportunity to determine their family surnames (for example, the relevant parties use the woman's surname as the family surname).

The European Court of Human Rights should decide whether the issues of both the obligation of the wife to use her husband's surname and the husband's choice to use his wife's surname upon marriage and the husband's inability to use his surname before marriage would constitute a violation of the principles of equal treatment of the parties and non-discrimination against one of the parties. In our study, just decisions regarding private international law will be discussed by limiting the subject of the case. In our study, the decisions of the European Court of Human Rights (ECHR), which evaluated whether the national court decisions given on the effect of spouses having different citizenships on the family surname and the legal regulations on which these court decisions are based, constitute a violation of some rights in the European Convention on Human Rights (ECHR) will be discussed.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 15.11.2023, Kabul Tarihi: 21.12.2023.

GİRİŞ

Evlenmede eşlerin hangi ortak soyadını alacaklarına yönelik olarak devletlerin dikkate alabileceği veya yeknesak uygulamaya ilişkin bir milletlerarası düzenleme söz konusu değildir. Nitekim bu konu, devletlerin iç hukuk düzenlemeleriyle belirleyebilecekleri bir husustur. Her devlet, soyadı kullanımında zaman içinde kendi yaklaşımını geliştirmiştir: Kimilerinde kocanın soyadının aile soyadı olarak kullanılması kabul edilirken kimilerinde her çiftin evlenmeden önce sahip olduğu soyadını kullanmaya devam edebilmesine imkân tanınmıştır¹. Kanun koyucular, kendi iç hukuk düzenlemelerinde bu konuyu belirlerken toplumun sosyal ve kültürel yapısını, toplumsal cinsiyet rollerini ve konumunu² göz önünde bulundurmaktadır. Bu noktadaki ulusal hukuki düzenlemeler, iki temel ilkedен birini esas almaktadır: İlki “aile adında birlik”, diğeri “soyadının değışmezliğı” ilkesidir³.

Diğер taraftan devletlerin, her bir vatandaşının ya da yabancı kişilerin bireysel kimliğini tanıma ve buna saygı gösterme yükümlülüğü söz konusudur. Bununla birlikte bireyler arasında ayrımcılığın yasaklanması ve bu hususta bireylerin artan bilinç düzeyi, özel hayata saygı, ad ve soyadı hakkı gibi insan haklarına ilişkin konuların devletlerce daha kapsamlı ele alınmasını gerekli kılmaktadır⁴. Bu konularda Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi’nin yapmış oldukları hukuki çalışmalar bulunmaktadır⁵.

Öte yandan birçok durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS)⁶ ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesi ile özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesine yönelik 8. maddesini birlikte ele almaktadır⁷. AİHM’in 14. maddeyle 8. maddeyi birlikte ele aldığı konulardan biri, evlenme sonucunda eşlerin kullanmak istedikleri soyadlarına ilişkin uyuşmazlıklardır⁸. Çalışmamızda, dava konusu sınırlamasına gidilerek, milletlerarası özel hukuku ilgilendiren konulardan biri olan evlenmede eşlerin farklı vatandaşlığa sahip olmasının, aile soyadına etkisine ilişkin bazı AİHM kararları değerlendirilecektir.

Söz konusu kararlar ele alınmadan önce eşlerin eşitliğine ilişkin kabul edilen insan hakları hukukunun kaynaklarından bazıları hakkında bilgi verilecektir. Bu kapsamda Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler (BM) tarafından hazırlanan hukuki çalışmalar sınırlı olarak ele alınacaktır. Çalışmamızın son kısmında ise, konu bütünlüğünün sağlanması amacıyla, Türk hukukunda konuya ilişkin olarak yaşanan gelişmeler üzerinde sınırlı olarak durulacaktır. Çalışmamızda, eşlerin soyadlarına ilişkin Türk hukuku ile diğер hukuk düzenlerinde yer alan maddi hukuk kuralları arasında mukayeseli hukuk çalışması yapılmayacak olup eşlerin soyadı tercihlerinin çocuklar üzerindeki etkisi de tartışılmayacaktır.

¹ TIROSH, Yofi: “A Name of One’s Own: Gender and Symbolic Legal Personhood in the European Court of Human Rights”, *Harvard Journal of Law & Gender*, 2010, Cilt 33, s. 250.

² Konuyu sosyolojik açıdan inceleyen çalışma için bkz. VATANDAŞ, Celalettin: “Toplumsal Cinsiyet ve Cinsiyet Rollerinin Algılanışı”, *Istanbul Journal of Sociological Studies*, 2007, Sayı 35, s. 29-56.

³ HELVACI, Serap / KOCABAŞ, Gediz: “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi*, 2015, Cilt 21, Sayı 2, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan Özel Sayısı, s. 640.

⁴ DE VARENNE, Fernand / KUZBORSKA, Elzbieta: “Human Rights and a Person’s Name: Legal Trends and Challenges”, *Human Rights Quarterly*, 2014, Cilt 37, Sayı 4, s. 977.

⁵ Bkz. aşa. Başlık I.

⁶ İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted at Rome, on 4 November 1950*) (19.03.1954 tarihli ve 8662 sayılı Resmî Gazete).

⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: “Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence”, 2022 (https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_8_eng, ET: 30.07.2023), s. 20. AİHS’in 14. maddesi, genel olarak bağımsız bir düzenleme teşkil etmemesinden ötürü tek başına ihlâl sebebi olarak ileri sürülemez; bir başka madde ile birlikte ileri sürülmektedir. Örneğin eşlerin evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanabilmesine ulusal makamlar tarafından izin verilmemesi sadece 14. madde değil, 14. maddenin 8. maddeyle birlikte hak ihlâl olup olmadığı açısından değerlendirilmektedir. KILINÇ, Ümit: “İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, Sayı 89, s. 260.

⁸ PÜRSELİM ARNİNG, Hatice Selin: *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad, Adalet* Yayınevi, Ankara, 2014, s. 102.

I. EŞLERİN EŞİTLİĞİNE İLİŞKİN BAZI MİLLETLERARASI DÜZENLEMELER

Bu başlık altında, doğrudan AİHM kararlarına geçmeden önce, milletlerarası hukukta eşlerin eşit hak ve yükümlülüğe sahip olacağına ilişkin gelişmeler üzerine durulması ve bu yönde hazırlanan milletlerarası düzenlemeler hakkında tarih sırasına bağlı kalınarak kısaca bilgi verilmesi amaçlanmaktadır⁹.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹⁰'nin 16. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesine göre “*evlenmede, evlilikte ve evliliğin bozulmasında eşlerin hakları eşittir*”.

1970'lerin sonuna gelindiğinde Avrupa'da, ayrımcılık yasağına dayanarak, devlet yetkililerinin soyadlarının kullanımı konusunda kadınlara değil erkekler için fayda sağlayan yasalar çıkaramayacağı düşüncesi yerleşmeye ve bu tarihlere yapılan milletlerarası düzenlemelerde ise, devletlere eşler arasında ayrımcılık yapmama yükümlülüğü getirilmeye başlanmıştır¹¹. Bundan önce 1970'li yıllarda yapılan ada ilişkin başvurulara yönelik AİHM'in yaklaşımı “biçimsel ve simetrik eşitliğe” dayanmaktaydı; şöyle ki AİHM sadece, başvuru sahiplerinin milli hukuklarında yer alan kadının evlenmekle alacağı soyadı kurallarının, kocanın evlenmekle kullanacağı soyadına ilişkin kurullarla aynı olup olmadığını değerlendiriyordu¹².

Eşler arasında ayrımcılık yapılmamasına ilişkin olarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin 15 Ağustos 2000 tarihinde imzaladığı ve 04.06.2003 tarihinde onayladığı, 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen ve 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Uluslararası Medenî ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin¹³ 23/4. maddesinde taraf devletlerin, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı kabul edilmiştir. Öte yandan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ise üye devletlerin bazılarında eşlere yönelik ayrımcı muamelelerin yapıldığına; eşler arasında, özellikle medenî hukuk alanında, hukuki eşitliğin sağlanmasının önemine işaret ettiği 78/37 sayılı kararını yayınlamıştır¹⁴. İlgili Karar'ın 6. maddesinde bir eşin diğer eşin soyadını kullanmak için soyadını değiştirmesinin kanunen zorunlu olmamasını sağlamak üzere aşağıdaki yollar önerilmiştir:

- Diğer eşle mutabakata varılarak ortak bir soyadının, örneğin eşlerden birinin soyadının, her iki eşin soyadının eklenmesiyle oluşan aile soyadının veya eşlerden birinin soyadı dışında bir soyadın seçilmesi veya
- Her eşin evlenmeden önce sahip olduğu soyadını muhafaza etmesi yahut
- Her iki eşin soyadının eklenmesiyle kanun gereği ortak bir soyadının oluşturulması.

⁹ Nitekim bu hukuki düzenlemelere, özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararında da Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin uluslararası yükümlülükleri açısından değinilmiştir. Yargıtay, HGK, T. 30.09.2015, E. 2014/2-889, K. 2015/2011 (kazancı.com.tr, ET: 10.10.2023). Bkz. aşa. Başlık III, B. Ayrıca konu hakkında bkz. GÖZTEPE, Ece: “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1999, Cilt 54, Sayı 2, s. 111-113.

¹⁰ 27.05.1949 tarihli ve 7217 sayılı Resmî Gazete.

¹¹ DE VARENNE / KUZBORSKA, s. 991.

¹² TIROSH, s. 251.

¹³ *International Covenant on Civil and Political Rights*, UN, 2200 A (XXI) (21.07.2003 tarihli ve 25175 sayılı Resmî Gazete). Sözleşmeye taraf devlet listesi için bkz. https://tbineternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CCPR&Lang=en (ET: 10.11.2023). Sözleşme'de öngörülen bireysel şikâyet prosedürünü onaylayan devlet listesi için bkz. https://tbineternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CCPR&Lang=en (ET: 10.11.2023). Somut bir uyuşmazlıkta, Namibya vatandaşı *Ms. Engelhard* ile Alman vatandaşı *Mr. Müller* evlenmekle *Ms. Engelhard*'ın soyadını kullanmak istemişlerdir. Ancak bunun yapılabilmesinin çeşitli idarî ve yasal prosedürlere bağlı olmasına karşın kadının kocasının soyadını kullanacak olması durumunda bu çeşit prosedürlere bağlı kalmayacağı, eşler arasında eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı olduğu iddiasıyla Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesine başvurmuşlardır. *Mr. Michael Andreas Müller and Imke Engelhard v. Namibia*, Communication No. 919/2000, *U.N. Doc. CCPR/C/74/D/919/2000* (2002), bkz. <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/919-2000.html> (ET: 01.11.2023).

¹⁴ Council of Europe Committee of Ministers: *Resolution (78) 37 on Equality of Spouses in Civil Law*, Adopted by the Committee of Ministers on 27 September 1978 at the 292 nd meeting of the Ministers' Deputies (<https://rm.coe.int/res-78-37e-on-the-equality-of-spouses-in-civil-law/1680a3b3f1>, ET: 01.11.2023).

Böylece Avrupa Konseyi bünyesinde eşlerin soyadı kullanımına yönelik her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına dair öneriler kabul edilmiştir.

Bu gelişmeler, sadece Avrupa’da değil, Birleşmiş Milletler’in hukuki düzenlemelerinde de yer bulmuştur. Şöyle ki Birleşmiş Milletler, 18 Aralık 1979 tarihinde Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme’yi kabul etmiş ve Sözleşme 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁵. Sözleşme, “kadınlara karşı ayırım” ifadesini şu şekilde tanımlamıştır: “*Kadınlara, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlamadır*”¹⁶. Çalışma konumuz açısından önem arz eden düzenlemelerinden biri Sözleşme’nin 16/1-g maddesidir:

“1. Taraf devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayırımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın-erkek eşitliğine dayanılarak kadınlara aşağıdaki hakları sağlayacaklardır:

...

(g) Aile adı, meslek ve iş seçimi dâhil her iki eş (kadın-erkek) için geçerli, eşit kişisel haklar.”.

Türkiye, bu düzenlemenin o dönem yürürlükte bulunan 17.02.1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin¹⁷ ilgili hükmüyle bağdaşmaması nedeniyle uygulanmaması yönünde beyanda bulunmuştu ancak 30 Eylül 1999 tarihi itibarıyla bu beyanını kaldırmıştır¹⁸.

Avrupa ülkelerinde ise bu dönemde kadınların evlenmeden önceki soyadlarını koruma hakkı elde etmek için verdikleri mücadele sonunda soyadı düzenleyen yasalar 1990’lı yıllarda gözden geçirilmiş ve bu ülkelerde geleneksel uygulamaların kaldırılması yönünde adımlar atılmıştır¹⁹. Diğer taraftan Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, yayımladığı 28 Nisan 1995 tarihli 1271 sayılı Tavsiye Kararı’nda son yıllarda pek çok Avrupa ülkesinin, soyadı düzenlemelerinde cinsiyetler arasında eşitliğin kademeli olarak sağlanması amacıyla yasal reformlar gerçekleştirdiğine; cinsiyetçi yaklaşımı devam ettiren devletlerin tespit edilerek bu devletlerin, evlilik durumunda her iki eş için de ortak bir soyadı seçimi konusunda eşitliğin sağlanması yönünde uygun önlemleri alması gerektiğine işaret etmiştir²⁰.

II. EŞLERİN FARKLI VATANDAŞLIĞA SAHİP OLMASI DURUMUNDA SOYADI KULLANIMINA İLİŞKİN BAZI AİHM KARARLARI

AİHM, cinsiyet eşitliğinin geliştirilmesinin bugün Avrupa Konseyi üye devletleri için temel bir hedef olduğunu ve cinsiyete dayalı ayrımcılığın objektif ve meşru bir sebebe dayanması hâlinde AİHS’e uygun sayılabileceğini belirtmiştir²¹. AİHS’e Ek 7 Numaralı Protokol’ün 5. maddesine göre, “*eşler, evlilik bakımından evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde*

¹⁵ The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Woman (CEDAW) (<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>, ET. 01.11.2023).

¹⁶ Resmî Gazete’de yer alan çevirisinden naklen (14.10.1985 tarihli ve 18898 sayılı Resmî Gazete).

¹⁷ 04.04.1926 tarihli ve 339 sayılı Resmî Gazete.

¹⁸ Sözleşme hakkındaki bilgi için bkz. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/122-kadnlara-kars-her-turlu-ayrmlcgn-onlenmesi-sozlesmesi/> (ET. 01.09.2023).

¹⁹ TIROSH, s. 251; DE VARENNES / KUZBORSKA, s. 991-992.

²⁰ Council of Europe Parliamentary Assembly: *Discrimination between Men and Women in the Choice of a Surname and in the Passing on of Parents’ Surnames to Children*, Recommendation 1271 (1995), <https://pace.coe.int/en/files/6832> (ET. 01.11.2023).

²¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, s. 20.

devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir²². Böylece evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda eşler arasında eşitlik ayrı bir metne alınmıştır.

AİHM'in önüne kadınların bekârlık soyadının kullanımına ilişkin çeşitli davalar gelmiştir. Çalışmamızda, AİHM'in soyadı kullanımına yönelik iki kararı ele alınacaktır. Bu kararlarda davacılar evlenmeden önceki soyadını kullanmak üzere ulusal makamlara talepte bulunmuşlarsa da talepleri ilgili devletin (somut olaylarda bu devlet İsviçre'dir) mevzuatı gereği reddedilmiştir. AİHM'e hak ihlâli iddiasıyla başvuruların "koca" olması ise kararları ilginç kılmaktadır. Üstelik bu iki karar yabancılik unsuru taşımaktadır²³.

Bu kapsamda öncelikle ele alacağımız dava, 1994 tarihli *Burghartz v. Switzerland*²⁴ davasıdır. Öğretide bu kararın, soyadı kullanımına ilişkin AİHS'in 8 ve 14. maddelerinin birlikte ihlâl edildiğine yönelik verilen ilk karar olduğu tespit edilmiştir²⁵. Şöyle ki, bu davaya kadar AİHM, kadınların evliliklerinde kendi soyadlarını kullanamamalarını AİHS'in 14. maddesine aykırı bulmamıştı²⁶. Oysa AİHS'in 14. maddesinin özellikle kadınları ayrımcılığa karşı korumak amacıyla kabul edilmesine rağmen bu korumadan bir erkeğin yararlanması ve bu kişinin evliliğinde kendi soyadını kullanamamasının, yüksek mahkeme tarafından 14. maddeye aykırı bulunması, *Burghartz* kararını dikkat çekici kılmaktadır²⁷. Daha sonra 2011 tarihli *Losonci Rose and Rose v. Switzerland*²⁸ davası üzerinde durulacaktır. Bu davada AİHM, eşler arasında cinsiyete dayalı ayrımcılığın kaldırılmasına yönelik olarak devletlerin eşlerin soyadı seçimine ilişkin hukuki düzenlemelerini değiştirmeye başladıklarını belirtmektedir. *Losonci Rose* ve *Burghartz* davaları, erkeklerin aile soyadı olarak eşlerinin soyadını seçmeleri durumunda kendi bekârlık soyadlarını kullanamamalarına ilişkindir.

Her iki davada AİHM, soyadına ilişkin hakkın açıkça AİHS kapsamında düzenlenmemesine rağmen uyuşmazlık konusunu Sözleşme'nin 14. maddesiyle birlikte 8. maddenin ihlâli kapsamında değerlendirmiştir. AİHS'in ayrımcılık yasağının düzenlendiği 14. madde hükmü şöyledir:

"İşbu Sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerden istifade keyfiyeti, bilhassa cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, millî veya sosyal menşee, millî bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi diğer bir durum üzerine müesses hiçbir tefriki tabi olmaksızın sağlanmalıdır".

²² İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek 7 Numaralı Protokol Strazburg, 22.11.1984 (8.4.2016 tarihli ve 29678 sayılı Resmî Gazete), 7 Numaralı Ek Protokol'ün yanında ayrımcılık yasağının düzenlendiği 4.11.2000 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek 12 Numaralı Protokol'ün 1. maddesi uyarınca "*hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır*". Türkiye, Protokol'ü 18 Nisan 2001 tarihinde imzalamış ancak henüz onaylamamıştır. Bkz. Signatories for Protocol No. 12 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (<https://sdg.humanrights.dk/en/instrument/signees/2470>, ET. 01.11.2023). 12 Numaralı Protokol'ün yürürlüğe girmesinin önemi, ayrımcılık yasağının tek başına ileri sürülebilecek olmasıdır; bir diğer deyişle, AİHS'in 14. maddesi, genel olarak bağımsız bir düzenleme teşkil etmemesinden ötürü tek başına ihlâl sebebi olarak ileri sürülememekte; bir başka madde ile birlikte ileri sürülmektedir. KILINÇ, s. 260.

²³ Örneğin *Losonci Rose* davasında yabancılik unsuru, kocanın Macar ve Fransız vatandaşlıklarını, karısının İsviçre vatandaşlığını taşımasıdır. Buna karşın yabancılik unsuru içermeyen ancak Türkiye ile ilgili olan dava için bkz. AİHM, *Ünal Tekeli v. Türkiye*, B. No. 29865/96, T. 16.11.2004. Bu davada "*aile birliğini ortak bir aile ismi aracılığıyla yansıma amacı, söz konusu davada şikâyet konusu olan cinsiyete dayalı farklı muamele için yeterli bir gerekçe oluşturmadığı gerekçesiyle TMK m. 187 hükmünün uygulanmasının AİHM m. 8 ve m. 14'ü birlikte ihlâl ettiğine*" karar verilmiştir. Ayrıca karar hakkında bkz. EKŞİ, Nuray: "Medeni Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükmünün AİHS, Anayasa, CEDAW ve MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 8, Sayı 2, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan Özel Sayısı, s. 320 vd.; PÜRSELİM ARNING, s. 106-107; ERGENE, Deniz: "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi", *Public and Private International Law Bulletin*, 2011, Cilt 31, Sayı 2, s. 153; KILINÇ, s. 249 vd.

²⁴ AİHM, *Burghartz v. Switzerland*, B. No. 16213/90, T. 22.02.1994. Ayrıca karar hakkındaki açıklamalar için bkz. ERGENE, s. 150 vd.; KILINÇ, s. 247.

²⁵ TIROSH, s. 277.

²⁶ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (11 numaralı Protokol'ün yürürlüğü girişine kadar 1954 yılından 1998 yılına kadar faaliyetine devam etmiştir) kararları *Hagmann-Husler v. Switzerland*, B. No. 8042/77, T. 1 April 1977 (https://www.stradalex.eu/en/se_src_publ_jur_eur_cedh/document/echr_8042-77, ET. 01.09.2023). Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *X v. The Netherlands*, B. No. 9250/81.

²⁷ TIROSH, s. 277.

²⁸ AİHM, *Losonci Rose and Rose v. Switzerland*, B. No. 664/06, T. 09.02.2011. Ayrıca bkz. ERGENE, s. 156; ÖCAL APAYDIN, Bahar: "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş mudur?", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 6, Sayı 2, s. 432.

Kişilerin özel ve aile hayatına saygı ilkesinin düzenlendiği 8. madde ise şu şekildedir²⁹:

“1. Her şahıs hususi ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına maliktir.

2. Bu hakların kullanılmasına resmî bir makamın müdahalesi demokratik bir cemiyette ancak millî güvenlik, amme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğunda ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vuku bulabilir”.

A. *Burghartz v. Switzerland* Davası

1. Dava Özeti

Somut davada başvuranlardan koca İsviçre vatandaşı olup kadın Alman ve İsviçre vatandaşıdır ve taraflar Basel’de (İsviçre) yaşamaktadırlar. Eşler, 1984’te Almanya’da evlenmişler ve evlenmeden önce, kadının milli hukuku olan Alman hukukuna göre kadının soyadını aile soyadı olarak seçmişler. Koca, bu hukuk seçimine uygun olarak kendi soyadını aile soyadının önüne koyma hakkından yararlanmıştı. Koca, “*Schnyder Burghartz*”, kadın da “*Burghartz*” şeklinde soyadlarını kullanmak için talepte bulunmuş ancak İsviçre nüfus memuru, kişilerin taleplerinden farklı olarak “*Schnyder*” adını, eşlerin ortak soyadı olarak kaydetmiştir. Bir diğer deyişle İsviçre makamları tarafların, kadının soyadını aile soyadı olarak seçmelerine rağmen bu seçimi kabul etmeyip kocanın soyadını aile soyadı olarak nüfusa işlemişlerdir. Bunun üzerine taraflar işleme itiraz etmişlerse de itirazları reddedilmiştir.

Taraflar, daha sonra 1 Ocak 1988 tarihinde İsviçre Federal Medeni Kanunu’nun yürürlüğe giren yeni hükmüne (m. 30) dayanarak yetkili makama yeni bir başvuruda bulunmuşlardır. 30. maddeye göre, “*İkamet edilen yerin kanton hükümeti, eğer geçerli bir sebep varsa, bir kişiye adını değiştirme yetkisi verebilir. Nişanlı çiftlere, talepleri ve meşru menfaatlerinin bulunduğunu kanıtlamaları hâlinde, evlilik resmileştikten sonra aile adı olarak kadının soyadını kullanmalarına izin verilebilir*”. Ancak tarafların bu talepleri de kadının soyadını aile soyadı olarak kullanmaları için meşru menfaatlerinin bulunmadığı ve yeni düzenlemenin 1 Ocak 1988 tarihinden önce gerçekleşen evliliklere (ki somut olaydaki evlilik daha önceki bir tarihte yapılmıştır) uygulanmasının mümkün olup olmadığı konusunda bir geçiş hükmüne yer verilmediği gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Yetkili makamın talebi reddetmesinde dayandığı bir diğer hukuki düzenleme ise İsviçre Federal Medeni Kanunu’nun 160. maddesidir. Buna göre, “*evli çiftlerin aile adı olarak kocanın soyadını taşıyacağı; sadece gelinin, evlenmeden sonra da önceki soyadını, kocasının soyadı önünde kullanmak istediğini nüfus memuruna bildirmesi gerektiği*” kabul edilmiştir. Bu kararların verilmesinden sonra eşler, Federal Mahkemeye başvurarak soyadına uygulanmak üzere Alman hukukunu (kadının taşıdığı vatandaşlıklardan biri olarak) hukuka uygun bir şekilde seçtiklerini ve bu seçime göre de aile soyadı olarak kadının soyadını ve erkeğin evlenmeden önceki soyadının da aile soyadının önünde kullanma hakkının tanınmasını talep etmişlerdir. Ayrıca bu taleplerinin kabul edilmemesi durumunda İsviçre Federal Medeni Kanunu’nun 30. ve 160. maddelerinin, Federal Anayasa’nın “*kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğu ve aile, eğitim ve çalışma alanlarıyla ilişkili olmak üzere bu eşitliğin kanun önünde sağlanmasına*” ilişkin olan 4/2. maddesini ihlâl ettiğini ileri sürmüşlerdir.

Federal Mahkeme 8 Haziran 1989 tarihinde, bu başvuruyu kısmen haklı görmüştür. Şöyle ki tarafların mesleği ve İsviçre ile Alman hukuk düzenlerinde yer alan hukuki düzenleme farklılıkları nedeniyle eşlerin ortak soyadının “*Burghartz*” olarak kullanmalarına izin verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Buna karşın İsviçre Federal Medeni Kanunu’nun 30/2. maddesinin nişanlı çiftleri ilgilendirdiği ve geriye dönük olarak uygulanamayacağı gerekçeleriyle uygulanmasını reddetmiştir. Kocanın aile soyadının önüne kendi evlenmeden önceki soyadını kullanma talebini ise İsviçre Federal Medeni Kanu-

²⁹ Gerek 8. madde gerek 14. madde, Sözleşme’nin Resmî Gazete’de yayımlanan çevirisinden alınmıştır (19.03.1954 tarihli ve 8662 sayılı Resmî Gazete).

nu'nun 160. maddesi kapsamında ve hatta İsviçre hukuk düzeninde uygun bir hukuki dayanağa sahip olmadığı gerekçesiyle kabul etmemiştir. Ayrıca Mahkeme, İsviçre Federal Medeni Kanunu'nun 160. maddesinin hazırlık sürecinde İsviçre parlamentosunun aile birliğini koruma ve gelenekten ayrılmayı önleme kaygısıyla isim seçiminde eşler arasında mutlak eşitliği kabul etmediğini de belirtmiştir.

2. AİHM'in Kararı ve Gerekçesi

Bir üst başlık altında anlattığımız süreç sonunda eşler, İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin AİHS'in 8. ve 14. maddelerini ihlâl ettiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuşlardır. AİHM'e taşınan süreçte hükümet, öncelikle Komisyon önünde iki itirazda bulunmuştur. Bu itirazlar, kadının mağdur olmadığına ve tarafların iç hukuk yollarına başvururken AİHS'in 8 ve 14. maddelerinin ihlâl edildiği iddiasına dayanmadıklarına ilişkindir. Bu iki itiraz, Komisyon tarafından değerlendirilerek reddedilmiştir. Şöyle ki Komisyon, ilk itiraz konusuna ilişkin olarak kadının, aile soyadı olarak kendi soyadının seçilmesi ve kocasının da evlenmeden önceki soyadını kaybetmesinin evliliklerinde sorun oluşturduğu ve soyadı değişikliklerinden de kadının dolaylı olarak etkilenecek olması gerekçeleriyle kadının da somut dava açısından mağdur sıfatına sahip olduğuna karar vermiştir. İkinci itiraz konusunda ise Komisyon, başvuranların kendi ulusal hukuklarında iç hukuk yollarını tükettiklerini ve Federal Mahkeme önündeki temyiz başvurusunda da aynı iddiaları kullandıklarını tespit etmiştir.

AİHM, başvuranların iddialarının AİHS'in 14. maddesinin yanında 8. maddesiyle birlikte ele alınarak değerlendirilmesine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme başvuruyu, ilk olarak, uygulanabilirlik (*applicability*) açısından inceleyerek bu davada başvuranın akademik çevrelerde tanındığı soyadını korumasının kariyerini önemli ölçüde etkileyebileceğinden başvurunun 8. madde kapsamında olduğunu kabul etmiştir. İkinci olarak da başvuruyu uygunluk (*compliance*) açısından değerlendirmiştir. AİHM, genel olarak cinsiyet eşitliğinin geliştirilmesinin Avrupa Konseyine üye devletlerin temel hedeflerinden biri olduğunu ve cinsiyete dayalı muamele farklılığının AİHS'e aykırılık kapsamında değerlendirilmesi için objektif ve makul nedenlerin varlığının gerektiğini belirtmiştir. Somut olay özünde ise İsviçre hükümetinin dayandığı yasal düzenlemenin varlığının cinsiyete dayalı ayırım yapılabilmesinin objektif ve makul gerekçesi olamayacağına oy çokluğuyla kanaat getirerek 14. maddenin 8. maddeyle birlikte ihlâlüne karar vermiştir³⁰.

B. *Losonci Rose and Rose v. Switzerland* Davası

1. Dava Özeti

Macar ve Fransız vatandaşlıklarına sahip olan koca ile İsviçre vatandaşlığına sahip olan karısı, evlenme aşamasında, evlendikten sonra yaşayacakları ülke olan İsviçre'de nüfus müdürlüğüne, Macar ve Fransız mevzuatına göre ad değişikliğinin İsviçre mevzuatına göre daha zor olmasını ve kadının İsviçre'de federal idarede önemli bir konuma sahip olmasıyla tanınırlığını gerekçe göstererek evlendikten sonra kadının soyadını aile soyadı olarak kullanmak üzere talepte bulunmuşlardır. Ayrıca bu başvuruda koca, evlenmeden önceki soyadını kullanabilmek için İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu'nun 37. maddesine dayanarak kendi milli hukukunun uygulanmasını talep etmiştir. İlgili hüküm şu şekildedir: “*İsviçre’de yerleşim yeri bulunan kişinin adı İsviçre hukukuna tâbidir; yurt dışında yerleşim yeri bulunan kişinin adı, kişinin yerleşim yerinin bulunduğu devletin kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarına tâbidir. Ancak bir kişi, adına uygulanacak hukuk olarak kendi milli hukukunun uygulanmasını talep edebilir*”. Bu hükmün dışında tarafların, kadının soyadını kullanabilmek için taleplerinde dayanak gösterdikleri düzenleme İsviçre Medeni Kanunu'nun 30. ve 160. maddeleridir³¹.

³⁰ Bu kararın oy çokluğuyla verilmesinin özellikle İsviçre doktrininde eleştirildiğine ilişkin açıklamalar için bkz. KILINÇ, s. 248; ERGENE, s. 152. Bu karar üzerine İsviçre Federal Medeni Kanunu'nda istenen değişiklik önerisi hakkında bkz. NOMER, Halûk N.: “Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, Cilt 22, Sayı 2 (Soyadı), s. 444.

³¹ Tekrara yol açmamak adına ilgili düzenlemeler için bkz. yuk. Başlık A. 1.

2 Mayıs 2003 tarihinde Nüfus Müdürlüğü bu başvuruyu reddetmiştir. Bu ret kararına karşı taraflar, İdare Mahkemesine başvurmuşlardır. Bu sırada taraflar, evlenmelerinin önünde tek engelin, soyadının belirlenmesi olduğu için evlenmelerinden sonra kadının soyadının aile soyadı olarak kullanmak üzere buldukları kantonun Nüfus ve Vatandaşlığa Kabul Dairesine taleplerini iletmışlerdir. Ancak bu başvurunun kabul edilebilmesi için taraflar, erkek nişanlıının evlenmeden önceki soyadını, evlendikten sonra da tek başına kullanmak istediğini beyan etmemişlerdir. Böyle olunca tarafların talebi, yetkili makam tarafından kabul edilmiş ve 23.07.2004 tarihinde evlenmişlerdir. Erkek, *Losonci Rose*; kadın, *Rose* soyadını almıştır. Başvuranlar, evlendikten sonra koca tarafından geçici olarak seçildiğini iddia ettikleri aile soyadının Macar kanunlarının öngördüğü şekilde, sadece başvuranın soyadını değiştirmeden “*Losonci*” olarak nüfus sicilinde değiştirilmesi üzerine İdare Mahkemesine başvurmuşlardır. Mahkeme, 14 Aralık 2004 tarihli kararında somut olayda kadının adına uygulanacak hukuk olarak kendisinin İsviçre vatandaşı olması ve bu ülkede ikamet etmesi gerekçeleriyle İsviçre hukukunun, erkeğin adına ise kendisinin İsviçre’de ikamet etmesi ve İsviçre’ye yerleşme niyeti taşımasının göz önüne alınmasıyla yine İsviçre hukukunun uygulanabileceğini ancak kocanın kendi milli hukukunun uygulanması yönünde talebinin dikkate alındığını belirtmiştir. İdare Mahkemesi, ayrıca, kadın açısından ad hakkının İsviçre hukukuna tâbi olduğunu ve İsviçre hukukunda aile soyadının birliği ilkesinin kabul edildiğini, kocanın soyadının aile soyadı olarak kullanılacağını ancak eşlerin, kadının soyadının aile soyadı olarak kullanılmasını seçebileceğini ve tarafların çift soyadını kullanabileceğini ifade etmiştir. Nihai kararında ise başvuranın adının Macar hukukuna tâbi olmasına yönelik seçimi ile İsviçre Federal Medeni Kanunu’nun 30/2. maddesinde tanınan imkânla kadının soyadının aile soyadı olarak kullanılması arasında bir örtüşmenin bulunmadığı gerekçesiyle tarafların talebini reddetmiştir.

Ret kararı üzerine İsviçre Anayasası’nda yer alan eşitlik ilkesine³² ve AİHS’in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle taraflar, 10 Ocak 2005 tarihinde İsviçre Federal Mahkemesine temyiz başvurusunda bulunmuşlardır. Taraflar, itiraz gerekçelerinde somut olayda İsviçre vatandaşı koca ve Macar vatandaşı karısı olsaydı, her iki tarafın da kendi soyadını koruyabileceğini, herhangi bir bildirim ihtiyacı duyulmadan kocanın soyadının aile soyadı olarak kullanılacağını ve kadının soyadını seçiminin Macar hukukuna tâbi olmasına yönelik seçim beyanının somut olayda etkili ve geçerli olacağını belirtmişlerdir. Federal Mahkeme de kadının soyadının aile soyadı olarak kullanılmasına izin verilmesine ilişkin başvurunun, başvuranın adını Macar hukukuna tâbi tutma seçeneğini artık geçersiz hâle getirdiğine ilişkin İdare Mahkemesi kararını onaylamıştır. Ancak Federal Mahkeme, evlendikten sonra soyadı seçimine ilişkin kabul edilen İsviçre düzenlemesinin -İsviçre Anayasası’na uygun olup olmadığı konusunda başvuran eşleri haklı görerek- eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiş; ancak bu konunun daha önce İsviçre Federal Parlamentosuna geldiğini ve Parlamentoda bu hükmün değişikliğinin kabul edilmediğini belirterek kararında bu düzenlemenin değiştirilmesine yönelik bir ifadeye yer vermemiştir.

Sonuç olarak ulusal makamlar, başvuranın evlenmekle karısının soyadını kullanmak için talepte bulunmuş olmaları ve bu talebin kabul edilmesi sonucunda evlendikten sonra bekârlık soyadını kullanmasına izin verecek olan kendi milli hukukuna tâbi tutma seçeneğini artık kullanamayacağı yönünde kararlar vermişlerdir. Böylece kocanın, evlenmeden önceki soyadını evliliği süresince tek başına kullanabilmesi uygun görülmemiştir.

2. AİHM’in Kararı ve Gerekçesi

AİHM, somut uyuşmazlıkta İsviçre makamlarının kararlarının ayrımcılık yasağını ihlâl edip etmediğini değerlendirirken, çeşitli ölçütleri dikkate alarak inceleme yapmıştır. İlki, benzer durumda

³² İsviçre Federal Anayasası’nın 8. maddesine göre, “1. Herkes kanun önünde eşittir. 2. Hiç kimse özellikle kökeni, ırkı, cinsiyeti, yaşı, dili, sosyal konumu, yaşam tarzı, dini, ideolojik veya siyasi kanaatleri nedeniyle ya da fiziksel, zihinsel veya psikolojik engeli nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulamaz. 3. Erkekler ve kadınlar eşit haklara sahiptir. Kanun, başta ailede, eğitimde ve işyerinde olmak üzere hem kanunen hem de pratikte eşitliği sağlayacaktır. Kadın ve erkek, eşit değerde iş için eşit ücret alma hakkına sahiptir. 4. Kanun, engelli kişileri etkileyen eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasını sağlayacaktır.”

bulunan kişiler arasında farklı muamelenin var olup olmadığı; diğeryse farklı muamelenin objektif ve meşru bir gerekçeye dayanıp dayanmadığıdır.

İlk ölçüt çerçevesinde AİHM, İsviçreli bir erkek ve yabancı bir kadının evliliği söz konusu olduğunda kadının İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu'nun 37/2. maddesi uyarınca soyadını kendi milli hukukuna tâbi olarak kullanabileceğini ancak somut uyuşmazlık konusunda olduğu gibi İsviçre vatandaşı kadın ve yabancı bir erkeğin evlenmesiyle, aile soyadı olarak kadının soyadını seçmeleri durumunda kocanın bu hakkı kullanamayacağını tespit etmiştir. Böylece AİHM, başvuranların benzer durumdaki kişiler arasında farklı muamelenin mağduru olduklarını iddia edebileceklerini ve mevcut davada bu mevzuatın gerekçesinin objektif olup olmadığının incelenmesi gerektiğini değerlendirmiştir.

İkinci ölçüt açısından ise İsviçre hükümeti ve verdikleri kararlarda İsviçre ulusal mahkemeleri, somut uyuşmazlıkta başvuranlara uygulanan kanun hükmünün ailede soyadı birliğinin sağlanmasına ilişkin meşru bir amaca dayandığını ileri sürmüştür. AİHM, mevcut uyuşmazlıkta kullanılan araçlar ile güdülen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu bağlamda AİHS'e taraf devletlerin, aile birliğinin sağlanması amacıyla alınacak tedbirler konusunda belirli takdir yetkisine sahip olmalarına rağmen 14. madde kapsamında farklı muameleyi haklı çıkaracak gerekçeler göstermeleri gerekmektedir. AİHM, İsviçre hükümeti ve ulusal mahkemelerinin bu gerekçesini haklı bir gerekçe olarak kabul etmemiştir. Ezcümle AİHM, İsviçre'de yürürlükte olan soyadına ilişkin hukuki rejimin, erkeğin veya kadının İsviçre vatandaşlığına sahip olup olmamasına bağlı olarak eşlerin farklı vatandaşlıklara sahip olması durumunda cinsiyet temelli ayrımcılık yasağına ilişkin AİHS'in 14. maddesinin ve adın, kişilerin toplum içinde bireyselleştirilmesinin temel unsuru olarak özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilerek 8. maddesiyle birlikte ihlâline yol açtığı sonucuna varmıştır.

III. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN GELİŞMELER

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın³³ 10. maddesi "*kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür*" şeklindedir ve 41. maddesinde de "*aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır*" denmektedir. Öte yandan eşlerin farklı vatandaşlığa sahip olduğu durumlarda soyadına uygulanacak hukuka ilişkin ayrı bir bağlama kuralı 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'da (MÖHUK)³⁴ yer almamaktadır³⁵. Maddi hukuk düzenlemelerimiz açısından ise kısaca, 21.6.1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun³⁶ 1. maddesine göre, "*her Türk öz adından başka soyadını da taşımaya mecburdur*". 4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun³⁷ (TMK) 187. maddesine göre ise "*kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*".

³³ 2709 sayılı ve 18.10.1982 tarihli 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (09.11.1982 tarihli ve 17863 sayılı Mükerrer Resmî Gazete).

³⁴ 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmî Gazete.

³⁵ Çalışma konumuz buna ilişkin olmadığı için konu hakkında bkz. NÖMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 228 vd.; TEKİNALP, Gülören / UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 126 vd.; ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 139 vd.; DOĞAN, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 303 vd.; GÜNGÖR, Gülin: *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 124; ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 223 vd.; PÜRSELİM ARNİNG, s. 123 vd.; ESEN, Emre: "Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2004, Cilt 24, Sayı 1-2, s. 446.

³⁶ 02.07.1934 tarihli ve 2741 sayılı Resmî Gazete.

³⁷ 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete.

Çalışma konumuz AİHM kararlarının incelenmesi üzerine olmasına rağmen AİHM kararlarına da uyum sağlanarak Yüksek Mahkemenin 22 Şubat 2023 tarihinde verdiği karar sebebiyle Türk hukukunda yaşanan gelişmelere kısaca değinilecektir. Anayasa Mahkemesi, 22 Şubat 2023 tarihinde kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağına dair TMK'nın ilgili hükmünün (madde 187, birinci cümle) iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi (AYM) kararında, AİHM'in soyadının kullanımına ilişkin kararlarına benzer hukuki gerekçeler üzerinde durmuştur³⁸.

Ayrıca bu başlık altında Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun TMK'nın kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağına dair hükmünün Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 17. maddesine ve AİHS'in 8. ve 14. maddelerine aykırı olduğunu 2015 yılında tespit ettiği kararına da değinilecektir. Çalışmamızda incelediğimiz AİHM kararlarında davacılar erkek iken Türk mahkemelerinin önüne gelen uyuşmazlıklarda davacılar kadındır.

A. Anayasa Mahkemesi Kararı

Yakın tarihte, bir Türk vatandaşının evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanabilmesine ilişkin olan ve yabancılik unsuru taşımayan bir talep hakkında İstanbul 8. Aile Mahkemesinin TMK'nın 187. maddesinin birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varması üzerine bu kuralın iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Bu başvuruda itirazın gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir³⁹:

“Soyadının kadının kimliği ile kişiliğinin bir parçasını oluşturduğu, itiraz konusu kuralla kadının evlenmeden önceki soyadını kullanma hakkına getirilen sınırlamanın meşru bir amacının bulunmadığı, erkeğin doğumla kazandığı soyadını ömrü boyunca kullanması mümkün iken aynı hakkın kadına tanınmamasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) söz konusu farklı muamele nedeniyle ihlâl kararları verdiği, ayrıca bireysel başvuru alanında Anayasa Mahkemesince verilen ihlâl kararlarının da bulunduğu ancak değiştirilmeyen kuralın idare tarafından uygulanmaya devam edildiği, bu durumun ise Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesini ihlâl ettiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 17., 20., 90. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür”.

Anayasa Mahkemesinin, kararlarında⁴⁰ “ayrımcılık yasağına” ilişkin değerlendirdiği ölçütler AİHM'in kararlarında değerlendirdiği ölçütlerle paralel niteliktedir. Her iki yüksek mahkeme de eşitlik kavramını, herkesin aynı yönden aynı muameleye tâbi tutulması değil, sadece aynı durumda bulunan kişiler arasında kanun karşısında ayırım yapılmaması anlamında kullanmaktadır. Ayrıca yapılan farklı muamelenin objektif ve makul bir temele dayanıp dayanmadığının tespitine yönelik ölçütler de kabul edilmiştir.

Somut uyuşmazlık açısından Anayasa Mahkemesi, kararında kişilerin soyadı taşıma hakkının, Anayasa'nın 20. maddesi⁴¹ ile AİHS'in 8. maddesinde yer alan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında olduğunu belirtmiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme, kararında yukarıda incelediğimiz ve İsviçre aleyhine verilen AİHM kararlarında yer alan hukuki gerekçelere benzer gerekçeler sunmuştur:

“Bu itibarla evlenmeden önceki soyadının evlendikten sonra da kullanılması yönünden kadın ile erkeğin karşılaştırmaya müsait şekilde benzer durumda buldukları sonucuna ulaşılmıştır. Erkek evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra da tek başına kullanabildiği hâlde kuralla kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra ancak kocasının soyadının önünde kullanabileceği öngörüldüğünden karşılaştırmaya müsait şekilde benzer durumda olan eşler arasında cinsiyet temelinde farklı muamelenin yapıldığı açıktır”.

³⁸ Bkz. AİHM, *Ünal Tekeli v. Türkiye* davası, yuk. Başlık II, dn. 23.

³⁹ AYM, T. 22.02.2023, E. 2022/155, K. 2023/38, 28.04.2023 tarihli ve 32174 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁰ Örneğin AYM, *Nuriye Arpa*, B. No. 2018/18505, T. 16.06.2021 (28.09.2021 tarihli ve 31612 sayılı Resmî Gazete), § 58.

⁴¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20. maddesine göre: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”.

Bu gerekçeyle Yüksek Mahkeme, eşitlik ilkesinin ihlâl edildiğine ve Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin ilk cümlesinin Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle iptaline oy çokluğuyla karar vermiştir⁴².

22.02.2023 tarihli karardan önce, benzer netice-i talepler, Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir⁴³. Bunlardan ilk olarak üzerinde duracağımız, evlenerek kocasının soyadını alan kadının, evlenmeden önceki soyadını aile soyadı olarak kullanmak için açtığı davada, yerel mahkemenin, 17.02.1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 153. maddesinin birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla iptali için başvurmasıdır. 4248 sayılı ve 14 Mayıs 1997 tarihli Türk Kanunu Medenisi'nin 153'üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen hüküm şöyledir⁴⁴:

“Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir”.

Bu başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, yeni tarihli karardan farklı olarak kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyete dayalı bir ayrımcılığa dayanmadığına ve herkesin her yönden aynı olacağı anlamına gelmeyen eşitlik ilkesine de aykırı olmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir. Karara muhalif kalan üyeler de ilgili kuralın evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler açısından aynı hukuksal konumda bulunan taraflardan kocayı daha üstün gören, kamu düzeni ile kamu yararı mülhazalarıyla varlığı açıklanmaması gereken ve kadın açısından zorlama bir kural olduğunu belirtmişlerdir. Ayrıca karşı oy yazılarında, yine kadının soyadına ilişkin bir uyumsuzluğun önüne geldiği Alman Anayasa Mahkemesinin kararında yer alan *“bir ilişkinin geleneksel yapısı, eşitsizliği haklı kılamaz”* ifadesi de vurgulanarak TMK'da yer alan bu kuralın kadının maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına (Anayasa m. 17) müdahale niteliği taşıdığı savunulmuştur.

Bir diğer karar, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla üç yerel mahkemenin, mülga TMK'nın 153. maddesiyle benzer olan 4721 sayılı TMK'nın 187. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısıyla iptali için başvuruları üzerine verilmiştir. Yerel mahkemeler, kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağına ilişkin hükmün, Anayasamızın “Eşitlik” başlıklı 10. maddesine, “Temel Hak ve Hürriyetlerinin Niteliği” başlıklı 12. maddesine, “Kişinin Dokunulmazlığı, Maddî ve Manevî Varlığı” başlıklı 17. maddesine ve “Ailenin Korunması” başlıklı 41. maddesine ve ülkemizin taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 1. maddesine ve AİHS'in 8 ve 14. maddelerine aykırı olduğunu belirtmişlerdir. Ayrıca yerel mahkemeler, usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağını belirten Anayasa'nın 90/son madde hükmünü gerekçe göstermişlerdir⁴⁵. Ancak Anayasa Mahkemesi, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmî belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi gibi kamu yararının ve kamu düzeninin korunması ile yasa koyucuların kendi devletiyle ilgili tarihî ve siyasal yapısı gereğince soyadı kullanımı konusunda takdir yetkisine sahip olduğu gerekçeleriyle başvuruları oy çokluğuyla reddetmiştir.

B. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı

Anayasa Mahkemesinin TMK m. 187'nin Anayasa'ya aykırı olduğuna yönelik 22.02.2023 tarihinde verdiği kararından önce, kadınların evlilik birliği içinde evlenmeden önceki soyadlarını tek başına kullanabilmelerine ilişkin talepleri farklı tarihlerde Yargıtay'ın önüne gelmiştir. Bu başlık altında sadece Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2015 yılında vermiş olduğu kararı üzerinde durulacaktır⁴⁶.

⁴² Bu iptal kararı, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girecektir. Bkz. dn. 39.

⁴³ AYM, T. 29.10.1998, E. 1997/61, K. 1998/59 (15.11.2002 tarihli ve 2493 sayılı Resmî Gazete); AYM, T. 10.03.2011, E. 2009/85, K. 2011/49 (21.10.2011 tarihli ve 28091 sayılı Resmî Gazete). Konu hakkındaki değerlendirmeler için bkz. HELVACI / KOCABAŞ, s. 635.

⁴⁴ 22.05.1997 tarihli ve 22996 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁵ AYM, T. 10.03.2011, E. 2009/85, K. 2011/49 (21.10.2011 tarihli ve 28091 sayılı Resmî Gazete).

⁴⁶ Yargıtay, HGK, T. 30.09.2015, E. 2014/2-889; K. 2015/2011 (kazancı.com.tr, ET: 10.08.2023).

Bu davada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, konuyu usulüne uygun olarak hukukumuzda yürürlüğe konan temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası anlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olmasına ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşmaların esas alınacağına ilişkin Anayasa'nın 90. maddesi açısından değerlendirmiştir. Bir diğer deyişle yüksek mahkeme, AİHS'in 8. ve 14. maddeleri açısından ve Birleşmiş Milletlerin Uluslararası Medenî ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme uyarınca Türkiye'nin girmiş olduğu taahhütler açısından inceleme yapmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, evli erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanmaya devam edebilmelerine rağmen evli kadınların tek başına evlenmeden önceki soyadlarını kullanma hak ve imkânına sahip olmamasının, eşler arasında farklı muamele teşkil ettiğini kabul etmektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, aile birliğinin sağlanmasında ortak soyadının “geleneksel yaklaşım dışında” mutlak varlığının gerekmediğini, bu gerekçenin de eşler arasında farklı muamelede bulunulmasına meşru bir gerekçe olmadığını ve nüfus hizmetlerinin yürütülmesinde çıkabilecek bazı aksamaların da teknik düzenlemelerle aşılabileceğini özellikle vurgulamıştır.

Sonuç olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kararında Türk Medeni Kanunu'nun somut uyuşmazlık konusuyla ilgili hükmünün Anayasa'nın herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğuna ilişkin 17. maddesi ile AİHS'in 8 ve 14. maddelerine aykırı olduğunu ve ilk derece mahkemelerinin somut uyuşmazlık konusu açısından uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiğini belirtmiştir.

IV. SOMUT DAVALARDA ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ SORUNLAR

Makalemizde ele aldığımız gerek AİHM gerek Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen kararlarda ortaya çıkan ve tespiti gereken sorunlardan bazıları kanımızca şunlardır:

1. Evlenecek çiftlerin kullanabileceği soyadının tespiti konusunda devletlerin, sahip olduğu yetkiyi kullanırken uymak zorunda oldukları milletlerarası sözleşmelerin var olup olmadığı,
2. Kocanın soyadının ortak soyadı olarak kullanılmasının kabul edildiği ulusal hukuk düzenlemelerinin cinsiyet temeline dayanan ayrımcılık oluşturup oluşturmadığı,
3. Kocanın soyadının ortak soyadı olarak kullanılmasının kabul edildiği ulusal hukuk düzenlemelerinin eşler arasındaki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığı,
4. Kocanın soyadının ortak soyadı olarak kullanımının kabul edildiği tek Avrupa Konseyi üyesi olarak Türkiye'de evlilikleri süresince eşlerin eşit haklara sahip olma ilkesi içinde eşlere ortak soyadı veya kadına evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanabilme seçiminin tanınıp tanınmayacağı,
5. Ulusal hukuk düzenlerinde eşlerin kendi soyadlarını tek başına kullanmalarına izin verilmemesi durumunun, temel insan haklarından biri olan “özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının (AİHS m. 8)” ihlali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği,
6. Eşlere ortak soyadının seçimi hakkı tanıyan ulusal hukuk düzenlerinde, kadının soyadının ortak soyadı olarak kullanımının eşler tarafından tercihinde, kocaya bekârlık soyadının da ortak soyadının önünde veya tek başına kullanma hakkı tanınmaması durumunun “cinsiyet temeline dayanan ayrımcılık” teşkil edip etmediğidir.

V. KARARLARA KONU OLAN HUKUKİ SORUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

En sık karşılaşılan hukuki sorun, genellikle erkeklerin evlenmelerinden sonra resmî olarak doğumla kazandıkları soyadlarını kullanmalarına ve korumalarına iç hukuklarda izin verilmesine rağmen kadınların bu imkâna sahip olmamalarıdır. Dolayısıyla ulusal yetkililerce tescil edilip kişilerin kullanabilecekleri soyadları konusunda cinsiyete dayalı bir muamele farklılığının ortaya çıktığı bir gerçektir⁴⁷. Öte yandan çalışmamızda üzerinde durduğumuz AİHM'in önüne gelen uyuşmazlıkların konusu ise eşlerinin soyadını kullanmalarını tercih eden erkeklerin, evlenmeden önceki soyadlarını evlilikleri süresince kullanamamalarıdır. Böylece sadece kadınlar tarafından değil, AİHM'in kararlarında da görüldüğü üzere, evlenmeden önceki soyadı kullanımı erkekler tarafından da talep edilmektedir. Bir diğer anlatımla Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın önüne gelen davalarda talepler kadınlardan; oysa çalışmamızda incelediğimiz AİHM'in İsviçre aleyhine verdiği kararlara konu olan talepler erkeklerden gelmiştir.

Genel olarak devletler, vatandaşlarını belirleme konusunda mahfuz yetkiye sahiplerdir. Ancak devletler bu yetkiyi sınırsız şekilde kullanamazlar. Bu yetkinin sınırı milletlerarası hukuka (milletlerarası sözleşmelere, milletlerarası teamül kurallarına ve genel hukuk ilkelerine) uygunluğun var olması gerekliliğidir⁴⁸. Aynı şekilde devletler, kendi vatandaşlarının kullanabileceği soyadlarının tespiti konusunda da yetkiye sahiplerdir. Bunu ulusal hukuki düzenlemelerinde açıkça hüküm altına almışlardır. Bireylerin adının ve soyadının seçimi, doğum, evlilik ve boşanma durumları açısından devletten devlete farklılık göstermektedir⁴⁹. Bu farklılıkların olmasının sebebi devletlerin sosyal anlayışları ve toplum yapısının hukukî düzenlemeler üzerindeki etkisidir. Eşler arasında eşitliğin sağlanması ve ayrımcı muamelenin kaldırılmasına yönelik olarak uluslararası hukukta Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler çalışmalarını yürütmektedir. Bu çalışmalarından biri de eşlerin, evlenmeden önceki soyadlarını evlilikleri süresince de kullanabilmelerine ve eşit şartlarda aile soyadlarını seçebilmelerine yöneliktir.

Eşlerin soyadlarına ilişkin verilen AİHM kararları ise geleneksel ataerkil adlandırma sistemine karşı koyan bireylerin yargı yoluna başvurduklarını ve devletlere yönelik bir yaptırıma karar verildiğini göstermektedir⁵⁰. AİHM, kişinin toplum içinde bireyselleştirilmesinin temel unsuru olan adın, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında olduğunu kararlarında özellikle vurgulamaktadır. Şöyle ki AİHS'in 8. maddesinin ada ilişkin bir düzenleme içermemesine rağmen adın, kişinin kişisel kimliğini belirleme ile bir aileye bağlanmasında, bireylerin diğer kişilerle ilişkiler kurabilmesinde ve kendisini dış dünyaya tanıtmada araç olduğu AİHM kararlarında kabul edilmektedir⁵¹. Bunun yanında AİHM, bir devletin ada ilişkin hukukî düzenlemeler yaparken kamu menfaatinin olmasına karşın adın, bireylerin özel ve aile hayatına dâhil olduğu gerçeğini değiştirmeyeceğini de belirtmektedir⁵². Böylece adın kullanımının düzenlenmesinin, toplumun ve devletin çıkarının olmasını kapsayan kamu hukuku boyutu ile mesleki veya ticari bağlamlarda da diğer insanlarla ilişkiler kurma ve geliştirme hakkını belirli bir dereceye kadar içeren özel hayata ilişkin boyutu söz konusudur⁵³.

AİHM, kadın-erkek arasında evlendikten sonra kullanılacak soyadının belirlenmesinde ulusal hukuklarda yer alan "kadının, evlenmekle kocasının soyadını alması" veya erkeğin evlenmeden sonra kadının soyadını alması üzerine kendi evlenmeden önceki soyadını kullanamaması" durumlarını özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile kadın-erkek arasında ayrımcılık yapılmaması ilkesinin ihlâli olarak de-

⁴⁷ DE VARENNE / KUZBORSKA, s. 989, dn. 27 ve s. 990.

⁴⁸ Bkz. 12 Nisan 1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilâflarına İlişkin Çeşitli Meseleler Hakkında Lahey Sözleşmesi (*League of Nations, Treaty Series*, Sayı 179, s. 89 yürürlük tarihi 1 Temmuz 1937) m. 1; Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi m. 3 (*European Convention on Nationality*, ETS No. 166, 06.11.1997 tarihinde Strasburg'da akdedilen Sözleşme, 01.03.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Sözleşmeyi onaylamamıştır).

⁴⁹ *Burghartz v. Switzerland, Dissenting Opinion of Judges Pettiti and Valticos*, s. 13.

⁵⁰ TIROSH, s. 252.

⁵¹ AİHM, *Burghartz v. Switzerland*, B. No. 16213/90, T. 22.02.1994, § 51.

⁵² AİHM, *Burghartz v. Switzerland*, B. No. 16213/90, T. 22.02.1994, § 51.

⁵³ AİHM, *Burghartz v. Switzerland*, B. No. 16213/90, T. 22.02.1994, § 24.

ğerlendirmektedir. Bu noktada eşler arasında farklı muameleye yol açacak düzenleme ve uygulamanın objektif ve meşru olduğunu devletler kanıtlamak zorundadırlar, aksi durumda bu farklı muamelenin ayrımcılık yarattığı ve uluslararası hukukun temel bir hakkının ihlâli olduğu anlamına gelmektedir⁵⁴. Nitekim AİHM içtihadında belirtildiği üzere, farklı muamelenin objektif ve meşru bir sebebe dayanıp dayanmaması, demokratik toplumlarda genel olarak geçerli olan ilkeler dikkate alınarak somut olaydaki tedbirlerin amacı ve etkileri açısından yapılacak değerlendirmenin sonucuna bağlıdır. Bir diğer deyişle, kişiler arasında yapılan farklı muamelenin AİHS kapsamında ayrımcılık yasağını ihlâl edebilmesi için sadece meşru bir amacı taşımaması değil, kullanılan araçlar ile güdülen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunmadığının da açıkça tespit edilmesi gerekmektedir⁵⁵. AİHM, yayımladığı raporlarda da belirttiği üzere, ulusal mahkemelerin kararlarında özellikle belirli bir ülkedeki gelenekleri, genel yaklaşımları veya hâkim sosyal tutumları sebep göstermesi cinsiyete dayalı muamele farklılığı için yeterli gerekçe oluşturmamaktadır⁵⁶. Dolayısıyla ortak bir soyadının kullanılmasıyla aile birliğinin gerçekleştirilmesini sağlama amacı eşler arasında ayrımcılık oluşturmada meşru bir sebep değildir.

Bu noktada, İsviçre Medeni Kanunu'nun yukarıda bahsettiğimiz *Burghartz ve Losonci Rose* davalarına konu olan 160. maddesi, 30 Eylül 2011 yılında değiştirilmiş ve 1 Ocak 2013 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir⁵⁷. İsviçre'nin kabul ettiği son düzenleme ise şu şekildedir:

“1. Her eş kendi soyadını korur.

2. Ancak evlenecek kişiler, aile soyadı olarak gelin veya damadın soyadını taşımak istediklerini nüfus memuruna beyan edebilirler.

3. Eş adayları soyadlarını koruyacaklarsa, çocuklarına hangi soyadını taşıyacaklarına kendileri karar verirler. Haklı durumlarda nüfus memuru müstakbel eşleri bu yükümlülüğünden kurtarabilir”.

Bu düzenlemeyle kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağına ilişkin kural değiştirilmiş ve her eşe kendi soyadını kullanma hakkı İsviçre’de tanınmıştır⁵⁸. Bu düzenlemenin kabulü, İsviçre devletinin evlenecek çiftlerin kullanabileceği soyadı açısından sahip olduğu takdir yetkisinin yanında onaylayarak taahhütlerini üstlendiği milletlerarası sözleşmelere ve üye olduğu Avrupa Konseyinin aldığı kararlara ve AİHM’in verdiği ihlâl kararlarına bağlı olduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Nitekim AİHM, önüne getirilen davaları karara bağlamakla kalmaz, daha genel olarak Sözleşme tarafından belirlenen kuralları açıklamaya, korumaya ve geliştirmeye hizmet ederek, AİHS’e âkit devletlerin üstlendikleri taahhütlere uymalarına katkıda bulunur⁵⁹.

Böylece “kişinin evlenmekle kendi adına/soyadına sahip olma hakkı” konusunda devletlerin iç hukuk düzenlemeleri birbirinden farklı olsa da bir bireyde kimliğin en temel unsuru olan kendi adının daha fazla tanınmasına ve ona saygı duyulmasına⁶⁰ yönelik güncel eğilimler artmakta ve bunun sonucunda kanun değişikliklerine gidildiği (örneğin İsviçre) görülmektedir. Avrupa kıtasında yer alan devletlerin konuyla ilgili hukuk anlayışındaki değişikliklerin Türk hukukunda da yaşanmasını önemsemekteyiz. Eşlerin kullanacakları soyadının belirlenmesinde kadın ve erkeğin eşit olduğu, kadın ile erkek arasında bir ayrımcılığın yapılmaması anlayışının Avrupa’da olduğu gibi Türkiye’de yerleşmesi

⁵⁴ DE VARENNE / KUZBORSKA, s. 989, dn. 27; s. 990.

⁵⁵ AİHM, *Losonci Rose and Rose v. Switzerland*, B. No. 664/06, T. 09.02.2011.

⁵⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, s. 20.

⁵⁷ https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20180101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20180101-en-pdf-a.pdf (ET: 02.08.2023). İsviçre hukukunda eşlerin kullanacakları evlilik soyadı konusunda yaşanan yasal gelişmeler için bkz. OKTAY ÖZDEMİR, s. 2021-2022. Ayrıca bkz. ÖCAL APAYDIN, s. 433.

⁵⁸ HELVACI / KOCABAŞ, s. 73, dn. 338.

Öte yandan Fransız hukuk düzeninde “kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır” mutlak kuralı söz konusu değildir. Şöyle ki, evlenecek kadın veya erkek, diğer eşin soyadını seçebileceği gibi çift soyadı kullanmayı da tercih edebilir. Bkz. HELVACI / KOCABAŞ, s. 618.

⁵⁹ Guide on Article 14 of the Convention, s. 5.

⁶⁰ DE VARENNE / KUZBORSKA, s. 979-980.

önem arz etmektedir. AİHM'in vurguladığı üzere Avrupa Konseyine üye devletler arasında kadının evlenmekle kendiliğinden soyadını kaybetmesini kabul eden tek ülke Türkiye'dir⁶¹ ve diğer devletlerin hukuki düzenlemelerinde kadının soyadının erkeğin soyadı olacağı kuralını katı bir şekilde kabul etmeyip aile adını eşit bir şekilde seçebileceği yönünde uzlaşma oluşmuştur.

Ulusal hukuk düzenlerinde yer alabilecek soyadına ilişkin hukuki düzenlemelere şu örnekler verilmektedir: “*evli kadının eşinin soyadını alması yanında eşlerin karşılıklı olarak diğer tarafın soyadını alması, evli erkeğin eşinin soyadını alması veya tarafların üzerinde uzlaşabilecekleri başka bir soyadın alınması veya her iki soyadın birleştirilerek kullanılması*”⁶². Ayrıca bu örneklerle her iki eşin evlenmeden önceki soyadlarını evlilikleri süresince tek başına kullanabilmesini de ekleyebiliriz.

Türk hukukunda da Avrupa ülkelerinin hukuki düzenlemelerinde de bir benzerlik oluşturularak eşlere, soyadı tercihinde seçim hakkı tanınması hususunda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasını beklemekteyiz. Öte yandan 2023 yılında verilen Anayasa Mahkemesi kararı sonucunda Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükmünün iptaliyle evli kişilerin soyadlarının nasıl belirleneceği konusunda yasal düzenleme yapılma ihtiyacının ne şekilde karşılanacağı ve uygulamanın ne yönde olacağı sorularının cevabını ilerleyen zamanlarda göreceğiz.

SONUÇ

Eşlerin soyadı seçimi ve istedikleri soyadını kullanamaması konusunun bir boyutu toplumun yapısına, erkeğin soyadının aile soyadı olarak kullanılmasına ilişkin teamülü sürdürebilmesine ve aile birliğini korumaya ilişkin iken diğer bir boyutu evlilikte kadın ve erkeğin aynı haklara sahip olabilmesine ve kadın veya erkeğin kendi özel yaşamlarında evlenmelerine rağmen istedikleri soyadını kullanabilme imkânının tanınabilmesine ilişkindir. Nitekim erkeğin veya kadının, doğumdan beri kazandıkları soyadlarını kaybetmeden evliliklerinde kullanma talepleri ulusal mahkemelerin önüne gelmektedir. Bu başvurularla, sadece Türk mahkemeleri değil, diğer devlet mahkemeleri de karşılaşmaktadır. Bu taleplerde bulunan bireyler, doğumla kazandıkları soyadının kullanılmasına ulusal yetkili makamlar tarafından izin verilmemesinin ve ulusal yetkili makamların dayandığı kanun maddelerinin (örneğin Türk Medeni Kanunu'nun 153; İsviçre Medeni Kanunu'nun 30. ve 160. maddeleri) AİHS tarafından güvence altına alınan ayrımcılık yasağına ve bu yasakla birlikte değerlendirilen özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına aykırı olduğu iddialarıyla AİHM'e başvurumaktadırlar. Nitekim AİHM de bu konuyu bir insan hakkı ihlâli olarak içtihatlarıyla kabul etmektedir. Bir diğer deyişle eşlerin istedikleri soyadını kullanamama sonucunu doğuran durumlar, genel olarak AİHM kararlarında AİHS'in 8. maddesi (özel hayata ve aile hayatına saygı) ile 14. maddesine (ayrımcılık yasağı) aykırı bulunmaktadır.

İsviçre hukukunda, İsviçre Federal Medeni Kanunu'nun soyada ilişkin düzenlemesinin AİHS'e aykırılık teşkil ettiği ve başvuran tarafların haklarının ihlâline yol açtığı yönünde verilen AİHM kararları neticesinde İsviçre Federal Medeni Kanunu'nda değişikliğe gidildiği görülmektedir.

Sonuç olarak Türkiye'nin Avrupa Konseyi üye devletleri arasında “kadın, kocasının soyadını alır” hükmüyle cinsiyet ayrımı yapan devlet konumundan çıkması için hukukumuzda gereğinin yapılması beklentimizdir. Türk hukukunda da İsviçre Medeni Kanunu'nun ilgili hükmünde yapılan değişikliğe benzer şekilde eşlerin evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanabilmelerine izin veren bir kanun maddesinin hazırlanmasını önermekteyiz.

⁶¹ AİHM, *Ünal Tekeli v. Türkiye*, B. No. 29865/96, T. 16.11.2004 (bkz. yuk. dn. 23). Ayrıca bu çıkarım için bkz. NOMER, *Soyadı*, s. 448-449; EKŞİ, s. 321; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: “Soyadı ve ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, Cevdet Yavuz Armağanı Özel Sayısı, s. 2026.

⁶² AYM, T. 10.03.2011, E. 2009/85, K. 2011/49 (21.10.2011 tarihli ve 28091 sayılı Resmî Gazete). Ayrıca konu hakkındaki değerlendirmeler için bkz. SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 481; ÖZDAMAR, Demet: *Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu (Eski ve Yeni Türk Medeni Kanunu Karşılaştırmalı)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 272 vd.; EKŞİ, s. 312-313, 330; GÖZTEPE, s. 127, 129; ERGENE, s. 164 vd.

KAYNAKÇA

- DE VARENNES, Fernand / KUZBORSKA, Elzbieta: “Human Rights and a Person’s Name: Legal Trends and Challenges”, *Human Rights Quarterly*, 2014, Cilt 37, Sayı 4, s. 977-1023.
- DOĞAN, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.
- EKŞİ, Nuray: “Medeni Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükmünün AİHS, Anayasa, CEDAW ve MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 8, Sayı 2, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan Özel Sayısı, s. 311-331.
- ERGENE, Deniz: “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun’da Değişiklik Önerisi”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2011, Cilt 31, Sayı 2, s. 123-176.
- ESEN, Emre: “Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2004, Cilt 24, Sayı 1-2, s. 439-450.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: “Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence”, 2022 (https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_8_eng, ET: 30.07.2023).
- GÖZTEPE, Ece: “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1999, Cilt 54, Sayı 2, s. 101-131.
- GÜNGÖR, Gülin: *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- HELVACI, Serap / KOCABAŞ, Gediz: “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi*, 2015, Cilt 21, Sayı 2, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan Özel Sayısı, s. 615-644.
- KILINÇ, Ümit: “İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, Sayı 89, s. 242-276.
- NOMER, Ergin: *Devletler Hususî Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- NOMER, Halûk N.: “Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, Cilt 22, Sayı 2, s. 421-450 (Soyadı).
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: “Soyadı ve ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu’nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, Cevdet Yavuz Armağanı Özel Sayısı, s. 2017-2032.
- ÖZDAMAR, Demet: *Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu (Eski ve Yeni Türk Medeni Kanunu Karşılaştırmalı)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar: “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş mudur?”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 6, Sayı 2, s. 425-458.
- ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- PÜRSELİM ARNİNG, Hatice Selin: *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- TEKİNALP, Gülören / UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- TIROSH, Yofi: “A Name of One’s Own: Gender and Symbolic Legal Personhood in the European Court of Human Rights”, *Harvard Journal of Law & Gender*, 2010, Cilt 33, s. 247-307.
- VATANDAŞ, Celalettin: “Toplumsal Cinsiyet ve Cinsiyet Rollerinin Algılanışı”, *Istanbul Journal of Sociological Studies*, 2007, Sayı 35, s. 29-56.



Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Değerlendirilmesi^(*)



Evaluation of the Legal Status of Artificial Intelligence

Özge YENİCE CEYLAN



Doçent Doktor

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Yapay Zekâ,
Yapay Zekâ Türleri,
Yapay Zekânın Hukuki
Statüsü,
Yapay Zekâ Yasası,
Robot.*

Keywords

*Artificial Intelligence
(AI),
Types of Artificial
Intelligence,
Legal Status of
Artificial Intelligence,
Artificial Intelligence
Law,
Robot.*

Öz

Yapay zekâ şemsiye bir kavram olup dört türde kategorize edilmektedir. Bunlar, tepki veren, sınırlı hafızaya sahip, zihin teorisi ile bilinç kazanmış ve öz farkındalığa sahip yapay zekâ türleridir. Bu türler arasında halihazırda yalnızca tepki veren ve sınırlı hafızaya sahip yapay zekâ türleri günlük hayatta kullanılmaktadır. Zihin teorisi olarak adlandırılan yapay zekâyâ ilişkin çalışmalar halen devam etmektedir. Bu yapay zekâ türüne insansı robot Sophia örnek gösterilebilir. Dördüncü tür ise, artık kendi bilinci ve öz farkındalığı bulunan yapay zekâdır. Yapay zekânın hukuki statüsü konusunda temel görüş farklılığı, bu teknolojinin hak öznesi mi yoksa hak objesi mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Bu çerçevede, eşya, köle, tüzel kişi ve elektronik kişi olmak üzere dört temel görüş öne sürülmüştür. Diğer yandan, Avrupa Parlamentosu tarafından, 14 Haziran 2023 tarihinde kabul edilen, dünyanın ilk Yapay Zekâ Yasası ile OECD tarafından 8 Kasım 2023 tarihinde açıklanan tanım, yapay zekânın hukuki statüsünü değerlendirmede yol göstericidir. Bu çerçevede yapay zekânın makine tabanlı bir sistem olduğu ve insan merkezli bir teknoloji olması zorunluluğu dikkate alınmalıdır.

Abstract

Artificial intelligence as an umbrella concept is categorised into four types: Reactive machines, limited memory machines, theory of mind and self-awareness. Among these types, only the types of artificial intelligence that react and have a limited memory are currently used in daily life. Studies on theory of mind are still ongoing. Sophia, a humanoid robot, is an example of this type. The fourth type now has its own consciousness and self-awareness. The main difference of opinion on the legal status of artificial intelligence centers on whether this technology is a subject of rights or an object of rights. In this framework, four main views have been put forward: property, slave, legal person and electronic person. On the other hand, the world's first Artificial Intelligence Law adopted by the European Parliament on 14 June 2023 and the definition announced by the OECD on 8 November 2023 are guiding in evaluating the legal status of artificial intelligence. In this framework, it should be taken into account that artificial intelligence is a machine-based system and must be a human-centered technology.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 14.11.2023, Kabul Tarihi: 16.01.2024.

GİRİŞ

Yapay zekâ, teknolojinin gelişmesiyle birlikte günlük hayatımıza entegre olmaya başlamış ve geliştirilme çalışmaları devam eden önemli bir teknolojik araçtır. Bu teknoloji, makine öğrenmesi ve derin öğrenme temelinde geliştirilmektedir. İnsan zekâsını taklit eden makine fikri üzerine şekillenmiştir. Günümüzde, sanal asistanlık, navigasyon, seyahat planlama, tercüme faaliyeti, dil yazım kontrolü, doktorlara teşhis ve tedavi sürecinde yardımcı olma, öykü ve şiir yazma, müzik besteleme, resim yapma, dil öğrenme, sunum hazırlama, video üretme, insansız sürüş desteği sunma, büyük veri analizi gibi çok çeşitli alanlarda şemsiye bir kavram olarak yapay zekâ araçlarından faydalanılabilmektedir. Fakat yapay zekâ teknolojisi ile gelinmek istenen nokta bundan çok daha ilerisidir. Hâli hazırda zihin teorisi adı verilen yapay zekâ teknolojisinin yanı sıra kendine ait bilince sahip ve öz farkındalığı olan yapay zekâ teknolojisi üzerine de çalışmalar ve deneyler devam etmektedir. Son zamanlarda medyaya da yansıyan insansı robot *Sophia*, zihin teorisi olarak adlandırılan ve hâlen geliştirme çalışmaları devam eden yapay zekâ türüdür. Bunun da ileri aşamasında, kendi bilincine sahip yapay zekâ teknolojisinin geliştirilmesi hedeflenmektedir. Bu durum, özellikle sorumluluk hukuku açısından, yapay zekânın hukuki statüsünün tespit edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte, bu statünün tespiti, eser sahipliği ve telif korumasına ilişkin hukuki sorunların da çözümünde yol gösterici olabilir.

Her teknolojik gelişmede devletler, yeninin önünü tıkama ve hukuki düzenlemede geç kalınması hâlinde mağduriyetlere sebep olma kaygısı arasında ikilem yaşarlar. Diğer yandan yeni teknoloji topluma tamamen yerleştikten sonra hukuki düzenlemeleri yapmak çok daha zor olacaktır. Bu çerçevede genellikle bekle gör prensibi ile hareket edilmektedir. İşte bu durum *collingridge* ikilemi olarak adlandırılmaktadır. Yapay zekânın hukuki statüsünün tespiti de bu ikileme konu olmuş meselelerden biridir.

Çalışmada, öncelikle yapay zekânın tarihsel gelişiminden, yapay zekânın tanımı, makine öğrenmesi ve derin öğrenme kavramları ile yapay zekâ türlerinden söz edilecektir. Ardından, yapay zekânın hukuki statüsüne ilişkin öğretilerde ileri sürülen görüşler ortaya konulacaktır. Çalışma, nihayet kendi görüşümüz ve önerilerimizin açıklanması ile tamamlanacaktır.

I. YAPAY ZEKÂNIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Yapay zekânın (*artificial intelligence-AI*) temelini oluşturan makine öğrenmesi kavramı, ilk kez, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, 1950'li yılların başında, *Alan Turing*¹'in, “*makinelere düşünebilir mi?*” sorusu ile ortaya çıkmıştır². *Turing*, “*computing machinery and intelligence*”, yani “*bilgi işlem makinele-ri ve zekâ*” isimli makalesinde³, insan zekâsının makineleştirilmesi olasılığını düşünmüş ve bu doğrultuda, “*taklitçilik oyunu*” adını verdiği bir testle, yani *Turing testi*yle, makine zekâsını ölçmeyi hedeflemiştir⁴. Böylece, *Turing testi*, bir bilgisayarın “düşünüp düşünemeyeceğini” belirlemek için kullanılmış⁵ ve yapay zekâ çalışmalarına öncülük ederek yapay zekâ teknolojisinin düşünsel temelleri atılmıştır⁶.

Yapay zekâ kavramının düşünsel temelleri *Turing* tarafından atılmış olsa da kavramsal olarak ilk kez 1956 yılında, Amerikalı bilgisayar ve bilişsel bilimci olan *John McCarthy*⁷ tarafından, Dartmouth

¹ Tam adıyla *Alan Mathison Turing* (1912-1954), matematik, kriptanaliz, mantık, felsefe ve matematiksel biyolojiye ve ayrıca daha sonra bilgisayar bilimi, bilişsel bilim, yapay zekâ ve yapay yaşam olarak adlandırılan yeni alanlara önemli katkılarda bulunan İngiliz matematikçi ve mantıkçıdır (bkz. Britannica, “Alan Turing”, <https://www.britannica.com/biography/Alan-Turing>, ET: 07.11.2023).

² T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, “Yapay Zekâ” (<https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zeka/>, ET: 07.11.2023).

³ TURING, Alan M.: “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind, A Quarterly Review of Psychology and Philosophy*, 1950, Cilt 59, Sayı 236, s. 433-460.

⁴ KAYNAK BALTA, Büşra: *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser Kavramı ve Yapay Zekâ Ürünleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 73.

⁵ Britannica, “Turing Test” (<https://www.britannica.com/technology/Turing-test>, ET: 07.11.2023).

⁶ COŞKUN, Fatma / GÜLLEROĞLU, H. Deniz: “Yapay Zekânın Tarihindeki Gelişimi ve Eğitimde Kullanılması”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 54, Sayı 3, s. 949.

⁷ *John McCarthy* (1927-2011), yapay zekâ alanında öncü olan Amerikalı matematikçi ve bilgisayar bilimcisidir (Britannica, “John McCarthy”, <https://www.britannica.com/biography/John-McCarthy>, ET: 07.11.2023).

Çalıştayı'nda kullanılmıştır⁸. Bu çalışmaya, *John McCarthy*'nin yanı sıra *Marvin L. Minsky* (MIT), *Nathaniel Rochester* (IBM) ve *Claude Shannon* (Bell Lab.) gibi alanın önemli isimleri de katılmıştır⁹. Sonrasında yapay zekâ çalışmalarına hız verilerek sırayla *Aziz* (1961), *Benzeşim* (1963), *Eliza* (1965), *Bilgin* (1970) ve *Stajyer* (1979) olmak üzere farklı yapay zekâ programları geliştirilmiştir¹⁰. Ayrıca *Warren/Pitts*'in, beyin hücrelerinin çalışma şekli araştırmaları, *Donal Hebb*'in öğrenmenin nasıl gerçekleştiği çalışmaları, *Frank Rosenblatt*'ın geliştirdiği “*Perceptron modeli*”¹¹, *Arthur Bryson* ve *Yu-Chi Ho*'nun “*backpropagation learning models*” çalışmaları, *Newell*, *Simon* ve *Shaw* tarafından geliştirilen “*Logic Theorist*”, programlama dili *LISP*, yapay zekâ ve makine öğrenmesinin temel altyapısını oluşturan önemli aşamalar¹².

Makine öğrenmesi ve yapay zekâ çalışmaları robotik çalışmalarla desteklenmekte ve otonom hareket edebilen, kendisinin farkında olan yapay zekânın insansı robotlar olarak tasarlanması öngörülmektedir. Kolları ve bacakları ile insana benzeyen ilk akıllı robot, 1973 yılında Japonya'da *WABOT-I* adıyla Waseda Üniversitesi tarafından yapılmıştır¹³. Bununla birlikte, yapay zekâ kışı (*AI winter*) olarak da adlandırılan dönemde (1974-1980 yılları arası), yapay zekâ çalışmalarının olumsuz eleştirildiği yayınlar, devletlerin, yapay zekâ çalışmalarına fon ayırmasına ket vurmuştur¹⁴.

1990'ların başında IBM'in tasarladığı *Deep Blue*, daha önceleri özel olarak satranç bilgisayarı olmak üzere üretilen *Chiptest* ve *Deep Thought*'un yerini alması ve önceki modellerin başarısız olduğu yerlerde başarılı olması için tasarlanmıştı. *Deep Blue*, 1996 yılında büyük satranç ustası *Gary Kasparov*'u altı oyundan birinde yenerek tarihe geçmiş ve ilk kez bir bilgisayar, turnuva koşullarında bir dünya şampiyonuna karşı oyun kazanmıştır¹⁵.

Rodney Brooks, evlerde, orduda ve endüstri alanında kullanılabilecek robotlar üretebilmek amacıyla 1990 yılında *iRobot* şirketini kurmuştur. Bu şirketin ürettiği en başarılı modellerden biri, 2002 yılında tanıtılan ve bir zemini süpürebilen küçük bir otonom robot olan *Roomba*'dır. Yine aynı şirketin ürettiği askeri robot *PackBot*, ABD askerleri tarafından Afganistan ve Irak'ta patlayıcıları imha etmek amacıyla kullanılmıştır¹⁶.

2006 yılında, *Facebook*, *Twitter*, *Netflix* gibi büyük çaplı şirketler yapay zekâ kullanmaya başlamıştır¹⁷. Hatta 2023 yılında *Meta* şirketi, *Facebook*, *Messenger*, *Instagram* ve *Whatsapp* için bir dizi yapay zekâ özelliğini duyurmuştur. Bunlardan biri yapay zekâ sohbet botu olmuştur. Bu uygulama sayesinde kullanıcılar, soruları yanıtlama, seyahat planlama, metin taleplerinden görüntü oluşturma gibi konularda sanal asistandan hizmet alacaktır¹⁸.

2018 yılında, *Google* tarafından tanıtılan *Duplex* programı, kuaförü telefonla aramış ve makine olduğu belli olmadan randevu alabilmiştir. Günümüzde, hekimlere öneri verebilecek düzeye ulaşmış

⁸ ZORLUEL, Mustafa: “Yapay Zekâ ve Telif Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, Sayı 142, s. 308; KAYNAK BALTA, s. 63; ÇEKİN, Mesut Serdar: *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 11.

⁹ COŞKUN / GÜLLEROĞLU, s. 949.

¹⁰ COŞKUN / GÜLLEROĞLU, s. 949.

¹¹ Perceptron modeli, psikolog *Frank Rosenblatt* tarafından 1958 yılında geliştirilmiştir. Bu model, zeki sistemlere ait ana unsurların bir kısmını simüle etmek amacı ile geliştirilmiş olup bir sinir hücresinin, birden çok girdiyi alıp çıktı üretmesi ilkesine dayanır. Bkz. ARI, Ayşe / BERBERLER, Murat Erşen: “Yapay Sinir Ağları ile Tahmin ve Sınıflandırma Problemlerinin Çözümü İçin Arayüz Tasarımı”, *Acta Infologica*, 2017, Cilt 1, Sayı 2, s. 58.

¹² Daha detaylı bilgi için bkz. Medium, Yapay Zekânın Tarihçesi ve Gelişim Süreci (<https://medium.com/t%C3%BCrkiye/yapay-zekan%C4%B1n-tarih%C3%A7esi-ve-geli%C5%9Fim-s%C3%BCreci-cb4c73deb01d>, ET: 07.11.2023).

¹³ TÜBİTAK, “İnsansı Robotlar”, *Bilim ve Teknik Dergisi*, Ocak 2008, s. 46-47.

¹⁴ COŞKUN / GÜLLEROĞLU, s. 949.

¹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Britannica, “Deep Blue” (<https://www.britannica.com/topic/Deep-Blue>, ET: 07.11.2023).

¹⁶ Britannica, “Rodney Allen Brooks” (<https://www.britannica.com/biography/Rodney-Allen-Brooks>, ET: 07.11.2023).

¹⁷ COŞKUN / GÜLLEROĞLU, s. 949.

¹⁸ AKPINAR, Metin: *Facebook ve Instagram Gönderileriniz Yapay Zekâ İçin Kullanıldı*, 2023 (<https://www.donanimhaber.com/facebook-ve-instagram-gonderileriniz-yapay-zeka-icin-kullanildi--169357>, ET: 07.11.2023).

yapay zekâ araçları vardır. Hatta *Tesla*'nın otopilot özellikli araçları gibi, yapay zekâ kontrolünde otonom -sürücüsüz- araçlar artık kullanılmaktadır.

Yapay zekâ uygulamaları sayesinde çeşitli eserler de üretilebilmektedir. Mesela, *David Cope*'un geliştirdiği yapay zekâ *Annie*, beste yapabilmekte ve *Haiku* şiirler yazabilmektedir. Keza Almanya'da sanatçı robot *e-David*, tuval üzerine resim yapabilmektedir. Yine 2016 yılında İngiltere'de Londra Sanat Tiyatrosunda dünyanın bilgisayar programı tarafından üretilen ilk müzikali sahnelenmiştir¹⁹.

Kısaca, günümüzde sunum hazırlama, metinden video üretme, akademik sohbet botu, kitap ve makale başlığı bulma, kısa öykü yazma, konuşulmuş yazma, müzik oluşturma, nota okuma, dil öğrenme, dil ve yazım denetimi yapma, belirli konuya dayalı test üretme, uzun araştırma makalelerini özetleme, insan ve yapay zekâ tarafından oluşturulan metinleri ayırt etme, yüz tanıma, ses tanıma, tercüme etme, sosyal medya analitiği yapma, duygu durum analizi yapma, öneri sistemleri, müşterilere yönelik akıllı kampanya önerisi, rota planlama, işe alım ve performans değerlendirme, oyun motorları, tanı koyma, tedavi planlama sürecinde hekimlere destek olma, yapay zekâ destekli insansız -otonom- sürüş desteği, sanal asistanlar, sahtekarlık tespiti ve önleme, büyük veri analizi, davranış analizi, kötücül yazılım analizi, siber saldırıları tespit ve engelleme gibi çok çeşitli alanlarda yapay zekâdan araç olarak yararlanılabilmektedir²⁰.

II. YAPAY ZEKÂNIN TANIMI VE TÜRLERİ

A. Zekâ, Akıl ve Bilinç Kavramları

Makine öğrenmesi ve makinelerin de insanlar gibi zekâyâ sahip olabileceği temelinde yükselen yapay zekâ kavramı, insana özgü zekâ, akıl ve bilinç kavramlarının sorgulanmasına neden olmaktadır. Zekâ kavramı, Türk Dil Kurumu'nun Genel Türkçe Sözlüğü'nde, "*insanın düşünme, akıl yürütme, öğrenme, kavramları ve nesnelere zihinde canlandırabilme, objektif gerçekleri algılama, yargulama, sonuç çıkarma, bedeni kontrol edebilme, duyguları doğru algılayabilme, değerlendirebilme, icat edebilme vb. yeteneklerinin ve becerilerinin tamamı*" şeklinde tanımlanmaktadır. Akıl kavramı, düşünme, anlama, kavrama gücünü; bilinç kavramı ise, insanın kendisini ve çevresini tanıma yeteneğini ifade etmektedir²¹. Bilinç kavramını, bir tür zihinsel uyanıklık ve farkındalık hâli olarak da tanımlayabiliriz.

Yapay zekâ teknolojisinde henüz ulaşılmış olmasa da amaçlanan hedef, yapay zekânın gelişen teknoloji içerisinde bilinç kazanmasıdır. Zaten bazı fütüristik yaklaşımların, yapay zekânın insan ırkı bakımından tehdit olabileceği tezi, bu tip bilince ulaşılmış yapay zekâ bakımındandır. Esasen, bilinci tek olguya indirgemek mümkün değildir. Avustralyalı filozof ve bilişsel bilimci *David Chalmers*, bilinçle ilgili sorunları şöyle sıralamıştır: (i) Çevresel uyarıyı ayırt etme, tasnif etme, tepki verme kabiliyeti, (ii) bilişsel sistem ile bilgiyi birleştirme, (iii) zihinsel durumları dışarı vurabilme, (iv) kendine ait içsel durumlara erişebilme, (v) dikkati belirli noktaya odaklayabilme, (vi) davranışı istemli kontrol edebilme ve (vii) uyanıklık ile uyku hali ayrımı yapabilme²². Bilim insanları, kendi bilincine sahip yapay zekâ geliştirmek amacıyla çalışmaktadırlar. Fakat yapay zekânın hiçbir zaman bilinç düzeyine erişemeyeceğini savunanlar da vardır²³.

¹⁹ ZORLUEL, s. 330.

²⁰ T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, "Yapay Zekâ" (<https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zeka/>, ET: 07.11.2023); GEZGİN, Ulaş Başar: *18 Yapay Zekâ Aracı Önerisi*, 2023 (<https://medyagunlugu.com/18-yapay-zeka-araci-onerisi/>, ET: 07.11.2023).

²¹ Türk Dil Kurumu, "Güncel Türkçe Sözlük" (<https://sozluk.gov.tr/>, ET: 07.11.2023).

²² YILDIRIM, Ömer: *Bilinç Nedir?*, 2022 (<https://www.felsefe.gen.tr/bilinc-nedir/>, ET: 07.11.2023). Yazar, bilinçten söz edebilmek için, içsel yaşamı olan bir özneye ihtiyaç bulunduğunu ekler. Burada özne vurgusunu yapay zekâ bakımından dikkate alınması gerekirken gerekmediği irdelenmelidir. Bilinç düzeyine erişmiş yapay zekâyâ kişilik atfedilmesi durumunda özne vurgusu sorun yaratmasa da bu düzeydeki yapay zekâ bakımından dahi malvarlığı değeri nitelemesi sürdürüldüğü takdirde, buradaki yapay yaşam alanını özneye bağdaştırmak uygun olmaz.

²³ HARARI, Yuval Noah: *21. Yüzyıl İçin 21 Ders*, (Çev.) SİRALL, Selin, Kolektif Kitap, İstanbul, 2018.

B. Yapay Zekânın Tanımı

Yapay zekâ, farklı şekillerde ve çok çeşitli alanlarda karşımıza çıkabilecek çerçeve bir kavramdır. Bilgisayarda, akıllı telefonda, robotta veya herhangi bir başka makinede kullanılıyor olabilir. Önemli olan, makine tarafından gerçekleştirilen bir işlevin, insan zekâsı ile gerçekleştirilen işlevlere benzemesidir²⁴. Yapay zekâ, algılama, anlam çıkarma, öğrenme, iletişim kurma, genelleme yapma, deneyimlerden faydalanma, geliştirme, yaratma, karar alma ve sonuç çıkarma gibi aslında insan zekâsına özgü birtakım işlevleri yapabilen bir sistemdir²⁵.

Yapay zekâ, genel olarak, bir bilgisayarın yahut bilgisayar kontrolündeki bir robotun, zeki varlıklarla ilişkilendirilen görevleri yapma yeteneğini ifade eder. Bu bağlamda, yapay zekânın, muhakeme yapma, anlamlandırma, genelleme, deneyimlerden öğrenme gibi insana özgü kabiliyetlere sahip olması potansiyeli üzerine çalışmalar devam etmektedir²⁶.

Yapay zekâ, bilgisayar gibi bir makine aracılığıyla çalışan yazılım olarak tanımlanmıştır²⁷. Bununla birlikte, teknolojik gelişmelerin bir sonucu olarak donanım unsurlarına da yazılım yüklenmeye başlandığından yazılım ve donanım arasındaki fark giderek belirsizleşmektedir²⁸.

Yapay zekânın beş temel özelliğe sahip olduğu kabul edilir: (i) İletişim kurulabilir. (ii) Kısmen de olsa kendisi hakkında bilgi sahibidir. (iii) Dış dünya hakkında bilgi sahibidir, bir şeyler öğrenir ve bu bilgileri kullanır. Bir bilgiyi her seferinde yeniden öğrenmez, eski tecrübesi ile yenisini bir araya getirir. (iv) Hedefine ulaşmak için harekete geçer. (v) İlk hareketi başarısızlığa uğradığı takdirde alternatif harekette bulunma yeteneğine sahiptir²⁹.

Avrupa Parlamentosu tarafından, 14 Haziran 2023 tarihinde dünyanın ilk Yapay Zekâ Yasası kabul edilmiştir³⁰. Bu Yasa, bir yandan yeniliği desteklerken, diğer yandan sağlık, güvenlik, temel haklar, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve çevrenin, yapay zekâ sistemlerinin zararlı etkilerinden yüksek düzeyde korunmasını sağlamayı ve insan merkezli, güvenilir yapay zekâ sistemlerini benimsemeyi teşvik eder.

Yasa uyarınca, güvenilir yapay zekâ sistemlerine ulaşmak için, tutarlı ve yüksek düzeyde koruma sağlanmalıdır. Yapay zekâ sistemlerinin ve ilgili ürün ve hizmetlerin pazarda serbest dolaşımını, yenilikçiliğini, kullanıma açılmasını ve alımını önleyen farklılıklar önlenmelidir. Yapay zekâ sistemleri, tüketicileri genel olarak tehlikeli ürünlere karşı koruyan, ürün güvenliği mevzuatına tâbidir. Yapay zekâ, insan merkezli bir teknoloji olmak zorundadır. İnsan özerkliğinin yerini almamalı veya bireysel özgürlüğün kaybını varsaymamalı ve öncelikle toplumun ihtiyaçlarına ve ortak faydaya hizmet etmelidir.

Yapay zekâ, öğrenme, akıl yürütme, modelleme yeteneği gibi temel özellikleriyle, daha basit yazılım sistemlerinden veya programlama yaklaşımlarından ayrılır. Yapay zekâ, değişen düzeylerde otomiyile çalışacak şekilde tasarlandığından, insan müdahalesi olmadan çalışabilme yeteneğine sahiptir.

Yasaya göre, yapay zekâ sistemleri, bağımsız bir yazılım sistemi olarak kullanılabilir, fiziksel bir ürüne entegre edilebilir (gömülü-*embedded*), entegre edilmeksizin fiziksel bir ürünün işlevselliğini sağlayabilir (gömülü olmayan-*non-embedded*) veya daha büyük bir sistemin yapay zekâ bileşeni olabilir. Bu daha büyük sistem, yapay zekâ bileşeni olmadan çalışamazsa, daha büyük sistemin tamamı, Yasa kapsamında tek bir yapay zekâ sistemi sayılır.

²⁴ ZORLUEL, s. 308.

²⁵ ZORLUEL, s. 308; ELMAS, Çetin: *Yapay Zekâ Uygulamaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 25.

²⁶ Britannica, "Artificial Intelligence" (<https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>, ET: 07.11.2023).

²⁷ GÖZÜBÜYÜK, Barış: "Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, 2021, Cilt 1, Sayı 1, s. 57-58.

²⁸ GÖZÜBÜYÜK, s. 58.

²⁹ KANGAL, Zeynel T.: *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 22.

³⁰ EUROPEAN PARLIAMENT: *Artificial Intelligence Act*, 2023 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.pdf, ET: 13.12.2023). Bundan sonraki süreçte, Konsey'de AB ülkeleriyle yasanın nihai şekli görüşülecektir.

Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Teşkilatı (*Organisation for Economic Co-Operation and Development-OECD*), 8 Kasım 2023 tarihinde, yapay zekânın yeni tanımını kabul etmiştir³¹. Dijital Ekonomi Politikası Komitesi'nin teklifine göre, yapay zekâ, açık veya örtülü amaçlar için, aldığı girdiden, fiziksel veya sanal ortamları etkileyebilecek tahminler, içerik, öneriler veya kararlar gibi çıktılarını nasıl üretileceğini çıkararak makine tabanlı bir sistemdir³². “Makine tabanlı” terimi, yapay zekâ sistemlerinin makinelerde çalıştığını ifade eder³³. “Açık veya örtülü amaçlar” ibaresi, yapay zekâ sistemlerinin, insanlar tarafından açık bir biçimde tanımlanan amaçlara veya örtülü amaçlara göre çalışabileceğine işaret eder. Bu bağlamda, yapay zekâ sisteminin amacı, bu sistem için öngörülen amaçtan farklı olabilir. Tanımda yer alan “sonuçlar çıkaracağını anlayan” ifadesi ise, yapay zekanın sürekli bir değişim ve gelişim içerisinde olduğuna dikkat çeker³⁴. Bu tanım ve açıklamalar, yapay zekânın insan zekâsına benzer biçimde, bilince sahip olabileceğini gösterir. Bir makinenin bilinçli olması, yapay bir yaşama benzetilebilir. Fakat bu olgu, insan özerkliğine saygı ve insan merkezli teknoloji prensiplerine sadık kalınarak yasal zemine oturtulmalıdır. Yapay zekânın makine tabanlı olduğu unutulmamalıdır.

C. Yapay Zekânın Temeli

1. Makine Öğrenmesi (*Machine Learning*)

Zaman zaman yapay zekâ ile makine öğrenmesi eş anlamlı kullanılsa da yapay zekâ, makine öğrenmesinden ibaret değildir. Hatta makine öğrenmesi, yapay zekâdan bağımsız bir bilim dalı sayılır³⁵. Makine öğrenimi, bir sistem veya yazılımın, çevresini gözlemleyerek ve deneyimlerinden sonuç çıkararak bir insan gibi, kendisini geliştirmesi ve zeki duruma gelmesidir³⁶. Bu, yapay zekânın, veri işleyerek kendisine sunulan modellerle otomatik olarak geliştirilen algoritmaların, daha büyük verileri kullanabilmesi suretiyle gerçekleştirilir³⁷. Makine öğrenmesi, birtakım matematiksel ve istatistiksel işlemler aracılığıyla, sunulan veri ile en iyi sonucu elde etmeyi amaçlar³⁸. Bu bağlamda, algoritmalar veya kullanılan modeller, matematiksel işlemler gerçekleştirir. Esasen, makine öğrenmesinde farklı yöntemler bulunur ve bunlar veriye ve kullanılan algoritmaya göre farklı sınıflandırılabilir³⁹.

2. Derin Öğrenme (*Deep Learning*)

Derin öğrenme, makine öğrenmesinin bir alt türü olup beyindeki nöral bağlantıların suni biçimde oluşturulmasıyla verileri çok katmanlı şekilde işleyebilir⁴⁰. Derin öğrenmenin özünde yapay sinir ağları yatar⁴¹. Yapay sinir ağları (*artificial neural nets*), insan beyninin öğrenme yolunu taklit ederek beynin; öğrenme, hatırlama, genelleme yapma yoluyla topladığı verilerden yeni veri üretebilme gibi temel işlevlerinin gerçekleştirildiği yazılım teknolojileridir⁴². Bu yöntemde, veri işleme, tek aşamayla sınırlı

³¹ OECD: *Recommendation of the Council on OECD Legal Instruments Artificial Intelligence*, 2023, s. 7.

³² “An AI system is a machine-based system that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments. Different AI systems vary in their levels of autonomy and adaptiveness after deployment.”

³³ Makine ifadesini yapay zekâ sisteminin bütünü için kullanmanın daha isabetli olduğu hakkında bkz. GÖZÜBÜYÜK, s. 58.

³⁴ MGC LEGAL: *OECD (İktisadi İş Birliği ve Gelişme Teşkilatı) Yapay Zekâ Tanımını Güncelledi*, 2023 (<https://www.mgc.com.tr/oeed-yapay-zeka-tanimini-guncelledi/>, ET: 13.12.2023).

³⁵ ÇEKİN, s. 13. Buna karşılık, makine öğrenmesinin, yapay zekânın bir dalı olduğu görüşü için bkz. GÖZÜBÜYÜK, s. 59.

³⁶ BENLİ, Erman / ŞENEL, Gayenur: “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 2, Sayı 2, s. 301-302.

³⁷ ÖZKAN ŞAHİN, Gizem / ŞAHİN, Çağatay: “Yapay Zekalı Varlıklara Elektronik Kişilik Modeli Tanınmasına İlişkin Eurobotics Raporu ve Fikri Mülkiyet Sorunu Bağlamında Meseleye Yaklaşım”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 13, Sayı 1, s. 114.

³⁸ ÇEKİN, s. 27.

³⁹ ÇEKİN, s. 13. Makine öğrenmesinde farklı yöntemler şöyle sıralanabilir: Sınıflandırma (*classification*), regresyon, kümeleme ve anomali tespiti gibi.

⁴⁰ ÖZKAN ŞAHİN / ŞAHİN, s. 114.

⁴¹ GÖZÜBÜYÜK, s. 61.

⁴² KIYAK, Emre: “Büyük Veri ve Yapay Zekâ Teknolojileri ile Adım Adım Zeki Uyap (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 22, Sayı 1, s. 89.

değildir. Birçok boyut veya katman bulunur. Bu katmanlar birbirleri ile hiyerarşik ilişki içindedir ve bu sayede sistemin çalışması için insan eliyle gerekli bilginin her katman için şeklen somutlaştırılması gerekmez, basit konseptler üzerinden sistem kendi kendine daha karmaşık konseptler oluşturabilir⁴³. Bu işlemler, matematiksel hesaplamalara dayanır.

Derin öğrenmede, katmanlar arasında yeni bilgiler oluşturulur, bu bilgiler önceki katmandan gelen bilgilerden oluşur, onları temsil eder, fakat evvelki katmandan gelen bilginin değiştirilmiş veya soyutlaştırılmış hâlini alır⁴⁴. Yalnız derin öğrenme bağlamında birçok işlemci birbiriyle bağlantılı hâle gelse ve sırayla işlem gerçekleştirirse bile, insan beyni bilgileri çok daha karmaşık ve sofistike bir şekilde işler⁴⁵.

Derin öğrenme yönteminde, sistem, kendi kendini eğitebilir, daha iyi sonuçları elde edebilmek amacıyla insan eliyle gerçekleştirilemeyecek hesaplamaları bizzat yapabilir. İnsan kapasitesini aşan büyük çapta veriler işlenebilir, insan eliyle tespit edilemeyecek örüntü, bağlantı ve analizler yapılabilir. Bu nedenle insan eliyle önceden öngörülemeyen, özerk sonuçlar ortaya çıkabilir⁴⁶.

D. Yapay Zekânın Gelişimi ve Türleri

1. Tepki Veren Yapay Zekâ (*Reactive AI*)

Tepki veren yapay zekâ, çevreyi algılar ve bu algılar üzerinden tepki verir⁴⁷. Sadece tepki verdiğinden dolayı, yalnızca tek bir alanda uzmanlaşmıştır. IBM'in geliştirdiği, satranç yapay zekâsı *Deep Blue* ile *Google Deepmind* tarafından, *go* oyunu oynaması için geliştirilen *AlphaGo* programı, tepki veren yapay zekâ örnekleridir.

2. Sınırlı Hafızaya Sahip Yapay Zekâ (*Limited Memory AI*)

Sınırlı hafızalı yapay zekâ, yalnızca tepki vermez. Sınırlı hafıza kapasitesine ve önceden programlanmış birtakım yeteneklere sahiptir. Bu yapay zekâ türünde belirli seviyede otonomi vardır⁴⁸. Sınırlı hafızalı yapay zekâ, geçmişte edindiği bilgileri işler ve ileride karşılaşılabileceği durumlarda kullanır⁴⁹. Bu tür yapay zekâ, amacına ulaşmak için uygun karar almasına imkân veren sınırlı hafızaya sahiptir. *Apple*'ın dijital asistan olarak geliştirdiği yapay zekâ *Siri*, sürücüsüz -otonom- araçlar, mesela *Tesla* araçlarında bulunan otomatik pilot özelliği ve *Open AI* tarafından geliştirilen *ChatGPT* gibi sohbet botları bu tip yapay zekâ örnekleridir.

3. Zihin Teorisi (*Theory of Mind*)

Zihin teorisi türündeki yapay zekâ, insanların duygu ve düşüncelerini anlayabilir ve onlarla sosyal iletişime geçebilir. Henüz halihazırda tamamlanmış örneği olmasa da geliştirilmeye çalışılan bir yapay zekâ türüdür. İnsansı robot *Sophia* bu yapay zekâ tipiyle geliştirilmeye çalışılmaktadır. *Sophia*, insan yüzlerini tanıyabilmekte, duygusal ifadeleri görebilmekte, çeşitli el hareketlerini tanıyabilmekte, bir konuşma sırasında duyguları tahmin edebilmektedir; kabaca insanın evrimsel psikolojisini ve beynin çeşitli bölgelerini simüle etmekte ve ayrıca ellerini, bakışlarını ve hareket stratejisini kontrol edebilmektedir⁵⁰.

⁴³ ÇEKİN, s. 18.

⁴⁴ ÇEKİN, s. 18.

⁴⁵ ÇEKİN, s. 18.

⁴⁶ ÇEKİN, s. 27.

⁴⁷ KAPANCI, Berk: "Özel Hukuk Perspektifinden Bir Değerlendirme: Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu", (Ed.) AKSOY RETORNAZ, E. Eylem / GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi: *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 132; BENLİ / ŞENEL, s. 305.

⁴⁸ BENLİ / ŞENEL, s. 305.

⁴⁹ BENLİ / ŞENEL, s. 305.

⁵⁰ HANSON ROBOTICS: *Sophia* (<https://www.hansonrobotics.com/sophia/>, ET: 07.11.2023).

4. Öz Farkındalığa ve Bilince Sahip Yapay Zekâ (Self-aware AI)

Dördüncü yapay zekâ, en gelişmiş tür olup öz farkındalığa ve bilince sahiptir. Bu tip yapay zekâ, sadece insanların duygu ve düşüncelerini anlamaz, aynı zamanda başka insanların duygularını öngörerek soyut çıkarımlar yapabilir. Kendi varlığının bilincindedir. Dünyada halihazırda bir örneği olmasa da buna ilişkin fikirler yine bilimkurgu dünyası üzerinden geliştirilmiş ve çeşitli örnekler verilmiştir. *Ex Machina* filmindeki *Ava* karakteri ile *Upgrade* filmindeki yapay zekâ çipi *Stem* buna örnek gösterilebilir⁵¹.

III. YAPAY ZEKÂNIN HUKUKİ STATÜSÜNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

A. Genel Çerçeve

Yapay zekânın hukuki statüsüne dair görüşler, yapay zekâyı eşya, nesne veya ürün yani obje olarak mı yoksa insan olmayan özne olarak mı konumlandırmak gerektiği noktasında toplanır. Yapay zekâyı obje olarak değerlendiren görüş, yapay zekânın hak ve sorumluluklarının çok sınırlı gelişebileceğini ve bunun bir sigorta sistemiyle düzenlenebileceğini savunur⁵². Bu görüşe göre, yapay zekâ, ancak asıl kullanıcının temsilcisi sıfatıyla hukuk düzeni içinde hareket yeteneğine sahiptir ve sorumluluk asıl kullanıcıdadır. Yapay zekânın, insan olmayan özne olduğunu kabul eden görüş ise, otonom hareket edebilmesine ve bu nedenle onu meydana getiren insandan giderek bağımsızlaşıyor olmasına dikkat çeker. Buna paralel olarak, yapay zekânın hukuki statüsünün yapay zekâ türlerine göre farklı yapılması savunulmaktadır⁵³.

Yapay zekânın hukuki ve cezai sorumluluğunu, yarattığı fikri ürünlerin eser sayılıp sayılmayacağını ve telif sorunlarını, yapay zekânın hukuki statüsünü belirlemeden çözüme kavuşturmak mümkün değildir. Yapay zekânın hukuki statüsüne dair ortaya atılan görüşler, genellikle dört başlık altında toplanır: (i) eşya, (ii) tüzel kişi, (iii) köle ve (iv) elektronik kişi görüşü⁵⁴.

B. Eşya Görüşü

Yapay zekânın, bir insan ürünü olması sebebiyle, eşya addedilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁵. Bu görüşe göre, yapay zekânın, hukuken kişi olarak tanınmasına gerek yoktur. Çünkü yapay zekânın ortaya çıkaracağı hukuki sorunları, kişilik ihdas ederek çözüme mecburiyeti yoktur. Oluşacak zararlar, bir sigorta sistemi kapsamında giderilebilir⁵⁶. Dolayısıyla, yapay zekâ, hak öznesi olmayıp ancak üzerinde mülkiyet kurulabilecek obje sayılmalıdır⁵⁷. Ayrıca, yapay zekânın, hukuken kendi kişiliğinin farkında olamayacağı ve bu nedenle, eşya türü olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁸. Yapay zekânın hukuki statüsüne dair görüşler ne yönde olursa olsun pozitif hukuk çerçevesinde yapay zekânın hâlen eşya statüsünde olduğu öne sürülmüştür⁵⁹.

⁵¹ BAK, Başak: "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 35, s. 215.

⁵² PERENNOU, Thomas: *State of the Art on Legal Issues*, 2014 (<https://ethicaa.greyc.fr/media/files/ethicaa.delivvable.1.pdf>, ET: 24.10.2023).

⁵³ TAYLOR, Charles: *Philosophical Papers: Volume 1, Human Agency and Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, s. 15, 16.

⁵⁴ Bunların dışında, yapay insan, insan olmayan kişi ve yapay vekil/temsilci önerileri de ileri sürülmüştür. Görüşler için bkz. LEROUX, Christophe / LABRUTO, Roberto (Ed): *Suggestion for a green paper on legal issues in robotics*, 2012 (https://www.unipv-lawtech.eu/files/euRobotics-legal-issues-in-robotics-DRAFT_6j6ryjyp.pdf, ET: 12.12.2023); BENLİ / ŞENEL, s. 311, 312; BER, Ahmet Said: "Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi", *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, 2022, Cilt 6, Sayı 1, s. 78-80.

⁵⁵ KAYNAK BALTA, s. 100; ALEXANDRE, F. Maia: *The Legal Status of Artificially Intelligent Robots - Personhood, Taxation and Control*, Tilburg University, Tilburg, 2017, s. 16.

⁵⁶ ERSOY, Çağlar: *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 85.

⁵⁷ AKKURT, Sinan Sami: "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 13, s. 44; BAK, s. 217-218.

⁵⁸ PERENNOU, s. 9, 10.

⁵⁹ AKKURT, s. 54.

Eşya görüşüne yöneltilen birtakım eleştiriler de bulunmaktadır. Özellikle yapay zekâ teknolojisinin teknik donanımı, öğrenme hızı ve buna bağlı olarak kendini geliştirme yeteneği dikkate alındığında, eşya görüşünün yetersiz kalacağı ileri sürülmektedir⁶⁰. Ayrıca yapay zekâyı sıradan bir eşya olarak değerlendirmenin, sorunu tek başına çözmeyeceği de belirtilmiştir⁶¹. Bu eleştiriye göre, özellikle otonom hareket etme, düşünme ve algılama gibi yeteneklerin varlığı, yapay zekâyı sıradan bir eşya ile aynı konuma koymamak gerektiğini göstermektedir. Bu nedenle, eşya görüşü yerine, yapay zekâyı kişilik tanınmasının, pek çok hukuki sorunu çözmeye yardımcı olacağı ifade edilmektedir.

Yapay zekânın, elle tutulamaması, gözle görülememesi, ancak dış dünyada yarattığı sonuçların seçilebilir olması sebebiyle, mevcut hukuk sistemimiz açısından eşya sayılamayacağı da ifade edilmiştir⁶². Bu görüş, hukuki anlamda eşyadan söz edebilmek için ortada maddi varlığı olan bir mal bulunması gerektiği gerekçesine dayanır. Bu çerçevede, en fazla, gayri maddi bir malvarlığı değeri olarak sınıflandırılabilirliği ve fikri haklar çerçevesinde korunabileceği ifade edilmiştir. Ancak bu görüş, robotlar söz konusu olduğunda, bunların fiziki bir varlığı olduğu için, eşya olarak değerlendirilebileceğini kabul eder⁶³. Bu görüşe göre, yapay zekâ türleri arasında bir ayırım yapılmalı ve kontrol yapay zekâ geliştiricileri ve kullanıcılarında olduğu sürece sorumluluk da bu kişilere ait olmalı, bu kişilerin sorumlu tutulmadığı noktalarda ise, ortaya çıkabilecek riskler bakımından bir sigorta sistemi kurulmalıdır⁶⁴.

Tepkisel yapay zekâlar bakımından yeni bir hukuki statüye ihtiyaç bulunmadığı, bunların ürün kabul edilerek üreticinin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁵. Otonomiye sahip yapay zekâ türleri bakımından, üreticinin kusursuz sorumluluğunu kabul etmenin ise, üreticilerin yapay zekâ üretiminden vazgeçmesine ve bu alanda teknolojik ilerlemenin son bulmasına neden olabileceği ifade edilmiştir⁶⁶. Yüksek meblağlı sigortalara ilişkin giderlerin, yapay zekâların satış bedeline yansıtılması, hayatın birçok alanında topluma büyük faydalar sağlayacak bu teknolojiye geniş kitlelerin erişememesi ihtimalini ortaya çıkabilecektir⁶⁷. Bu olumsuz sonuçları önlemek amacıyla, otonom yapay zekâlara hukuki kişilik tanınmasının daha doğru olacağı ifade edilmiştir⁶⁸.

C. Köle Görüşü

Eski dönemlerde insanlar hür kişiler ve köleler şeklinde ikiye ayrılıyordu. Kölelerin, bu dönemde eşya gibi kabul edilerek alışverişe konu edilmeleri mümkündü. Bu yaklaşımın, yapay zekâlar ve otonom robotlara hasredilmesi savunulmuştur⁶⁹. Yani yapay zekânın köle olarak nitelenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Fakat bu görüş de kölelik kavramının çağ dışı kalması ve politik sorunlara gebe olması gerekçesiyle eleştirilmektedir⁷⁰.

⁶⁰ BAK, s. 218. Benzer şekilde, kendi başına karar alabilen yapay zekânın eşya sayılmasının sakıncalı olduğu hakkında bkz. AYDOĞDU, Ali: *Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu Işığında Metinden Görsele ve Görselden Görsele Yapay Zekâların Potansiyel Telif Hakkı İhlalleri* (<https://ucar-ucar.av.tr/yapay-zeka-telif-ihlal/>, ET: 22.10.2023).

⁶¹ KÖKEN, Enes: "Yapay Zekânın Cezai Sorumluluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, Cilt 12, Sayı 47, s. 263.

⁶² KAPANCI, s. 141.

⁶³ KAPANCI, s. 141.

⁶⁴ KAPANCI, s. 155, 156.

⁶⁵ AKDAĞ, Şükrü Yakup: "Yapay Zekânın Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", (Ed.) BAYSAL, Başak: *Sorumluluk Hukuku - Seminerler 2018*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 15.

⁶⁶ AKDAĞ, s. 15.

⁶⁷ AKDAĞ, s. 16.

⁶⁸ AKDAĞ, s. 16.

⁶⁹ ALEXANDRE, s. 16 vd. Robotlara köleliğe benzer bir statü tanınmasının meseleye çözüm olabileceği hakkında bkz. SİVRİKAYA, Erkut Ziya: "Sophia Kişi midir?", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2019, Cilt 23, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s. 1262. Aynı yazar, robotların, motorlu taşıtlar gibi kayıt altına alınmalarını da önermektedir.

⁷⁰ BAK, s. 219; BENLİ / ŞENEL, s. 313.

D. Tüzel Kişi Görüşü

Yapay zekânın tüzel kişi olarak değerlendirilmesi savunulmuştur⁷¹. Bu görüşe göre, yapay zekânın tüzel kişiliğe sahip olduğunu kabul etmek en uygundur. Çünkü yapay zekâ, insan gibi gerçek kişi olmasa bile, belirli hak ve sorumluluklara sahip olacağından, eşyadan ayrı konumda bulunmalıdır⁷². Fakat bu görüş de tüzel kişilerin açıkça kanunda düzenlenerek ihdas edilmeleri sebebiyle eleştirilmektedir⁷³.

Ayrıca yapay zekâ, yapısı gereği tüzel kişiye benzemediği için yapay zekâyâ tüzel kişilik tanınmasının isabetli olmadığı da ifade edilmektedir⁷⁴. Bu görüşe göre, tüzel kişiler sadece soyut olabilirken, yapay zekâ hem soyut -Google- hem de somut -insansı robot- olabilir. Bu nedenle yapay zekâyâ tüzel kişilik verilmesinin, uygulamada ciddi sorunlara ve hukuki ihtilaflara yol açacağı belirtilmektedir.

E. Elektronik Kişi Görüşü

Elektronik kişi görüşünün, robotik ve hukuk alanındaki bazı temel sorunları çözebileceği ileri sürülmüştür⁷⁵. Bu görüş, Avrupa Parlamentosu (AP) Hukuk İşleri Komisyonu tarafından hazırlanan, Robotikler Hakkında Medeni Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu'nda da (27 Ocak 2017) ileri sürülmüştür. Ardından başka yazarlar tarafından da özellikle otonomi özelliğine sahip olan yapay zekâların sorumluluğu noktasında, elektronik kişi görüşünün, eşya görüşüne nazaran daha isabetli olduğu fikri benimsenmiştir.

Elektronik kişinin, eşya ve kişi arasında, *sui generis* yapıya sahip olduğu ileri sürülmüştür⁷⁶. Yapay zekâ, elektronik kişi kabul edildiğinde, haklara ve borçlara sahip olabilir, sözleşmelere taraf olabilir. Bu sebeple, elektronik kişiliğe sahip yapay zekâların, sicile tâbi olması ve bu sicilde, kayıtlı yapay zekâların türlerine, işlevlerine, üretici ve kullanıcı bilgilerine yer verilmesi savunulmuştur⁷⁷. Fakat elektronik kişilik görüşü kabul edildiği takdirde bile, sorunların kökten çözüme kavuşmuş olmayacağı dile getirilmektedir⁷⁸.

Yapay zekânın, tüzel kişiliği haiz şirketlerdeki gibi, bir sicile tescili yapılarak kişilik kazanabileceği ve kendisinden faydalanacak kişilerin sağlayacağı bir fonla onun sebep olacağı zararların giderilebileceği belirtilmektedir⁷⁹. Öyle ki yapay zekâyâ kademeli kişilik verilmeli, yapay zekâ tarafından üçüncü kişilere verilen zararlar, öncelikle kusursuz sorumluluk hâlleri bağlamında düzenlenmeli ve yapay zekânın otonom hareket kabiliyetinin artması sebebiyle yapay zekâyâ elektronik kişilik tanınmalıdır. Ayrıca, Robotik Tavsiye Raporu'nda, yapay zekâyâ kişilik tanındığı takdirde, yapay zekânın eylemi ile verdiği zarar arasında, uygun illiyet bağının kanıtlanmasıyla oluşabilecek özel bir kusursuz sorumluluk hâlinin düzenlenmesi ve buna bağlı olarak, diğer gerçek veya tüzel kişilerin sorumluluklarının azalması gerektiği belirtilmiştir⁸⁰. Gerçekten, farklı düzeylerde otonomiye sahip yapay zekâların, sebep olabileceği zararlar açısından, otonomi düzeyleri çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır⁸¹.

⁷¹ BAK, s. 219; BAYRAMLIOĞLU, Emre: "Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, Cilt 2, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 136.

⁷² KARA KILIÇARSLAN, Seda: "Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2019, Sayı 2, s. 380.

⁷³ AYDOĞDU, 2023.

⁷⁴ KÖKEN, s. 263.

⁷⁵ LEROUX / LABRUTO, s. 63.

⁷⁶ KARA KILIÇARSLAN, s. 380.

⁷⁷ AKDAĞ, s. 16.

⁷⁸ KÖKEN, s. 263.

⁷⁹ BENLİ / ŞENEL, s. 310.

⁸⁰ BENLİ / ŞENEL, s. 310.

⁸¹ BENLİ / ŞENEL, s. 311.

2017 yılının Ekim ayında, robot *Sophia*, Suudi Arabistan'ın Riyad kentinde düzenlenen Gelecek Yatırım Toplantısına katılmış ve konuşma yapmıştı. *Sophia*, konuşmasını bitirdikten sonra kendisine Suudi Arabistan vatandaşlığı verildiği açıklandı⁸². *Sophia* her ne kadar bir ülke vatandaşlığı olsa da insan olmayıp *Hanson Robotics Limited* Şirketine ait bir üründür.

Sophia ya da başka bir robotu kişi nitelenmenin gereksiz olduğu, acı hissetmedikleri için korunmaları gerekmediği öne sürülmüştür. Bu görüşe göre, robotun kişi olmasını savunanların gayesi robotun sebep olacağı zararların telafisi olup bu zararlara karşı özel sigorta uygulaması yeterli gelebilir⁸³.

IV. DEĞERLENDİRME

Yapay zekânın hukuki statüsüne dair görüşler arasında bize göre en zayıf olanı kölelik görüşüdür. Zira kölelik, çağdaş hukuk sistemleri tarafından yıllar önce terk edilmiş, insanın şeref ve haysiyetine aykırı bir uygulamadır. Sırf canlı insan olmaması veya acı duymaması sebebiyle, özerkliğe, öz farkındalığa ve bilince sahip yapay zekânın, köle olarak nitelenmesi görüşü, çağdışı ve terk edilen bir kavram olması sebebiyle reddedilmelidir.

Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Teşkilatı, yapay zekâyı makine tabanlı bir sistem olarak açıklar. Yapay zekânın açık veya örtülü amaçlar çerçevesinde hareket edebileceğini, eylemlerinin yapay zekâ yaratılırken öngörülenden farklı hedeflere yönelik olabileceğini belirtir. Bu, yapay zekânın muhakeme yapabildiğini, somut durumlar için kendisine verilen komutlardan ayrılabilceğini gösterir. Bu aşamaya ulaşmış yapay zekâ, özerk ve bilinçli bir varlık kabul edilebilir. Hatta özerklik ve bilinç düzeyine göre yapay zekânın yapay bir içsel yaşama sahip olduğu söylenebilir. Bu noktada, yapay zekâyı kişi varlığı mı yoksa malvarlığı olarak mı değerlendirmek gerektiği meselesi öne çıkar. Zaten yapay zekânın hukuki statüsüne ilişkin görüşlerin temelinde bu ayırım üzerine çatallandığı görülür.

Avrupa Yapay Zekâ Yasası, yapay zekânın yasal zeminini oluştururken hem yeniliğe açık olmaya hem de bu teknolojinin insan merkezli olması gerekliliğine vurgu yapar. Bu sebeple, yapay zekâ teknolojisinin, insan özerkliğine saygı çerçevesinde konumlandırılması bir zorunluluktur.

Yapay zekâyı kişilik atfedilmesi, onun hak ehliyetine sahip olmasını gerektirir. TMK m. 8 uyarınca, her insanın hak ehliyeti vardır ve tüm insanlar hukuk düzeninin sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler. Hukuk düzeni yalnızca insanı gerçek kişi kabul eder. TMK m. 48, tüzel kişilerin, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehil olduklarını düzenler. Tüzel kişiler, TMK m. 47 gereğince, kişi veya mal topluluğu şeklinde varlık kazanabilirler. Tüzel kişilik kazanılabilmesi kanunda açıkça düzenlenmesine bağlıdır. Bize göre, yapay zekâ sistemini, tüzel kişi olarak nitelenmek uygun değildir. Zira yapay zekâ bir kişi veya mal topluluğu değildir. Makine tabanlı fakat bilinç düzeyine erişebilen ve özerk hareket edebilen bir sistemdir. Cismani bir varlığa sahip olabilir veya olmayabilir. Bu bağlamda, onun yapay bir içsel yaşama sahip olduğu öne sürülebilir ve insanı taklit etmesi sebebiyle kişilik atfedilmesi tartışılabilir. Fakat bunun kabulü, yapay zekâyı hak ehliyeti verilmesini zorunlu kılar. Yapay zekâyı hak ehliyeti verildiği takdirde, zorunlu olarak fiil ehliyeti verilmesi gündeme gelecektir. Bu da onun sözleşme ehliyetini ve haksız fiil ehliyetini gerektirecektir. Makine tabanlı bir sisteme böylesine bir gücün verilmesi insanlık adına fayda sağlar görünmemektedir.

Özellikle sorumluluk hukuku bağlamında, yapay zekâyı kişilik atfedilmesi sebebiyle, yapay zekâ geliştiricisi veya kullanıcısının hiçbir şart altında sorumlu olmayacağını öngörmek hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratabilir. Hatta yapay zekâyı kişilik atfedilmesi, bu noktada zarardan doğan sorumluluktan kaçınma noktasında gerçek veya tüzel kişilere kötüye kullanım fırsatı doğurabilir.

⁸² SİVRİKAYA, s. 1254.

⁸³ SİVRİKAYA, s. 1262.

Yapay zekâ bir teknolojik ürün olarak ürün güvenliği mevzuatı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, Türk hukuku açısından yapay zekâ kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan zararlarda, 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu⁸⁴ uygulama alanı bulabilecektir. Avrupa Yapay Zekâ Yasası da yapay zekâ sistemlerinin ürün güvenliği mevzuatına tâbi olduğunu açıkça ifade eder. Bu bağlamda yapay zekâ uygulamalarının, tüketiciyi koruyan yasal düzenlemelere bağlı olduğu vurgulanmalıdır.

Açıklamalarımız çerçevesinde, yapay zekâyâ kişilik atfedilmemelidir. Bilinç unsuru, hukuki açıdan kişilik kavramı için esaslı bir kriter değildir⁸⁵. Bu çerçevede yapay zekâ kişilik dışı bir kavram olup ancak bir malvarlığı değeri olarak kabul edilebilir. Bu noktada yapay zekânın eşya niteliğini haiz olup olmadığı irdelenmelidir.

Fiziki ve hukuki anlamda eşya her zaman aynı şeyi ifade etmez. Bu nedenle eşya kavramı farklı hukuk düzenlerinde farklı şekillenmiştir. Örneğin, Fransız hukuku ekonomik değeri olan her şeyi eşya kavramı içine dahil ederken, Alman Medeni Kanunu (BGB) yalnızca cismani varlıkları eşya kabul etmiştir⁸⁶. Avusturya hukukunda da mülkiyet hakkına hem cismani olan hem de cismani olmayan şeylerin girdiği belirtilmiştir⁸⁷.

Hukuki anlamda eşya işlevsel bir kavramdır⁸⁸. Bir şeyin hukuk düzeni tarafından eşya kabul edilebilmesi için, ön planda o şeyin fiziksel özelliği yer alsın da aynı zamanda ekonomik işlevi, ahlâki görüşler, iş hayatındaki anlayış ve düşünceler de rol oynar⁸⁹. Türk hukukunda eşyanın unsurları, cismani olma, belirlilik yani sınırlandırılmış olma, üzerinde fiili ve hukuki hâkimiyet kurulabilme ve kişilik dışı olma şeklinde sayılır⁹⁰.

Diğer yandan, Türk hukuku, eşya sayılmayan bazı şeyler üzerinde aynı hak kurulabileceğini kabul eder. Buna doğal güçler, enerji, bağımsız ve sürekli haklar örnek gösterilebilir⁹¹. Ayrıca 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu⁹², hayvanların yaşama hakkına sahip olduğunu düzenler. Bu düzenleme karşısında hayvanların, cismani varlıkları olmasına rağmen, eşya niteliğine sahip olmadıkları savunulmaktadır⁹³.

Cismani olma özelliği, birtakım yapay zekâ araçlarında bulunurken birtakım yapay zekâ araçlarında yoktur. Hukuki anlamda eşyadan söz edebilmenin koşullarından biri cismani varlıktır. Fakat TMK m. 762 cismani varlığı olmayan doğal güçleri de taşınır mal gibi değerlendirir. Ayrıca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁹⁴ (TKHK) m. 3 kapsamında, mal kavramı, sadece cismani varlığı olanları değil, elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları da içerir. Fakat mal kavramı ile hukuki anlamda eşya kavramı her zaman örtüşmez.

Avrupa Yapay Zekâ Yasasına⁹⁵ göre, yapay zekâ sistemleri: (i) bağımsız bir yazılım sistemi olarak kullanılabilir. (ii) fiziksel bir ürüne entegre edilebilir (*embedded-gömülü*), (iii) entegre edilmeksizin

⁸⁴ 12.3.2020 tarihli ve 31066 sayılı Resmî Gazete.

⁸⁵ BER, s. 68.

⁸⁶ OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 5. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 90: "Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände."

⁸⁷ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) § 353: "Alles, was jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigentum."

⁸⁸ SİRMEN, A. Lâle: *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 4.

⁸⁹ SİRMEN, s. 4-5.

⁹⁰ AKÇAAL, Mehmet: *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 14 vd; SİRMEN, s. 5 vd.

⁹¹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 11.

⁹² 1.7.2004 tarihli ve 25509 sayılı Resmî Gazete.

⁹³ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 13. Esasen, hayvanların hukuki statüsüne dair farklı görüşler vardır: (i) Eşya, (ii) Kendine özgü statüsü olan (sui generis) eşya, (iii) Eşya benzeri, (iv) Eşya dışında özel cismani varlık. Görüşler için bkz. AKÇAAL, s. 18.

⁹⁴ 28.11.2013 tarihli ve 28835 sayılı Resmî Gazete.

⁹⁵ EUROPEAN PARLIAMENT: Artificial Intelligence Act, 2023 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.pdf, ET: 13.12.2023).

fiziksel bir ürünün işlevselliğini sağlamak için kullanılabilir (*non-embedded-gömülü* olmayan) veya (iv) daha büyük bir sistemin yapay zekâ bileşeni olarak kullanılabilir. Bu daha büyük sistem, yapay zekâ bileşeni olmadan çalışmazsa, daha büyük sistemin tamamı, Yasa kapsamında tek bir yapay zekâ sistemi olarak değerlendirilir.

Yapay zekâ sistemi, bağımsız bir yazılım sistemi olarak kullanıldığında, cismani bir varlığa sahip değildir. Bu noktada yapay zekânın konumunu, yazılımın hukuki niteliği belirler. Yazılım (*software*), bilgisayar sistemlerini ve buna benzer akıllı sistemleri oluşturan donanım parçalarını yönetmekle birlikte, kullanıcının taleplerinin yerine getirilmesini sağlayan programları içinde barındıran ve programın anlaşılmasını sağlayacak açıklayıcı dokümanları da içeren bir bütündür⁹⁶. Bir başka deyişle, bilgisayara veya başka bir makineye nasıl çalışacağını söyleyen komut ve veriler bütünüdür.

Yazılım, bilgisayar programlarını da kapsayan üst bir kavramdır⁹⁷. Bilgisayar programları, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu⁹⁸ (FSEK) kapsamında ilim ve edebiyat eserleri kategorisinde yer alır. Bir diğer ifadeyle, yazılım FSEK kapsamında eser mahiyeti taşır. FSEK m. 1/B, eseri, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri olarak tanımlar. Bu doğrultuda, yazılımı eşya kabul etmek mümkün değildir⁹⁹. TKHK m. 3, elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları, mal kategorisinde kabul eder. O hâlde yazılım gayri maddi mal olarak nitelenmelidir. Yapay zekâ, bağımsız yazılım sistemi olarak kullanıldığında, gayri maddi mal olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca FSEK kapsamında eser sayıldığından, telif hakkının konusudur.

Yazılımı meydana getiren kişi onun sahibidir (FSEK m. 8/1). FSEK, eser üzerindeki hak sahipliğini onu meydana getiren kişiye tanımıştır. Telif hakkı, eseri meydana getiren kişiye aittir. Bir yazılımı birden fazla kişi meydana getirmişse, birlikte hak sahipliği söz konusu olur. Yazılımlar üzerinde müşterek eser sahipliği varsa, birden fazla yazılımcı birbirinden ayrı olarak çalışabilen programları birleştirerek yeni bir program üretmiştir. Birden fazla kişinin (genelde çalışanların) yazılımların bir kısmını ürettiği ve bu parçaların tek başlarına bir anlam ifade etmediği durumlarda ise, çalışanlar yazılım üzerinde iştirak halinde eser sahibi olacaklardır¹⁰⁰.

Eser (yazılım) sahibi, yazılımı kullanma yetkisini lisans sözleşmesi (ruhsat) ile devreder. (FSEK m. 48/2). FSEK m. 48 bu hususu asli iktisap kenar başlığıyla düzenler. Basit lisansta ürün kirası, tam lisansta ise intifa hakkına ilişkin hükümler uygulanır. (FSEK m. 56). Tam lisansta kullanma yetkisi sadece bir kişiye verilirken, basit lisansta mali hak sahibi başkalarına da aynı ruhsatı verebilir. Kanundan veya sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça her lisans basit lisans kabul edilir¹⁰¹.

Lisans sözleşmesi satış sözleşmesinden farklıdır¹⁰². Satış sözleşmesinde alıcı, satılan malın mülkiyetini kazanır. Mülkiyet hakkı, sahibine mülkiyete konu eşya üzerinde süresiz ve eşyayı tamamen yok etme yetkisini de içeren geniş bir kullanma yetkisi verir. Lisans alan ise, yazılımı sözleşmede belirtilen sürede ve kararlaştırılan şekilde kullanır¹⁰³. Lisans alan, yazılım sahibinin manevi haklarına zarar ver-

⁹⁶ KARAYİĞİT, Samet: *Tüketici Hukuku Kapsamında Mobil Uygulama Son Kullanıcı Lisans Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları*, Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2021, s. 8. Bir donanıma kaydedilecek her türlü dijital veri, firmware, BIOS, işletim sistemleri yazılım olarak kabul edilir. Bkz. BOZBEL, Savaş: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 37.

⁹⁷ BOZBEL, s. 37; ÖZKAYA, Pelin / SAMET, Refik: "Yazılım Ürünlerinin Telif Hukuku Kapsamında Korunması", *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, 2020, Cilt 6, Sayı 1, s. 20.

⁹⁸ 13.12.1951 tarihli ve 7981 sayılı Resmî Gazete.

⁹⁹ KIYAK, Emre: "Kişisel Bilgisayar Donanımı ve Yazılım Kullanım Lisansının Haczi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 25, Sayı 2 (Lisans Haczi), s. 60.

¹⁰⁰ ÖZKAYA / SAMET, s. 23.

¹⁰¹ ÖZKAYA / SAMET, s. 24; KIYAK, *Lisans Haczi*, s. 70.

¹⁰² TOPALOĞLU, Mustafa: *Bilgisayar Programı Lisans Sözleşmeleri*, (<https://www.mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/bilgisayar-programi-lisans-so-zles-meleri-904.pdf>, ET. 14.12.2023).

¹⁰³ TOPALOĞLU, s. 2.

memekle yükümlüdür. Ayrıca, taşınır malların satışı prensip olarak bir şekilde tâbi değilken, yazılım lisans sözleşmeleri FSEK uyarınca yazılı şekilde yapılmalıdır¹⁰⁴.

Sonuç itibarıyla, yapay zekâ, bağımsız bir yazılım sistemi olarak kullanıldığında, cismani bir varlığa sahip olmadığından mülkiyet hakkına konu olmaz. Gayri maddi bir malvarlığı değeri olarak, lisans sözleşmesinin konusunu teşkil eder. Lisans alan, bu sözleşmeyle yazılımı, kararlaştırılan sürede ve şekilde kullanma hakkı elde eder. Sözleşme yazılım güncellemelerini de kapsar. Bu güncellemeler yazılımın gayri maddi mal niteliğini etkilemez.

Yapay zekâ, fiziksel bir ürüne entegre edilmişse, gömülü (*embedded*) sistemden söz edilir. Gömülü sistem, herhangi bir sistem içerisinde yer alarak o sistemi akıllı hale getiren elektronik donanım ve yazılım ile oluşmuş entegre bir sistemdir¹⁰⁵. Gömülü bir işletim sistemi, elektronik bir cihazın içindeki bir çipte bulunabilir, yapabileceklerinin kapsamı genellikle sınırlıdır¹⁰⁶. Yazıcı, tarayıcı, akıllı telefon, televizyon, fotoğraf makinesi, kamera, bulaşık makinesi, çamaşır makinesi, elektronik oyuncaklar gibi günlük hayatta kullandığımız pek çok eşyada bu sistem bulunur¹⁰⁷. Bu durumda, yapay zekâ entegre edildiği eşyanın ayrılmaz bir parçası olduğundan, eşyanın maliki, o şeye entegre edilen yapay zekâ üzerinde de hak sahibi olur¹⁰⁸. Fakat eşya malikinin, yapay zekâ üzerinde kazandığı hak, telif hakkı değil, eşyaya bağlı bir lisans hakkı olacaktır. Bu bağlamda, ürün, donanımsal açıdan mülkiyet hakkına, yazılımsal açıdan ise lisans hakkına konu teşkil eder. Lisans hakkı yazılım güncellemelerini de kapsar. Makine parçalarının değişmesi, sensörlerin değişmesi gibi donanımsal değişiklikler, yapay zekânın entegre edildiği cismani varlığın eşya niteliğini etkilemez.

Yapay zekâ, fiziksel bir ürüne entegre edilmeksizin (*non-embedded*) o ürünün işlevselliğini sağlamak için kullanılabilir. Örneğin, gömülü olmayan bir işletim sistemi, bir sabit diskten veya katı hâl sürücüsünden çalışır; *Windows 10* veya *Mac OS* gibi gömülü olmayan işletim sistemleri yapılandırılabilir ve yükseltilebilir¹⁰⁹. Bunlar genel amaçlı kullanım için tasarlanmışlardır. Bu durumda, yazılım ile donanım birbiriyle tümleşik duruma gelmediğinden, yapay zekâ yazılımı üzerindeki lisans hakkı eşyaya bağlı olarak doğmaz. Yapay zekâ yine bir yazılım olarak gayri maddi mal sayılır. Dolayısıyla kullanıcının, yapay zekâ üzerinde mülkiyet hakkından değil, lisans hakkından söz edilebilir. Cismani varlık üzerinde mülkiyet, yazılım üzerinde ise lisans hakkı söz konusu olduğunda, bu haklar ayrı kişilere ait olsalar bile, bu durum cismani varlık üzerindeki mülkiyet hakkının türünde bir değişikliğe yol açmaz.

Avrupa Yapay Zekâ Yasası, yapay zekâ sisteminin, daha büyük bir sistemin yapay zekâ bileşeni olarak kullanılabilirliğinden söz eder. Yasaya göre, bu daha büyük sistem, yapay zekâ bileşeni olmadan çalışmazsa, daha büyük sistemin tamamı, Yasa kapsamında tek bir yapay zekâ sistemi olarak değerlendirilecektir¹¹⁰. Burada yapay zekânın, daha büyük sistemin zorunlu bileşeni olma olasılığından

¹⁰⁴ TOPALOĞLU, s. 2.

¹⁰⁵ SEYREK, Ahmet Gökhan: *Gömülü Sistem Nedir?*, 2021 (<https://www.elektrikport.com/universite/gomulu-sistem-nedir/8658#ad-image-0>, ET: 14.12.2023). Gömülü sistemlerin, bağımsız bir sistem veya büyük bir sistemin parçası olarak belirli bir görevi icra eden ve kendine özel yazılıma sahip mikroişlemci tabanlı bilgisayar donanım sistemleri olduğu hakkında bkz. TÜRK, Fuat / LÜY, Murat: "Gömülü Sistemler ve Mühendislikte Uygulama Alanları", *Kırıkkale Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Uluslararası Mühendislik Araştırma ve Geliştirme Dergisi*, 2021, Cilt 13, Sayı 3, s. 257. Yazarlar, yapay zekâ, robotik sistemler, sanal gerçeklik ve artırılmış gerçeklik, makine öğrenimi, derin öğrenme ve nesnelerin interneti gibi alanların sürekli gelişimi ile gömülü sistemler endüstrisinin hızla büyümeye devam edeceğini öngörmektedirler.

¹⁰⁶ SEYREK.

¹⁰⁷ SEYREK.

¹⁰⁸ Bilgisayar donanımına gömülü bir yazılım olan BIOS'un (*Basic Input-Output System* - Temel Giriş-Çıkış Sistemi), donanımın bütünlüğüne parçası olduğu, bu bağlamda donanıma sahip olanın, bu yazılıma da sahip olacağı hakkında bkz. KIYAK, *Lisans Hacı*, s. 61. Bize göre, donanımın cismani varlığı yönünden, TMK m. 684 bağlamında bütünlüğüne parçadan söz edilebilir. Bu çerçevede, asıl şeye malik olan kişi, sadece cismani varlık olan donanımın da maliki olur. Donanıma gömülü yazılım üzerinde ise ayrı bir hukuki rejim söz konusudur. Yazılım üzerindeki hak, mülkiyet hakkı olmayıp lisans hakkıdır. Fakat yazılım donanıma entegre olduğundan bu, eşyaya bağlı lisans hakkı olarak değerlendirilmelidir.

¹⁰⁹ LUTKEVICH, Ben: *Embedded Operating System*, 2021 (<https://www.techtarget.com/iotagenda/definition/embedded-operating-system>, ET: 14.12.2023).

¹¹⁰ "If this larger system would not function without the AI component in question, then the entire larger system should be considered as one single AI system under this Regulation."

söz edilmektedir. Daha büyük sistem, cismani varlığa sahip bir makine örneğın bilinç düzeyine erişmiş bir robot ise onu eşya olarak nitelendirmek mümkündür. Robotu satın alan kişi, robot üzerinde mülkiyet hakkını devren kazanırken, bu mülkiyete bağılı olarak robotun zorunlu bileşeni yapay zekâ yazılımının da lisans hakkını elde eder. Dolayısıyla robotun maliki robotun cismani parçaları üzerinde tasarruf edebilmelidir. Robotun zorunlu bileşeni yapay zekâ yazılımını ise robotun mülkiyetine sahip olması sebebiyle eşyaya bağılı bir lisans hakkı olarak değerlendirilebilir. Robotun maliki mülkiyet hakkını başkasına devrettiğinde, buna bağılı olarak zorunlu bileşen yapay zekânın lisansını da devredecektir. Daha büyük sistem, örneğın bir bilgisayara yüklenen otomasyon sistemi ise bunu gayri maddi mal olarak değerlendirmek gerekir. Bu durumda daha büyük sistem cismani bir varlığa sahip olmadığından otomasyon sistemi üzerinde mülkiyet hakkından söz edilmez. Otomasyon sistemini kullanma hakkı lisans sözleşmesi çerçevesinde elde edilir. Yapay zekâ bu sistemin zorunlu bileşeni kabul edildiğinde, aynı lisans sözleşmesi kapsamında yapay zekânın kullanım hakkı da kazanılmalıdır.

SONUÇ

Hukuk toplum hayatını düzenler. Toplumsal hayat, teknolojinin de etkisiyle zaman içerisinde değişime uğrar. Bu durum, ister istemez mevcut değişimin yeni hukuk kuralları ile bir düzene tâbi kılınmasını zorunlu kılar. Bununla birlikte, yeni teknolojinin başlangıç döneminde teknolojinin gideceğı yön ve ilerleme tarzı net olarak öngörülemez. Bu durumda devletler bir ikilem içine düşerler. Devletler, bir yandan henüz başlangıçta sıkı yasal düzenlemeler öngörerek teknolojinin gelişimine ket vurmamak istemezler, diğeryandan kanun koyucunun tamamen hareketsiz kalması durumunda bireyleri yeterince koruyamaması sebebiyle mağduriyetlere yol açılmasını da önlemeye çalışırlar. Teknolojinin hayata tamamen entegre olmasından sonra kontrol altına alınması ise çok daha zor olacaktır. İşte bu durum, *Collingridge* ikilemi¹¹¹ olarak adlandırılır. Bu ikilem, yapay zekânın hukuki statüsünü belirleme noktasında da yaşanmaktadır. Gerçekten de yapay zekânın hukuki statüsüne dair çeşitli görüşlerin ileri sürülmüş olması bu ikilemin bir sonucudur.

Yapay zekânın yasal bir zemine oturtulmasına ilişkin Avrupa Yapay Zekâ Yasası önemli bir kilometre taşıdır. OECD tarafından 8 Kasım 2023 tarihinde yapılan yapay zekâ tanımı da bu teknolojinin hukuki statüsünün belirlenmesinde önemli rol oynar. OECD'nin yaptığı tanıma göre, yapay zekâ, açık veya örtülü amaçlar için, aldığı girdiden, fiziksel veya sanal ortamları etkileyebilecek tahminler, içerik, öneriler veya kararlar gibi çıktıların nasıl üretileceğini çıkaran makine tabanlı bir sistemdir.

Avrupa Yapay Zekâ Yasası, yapay zekânın yasal zeminini oluştururken hem yeniliğe açık olmaya hem de bu teknolojinin insan merkezli olması gerekliliğine vurgu yapar. Yapay zekâ teknolojisinin, insan özerkliğine saygı çerçevesinde konumlandırılması bir zorunluluktur.

Anılan yasa uyarınca yapay zekâ sistemleri, bağımsız bir yazılım sistemi olarak kullanılabilir, fiziksel bir ürüne entegre edilebilir, entegre edilmeksizin fiziksel bir ürünün işlevselliğini sağlamak için kullanılabilir veya daha büyük bir sistemin yapay zekâ bileşeni olarak kullanılabilir. Bu daha büyük sistem, yapay zekâ bileşeni olmadan çalışmazsa, daha büyük sistemin tamamı, Yasa kapsamında tek bir yapay zekâ sistemi olarak değerlendirilir.

Yapay zekâ sistemi, bağımsız bir yazılım sistemi olarak kullanıldığında, cismani bir varlığa sahip değildir. Bu noktada yapay zekânın konumunu, yazılımın hukuki niteliğı belirler. Yazılım, bilgisayar programlarını da kapsayan üst bir kavramdır. Bilgisayar programları, FSEK kapsamında ilim ve edebiyat eserleri kategorisinde yer alır. Bir diğery ifadeyle, yazılım FSEK kapsamında eser mahiyeti taşır. Yapay zekâ, bağımsız yazılım sistemi olarak kullanıldığında, gayri maddi mal olarak değerlendirilmez. Ayrıca FSEK kapsamında eser sayıldığından, telif hakkının konusudur. Yazılımı meydana getiren kişi onun sahibidir. (FSEK m. 8/1). Telif hakkı, eseri (yazılımı) meydana getiren kişiye aittir. Eser

¹¹¹ COLLINGRIDGE, David: *The Social Control of Technology*, St. Martin's Press, New York, 1980, s. 11.

(yazılım) sahibi, yazılımı kullanma yetkisini lisans sözleşmesi (ruhsat) ile devreder. Lisans alan, bu sözleşmeyle yazılımı, kararlaştırılan sürede ve şekilde kullanma hakkı elde eder. Sözleşme yazılım güncellemelerini de kapsar.

Yapay zekâ, fiziksel bir ürüne entegre edilmişse, gömülü sistemden söz edilir. Bu sistemde, yapay zekâ entegre edildiği eşyanın ayrılmaz bir parçası olduğundan, eşyanın maliki, o şeye entegre edilen yapay zekâ üzerinde de hak sahibi olur. Fakat eşya malikinin, yapay zekâ üzerinde kazandığı hak, telif hakkı değil, eşyaya bağlı bir lisans hakkı olacaktır. Bu bağlamda, ürün, donanımsal açıdan mülkiyet hakkına, yazılımsal açıdan ise lisans hakkına konu teşkil eder. Lisans hakkı yazılım güncellemelerini de kapsar. Makine parçalarının değişmesi, sensörlerin değişmesi gibi donanımsal değişiklikler, yapay zekânın entegre edildiği cismani varlığın eşya niteliğini etkilemez.

Yapay zekâ, fiziksel bir ürüne entegre edilmeksizin o ürünün işlevselliğini sağlamak için kullanılabilir. Bu durumda, yazılım ile donanım birbiriyle tümleşik duruma gelmediğinden, yapay zekâ yazılımı üzerindeki lisans hakkı eşyaya bağlı olarak doğmaz. Yapay zekâ yine bir yazılım olarak gayri maddi mal sayılır. Dolayısıyla kullanıcının, yapay zekâ üzerinde mülkiyet hakkından değil, lisans hakkından söz edilebilir. Cismani varlık üzerinde mülkiyet, yazılım üzerinde ise lisans hakkı söz konusu olduğunda, bu haklar ayrı kişilere ait olsalar bile, bu durum cismani varlık üzerindeki mülkiyet hakkının türünde bir değişikliğe yol açmaz.

Yapay zekâ sistemi, daha büyük bir sistemin yapay zekâ bileşeni olarak kullanılmış ve bu daha büyük sistem, yapay zekâ bileşeni olmadan çalışmıyorsa, daha büyük sistemin tamamı, Yasa kapsamında tek bir yapay zekâ sistemi olarak değerlendirilmiştir. Burada yapay zekâ, daha büyük sistemin zorunlu bileşenidir. Daha büyük sistem, cismani varlığa sahip bir makine örneğin bilinç düzeyine erişmiş bir robot ise onu eşya olarak nitelendirmek mümkündür. Robotu satın alan kişi, robot üzerinde mülkiyet hakkını devren kazanırken, bu mülkiyete bağlı olarak robotun zorunlu bileşeni yapay zekâ yazılımının da lisans hakkını elde eder. Dolayısıyla robotun maliki robotun cismani parçaları üzerinde tasarruf edebilmelidir. Robotun zorunlu bileşeni yapay zekâ yazılımı ise robotun mülkiyetine sahip olunması sebebiyle eşyaya bağlı bir lisans hakkı olarak değerlendirilebilir. Robotun maliki mülkiyet hakkını başkasına devrettiğinde, buna bağlı olarak zorunlu bileşen yapay zekânın lisansını da devreder. Daha büyük sistem, örneğin bir bilgisayara yüklenen otomasyon sistemi ise bunu gayri maddi mal olarak değerlendirmek gerekir. Bu durumda daha büyük sistem cismani bir varlığa sahip olmadığından otomasyon sistemi üzerinde mülkiyet hakkından söz edilmez. Otomasyon sistemini kullanma hakkı lisans sözleşmesi çerçevesinde elde edilir. Yapay zekâ bu sistemin zorunlu bileşeni kabul edildiğinde, aynı lisans sözleşmesi kapsamında yapay zekânın kullanım hakkı da kazanılmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet: *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- AKDAĞ, Şükrü Yakup: “Yapay Zekânın Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, (Ed.) BAYSAL, Başak: *Sorumluluk Hukuku - Seminerler 2018*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 9-18.
- AKKURT, Sinan Sami: “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, *Uyumsuzluk Mahkemesi Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 13, s. 39-59.
- AKPINAR, Metin: Facebook ve Instagram Gönderileriniz Yapay Zekâ İçin Kullanıldı, 2023 (<https://www.donanimhaber.com/facebook-ve-instagram-gonderileriniz-yapay-zeka-icin-kullanildi--169357>, ET: 07.11.2023).
- ALEXANDRE, F. Maia: *The Legal Status of Artificially Intelligent Robots - Personhood, Taxation and Control*, Tilburg University, Tilburg, 2017.
- ARI, Ayşe / BERBERLER, Murat Erşen: “Yapay Sinir Ağları ile Tahmin ve Sınıflandırma Problemlerinin Çözümü İçin Arayüz Tasarımı”, *Acta Infologica*, 2017, Cilt 1, Sayı 2, s. 55-73.
- AYDOĞDU, Ali: *Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu Işığında Metinden Görsele ve Görseleden Görsele Yapay Zekaların Potansiyel Telif Hakkı İhlalleri* (<https://ucar-ucar.av.tr/yapay-zeka-telif-ihlal/>, ET: 22.10.2023).
- BAK, Başak: “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 35, s. 211-232.
- BAYRAMLIOĞLU, Emre: “Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, Cilt 2, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 131-140.
- BENLİ, Erman / ŞENEL, Gayenur: “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 2, Sayı 2, s. 296-336.
- BER, Ahmet Said: “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, 2022, Cilt 6, Sayı 1, s. 57-100.
- BOZBEL, Savaş: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- COLLINGRIDGE, David: *The Social Control of Technology*, St. Martin’s Press, New York, 1980.
- COŞKUN, Fatma / GÜLLEROĞLU, H. Deniz: “Yapay Zekânın Tarih İçindeki Gelişimi ve Eğitimde Kullanılması”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 54, Sayı 3, s. 947-966.
- ÇEKİN, Mesut Serdar: *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ELMAS, Çetin: *Yapay Zekâ Uygulamaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ERSOY, Çağlar: *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- EUROPEAN PARLIAMENT: *Artificial Intelligence Act*, 2023 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.pdf, ET: 13.12.2023).
- GEZGİN, Ulaş Başar: *18 Yapay Zekâ Aracı Önerisi*, 2023 (<https://medyagunlugu.com/18-yapay-zeka-araci-onerisi/>, ET: 07.11.2023).
- GÖZÜBÜYÜK, Barış: “Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, 2021, Cilt 1, Sayı 1, s. 54-81.
- HANSON ROBOTICS: *Sophia* (<https://www.hansonrobotics.com/sophia/>, ET: 07.11.2023).
- HARARI, Yuval Noah: *21. Yüzyıl İçin 21 Ders*, (Çev.) SİRAL, Selin, Kolektif Kitap, İstanbul, 2018.
- KANGAL, Zeynel T.: *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KAPANCI, Berk: “Özel Hukuk Perspektifinden Bir Değerlendirme: Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu”, (Ed.) AKSOY RETORNAZ, E. Eylem / GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi: *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 128-140.
- KARA KILIÇARSLAN, Seda: “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2019, Sayı 2, s. 363-389.

- KARAYİĞİT, Samet: *Tüketici Hukuku Kapsamında Mobil Uygulama Son Kullanıcı Lisans Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları*, Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2021.
- KAYNAK BALTA, Büşra: *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser Kavramı ve Yapay Zekâ Ürünleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KIYAK, Emre: “Büyük Veri ve Yapay Zekâ Teknolojileri ile Adım Adım Zeki Uyap (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 22, Sayı 1, s. 79-121.
- KIYAK, Emre: “Kişisel Bilgisayar Donanımı ve Yazılım Kullanım Lisansının Haczi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 25, Sayı 2, s. 49-96. (Lisans Haczi).
- KÖKEN, Enes: “Yapay Zekânın Cezai Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, Cilt 12, Sayı 47, s. 247-286.
- LEROUX, Christophe / LABRUTO, Roberto (Ed): *Suggestion for a green paper on legal issues in robotics*, 2012 (https://www.unipv-lawtech.eu/files/euRobotics-legal-issues-in-robotics-DRAFT_6j6ryjyp.pdf, ET: 12.12.2023).
- MGC LEGAL: OECD (İktisadi İş Birliği ve Gelişme Teşkilatı) Yapay Zekâ Tanımını Güncelledi, 2023 (<https://www.mgc.com.tr/oecd-yapay-zeka-tanimini-guncelledi/>, ET: 13.12.2023).
- OECD: *Recommendation of the Council on OECD Legal Instruments Artificial Intelligence*, 2023.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- ÖZKAN ŞAHİN, Gizem / ŞAHİN, Çağatay: “Yapay Zekalı Varlıklara Elektronik Kişilik Modeli Tanınmasına İlişkin Eurobotics Raporu ve Fikri Mülkiyet Sorunu Bağlamında Meseleye Yaklaşım”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 13, Sayı 1, s. 110-128.
- ÖZKAYA, Pelin / SAMET, Refik: “Yazılım Ürünlerinin Telif Hukuku Kapsamında Korunması”, *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, 2020, Cilt 6, Sayı 1, s. 17-34.
- PERENNOU, Thomas: *State of the Art on Legal Issues*, 2014 (https://ethicaa.greyc.fr/media/files/ethicaa_deliverable.1.pdf, ET: 24.10.2023).
- SEYREK, Ahmet Gökhan: *Gömülü Sistem Nedir?*, 2021 (<https://www.elektrikport.com/universite/gomulu-sistem-nedir/8658#ad-image-0>, ET: 14.12.2023).
- SİRMEN, A. Lâle: *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- SİVRİKAYA, Erkut Ziya: “Sophia Kişi midir?”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2019, Cilt 23, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s. 1253-1263.
- TAYLOR, Charles: *Philosophical Papers: Volume 1, Human Agency and Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.
- TOPALOĞLU, Mustafa: *Bilgisayar Programı Lisans Sözleşmeleri*, (<https://www.mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/bilgisayar-programi-lisans-so-zles-meleri-904.pdf>, ET: 14.12.2023).
- TURING, Alan M.: “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind, A Quarterly Review of Psychology and Philosophy*, 1950, Cilt 59, Sayı 236, s. 433-460.
- TÜBİTAK, “İnsansı Robotlar”, *Bilim ve Teknik Dergisi*, Ocak 2008, s. 46-47.
- TÜRK, Fuat / LÜY, Murat: “Gömülü Sistemler ve Mühendislikte Uygulama Alanları”, *Kırıkkale Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Uluslararası Mühendislik Araştırma ve Geliştirme Dergisi*, 2021, Cilt 13, Sayı 3, s. 256-265.
- YILDIRIM, Ömer: *Bilinç Nedir?*, 2022 (<https://www.felsefe.gen.tr/bilinc-nedir/>, ET: 07.11.2023).
- ZORLUEL, Mustafa: “Yapay Zekâ ve Telif Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, Sayı 142, s. 305-356.

Cinsel Suçlarda Onarıcı Adalet Yaklaşımından Faydalanmak Mümkün mü? (*)



Is it Possible to Benefit from a Restorative Justice Approach in Sexual Offences?

Rahime ERBAŞ



Doktor Öğretim Üyesi

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Cinsel Suçlar,
Mağdur Hakları,
Onarıcı Adalet,
Uzlaştırma,
Faillerin
Rehabilitasyonu,
Avrupa Konseyi,
Türk Ceza Adalet
Sistemi.*

Öz

Cinsel suçlar, mağdur üzerinde bıraktıkları yıkıcı etkileri ve derin psikolojik sonuçları nedeniyle olağan ceza adalet sisteminde dikkatli ve özenli yaklaşılması gereken bir alandır. Cinsel suçlar, bu özellikleri nedeniyle, olağan ceza adalet sisteminin alternatiflerinden olan onarıcı adalet yaklaşımının uygulanmasının uygulanabilirliği açısından daha da dikkatli ve özenli yaklaşılması gereken bir alandır. Bu nedenle her hukuk sisteminde cinsel suçlarda onarıcı adalet uygulamalarına izin verilmemektedir. Keza cinsel suçları onarıcı adalet sisteminden açıkça çıkarmayan hukuk sistemlerinde dahi cinsel suçlar açısından onarıcı adalet ya fiilen hiç uygulanmamakta ya da çok nadir uygulama alanı bulmaktadır. Keza Türk ceza muhakemesi hukukunda da kanun koyucunun Türk hukukundaki onarıcı adalet kurumu olan uzlaştırmanın pratiğini artırma eğilimine rağmen cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, aile içi şiddet ve kadına yönelmiş şiddetteki bazı suçlar ve ısrarlı takip gibi bazı zorlu suç grupları kategorik olarak uzlaştırma dışında tutulmuştur. Çalışmada, ilk olarak, cinsel suçlarda onarıcı adalet yaklaşımının tartışılmasına neden gerek duyulduğu ele alınacaktır. İkinci olarak, bu bağlamda Avrupa Konseyinin 2021 tarihli Tavsiye Kararı'ndaki yaklaşımına yer verilecektir. Sonrasında cinsel suçlarda onarıcı adalet pratiğine karşı çıkan ve böyle bir pratiği destekleyen görüşler özetlenerek ortaya koyulacaktır. Bunlardan sonra, cinsel suçlara onarıcı adalet anlayışı ile yaklaşılmasının mümkün olması ihtimalinde Türk hukuku açısından nasıl bir onarıcı adalet uygulaması dizayn edilmesi ve bu uygulamanın ne şekilde yürütülmesi gerektiğine ilişkin görüşlerimizi ortaya koyacağız.

Keywords

*Sexual Offences,
Victims' Rights,
Restorative Justice,
Victim-Offender
Mediation,
Rehabilitation of
Offenders,
Council of Europe,
Turkish Criminal
Justice System.*

Abstract

Sexual offences stand as a crime category that needs to be approached with significant care and attention in the conventional criminal justice system due to their devastating effects on the victim and their profound psychological consequences. By virtue of these characteristics, sexual offences require much more care and attention when it comes to the restorative justice, which appears as one of the alternatives to the conventional criminal justice system. For this reason, indeed, restorative justice practices in sexual offences are not allowed in every jurisdiction. Likewise, even in the jurisdictions that do not explicitly exclude sexual offences from the restorative justice system, restorative justice process is either not applied de facto at all or is rarely applied in these offences. In a similar vein, in Turkish criminal procedure law, despite the legislature's tendency to increase the practice of victim-offender mediation, some difficult crime categories such as sexual offences, domestic violence and violence against women related offences as well as stalking is categorically excluded. As such, the study chases two main questions. Accordingly, the first question is whether sexual offences can be approached with a restorative justice approach or not. From that point, the study opens up the reasons as to why it is important to discuss the restorative justice approach for sexual offences too. Secondly, it shows the approach of the European Council in the Recommendation of 2021. Then it summarizes the views of both those opposing to the practice of

(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 24.10.2023, Kabul Tarihi: 21.01.2024.

restorative justice in sexual offences or such and those supporting the practice. After that, the study puts forward a set of possible implementation points for restorative justice in sexual offences in Turkish law, i.e., if it is possible to approach sexual offences with a restorative justice approach, and if so, what kind of restorative justice practice should be designed and carried out?

GİRİŞ

“Hiçbir suç mağduru, kendisine karşı o suçu işlemiş faille yüzleştirmeye zorlanamaz, ancak böyle bir yüzleştirmeyi arzu eden hiçbir suç mağduru da geri çevrilemez”¹.

“Cinsel suçlar, onarıcı adalet yaklaşımı ile ele alınamayacak kadar ya ‘aşırı hassas’ ya da ‘oldukça ciddi’ suçlar olarak addedilerek bu suçlarda onarıcı adalet uygulamasına izin verilmez”². Çünkü bu türden ağır bir suç grubu için onarıcı adalet yaklaşımı, “ucuz adalet”³ veya “ikinci kalite adalet”⁴ olarak görülür. Zira bu kabule göre zor suçlarla ilgili topluma güçlü mesajlar, ancak mahkemeler tarafından gönderilebilir⁵. 2006 yılında *Kathleen Daly* tarafından aktarılan bu tespitlerin, son dönemde değişmeye başladığı görülmektedir. Gerçekten bugün uluslararası literatürde *cinsel suç mağdurlarına*⁶ onarıcı adalet programlarının bir seçenek olarak sunulması yönünde yoğun bir destek olduğu görülmektedir⁷. Bu değişim, onarıcı adalet açısından faile, mağdura ve suç türüne göre ayırım yapılmaksızın herkese “eşit erişim” (*equal access*) sağlanması gerektiği kabulünün⁸ de bir sonucudur. Özellikle 2000’li yılların başında Yeni Zelanda’da başlayan, Avustralya, ABD ve İngiltere gibi ülkelere yayılan cinsel suçlara özgülenmiş onarıcı adalet programı olan “*The Restore*”⁹ isimli pilot proje, bunun bir örneğidir¹⁰. Çocuklar ve gençler tarafından işlenen cinsel suçlarda onarıcı adalet tartışmaları ise çok daha önce, 2000’li yılların başında başlamıştır¹¹.

2021 yılında ise Avrupa Konseyinin cinsel suç mahkûmlarının cezalarının infazının yönetimi ve yeniden topluma kazandırılmasına ilişkin 2021(6) sayılı Tavsiye Kararı’nda bir seçenek olarak “belirli şartlar altında” taraf devletlere onarıcı adalet seçeneği önerilmiştir. Buna göre Konsey, mevcut olması ve somut olay bakımından uygunluğunun belirlenmiş olması kaydıyla¹² (Tavsiye Kararı, 33 numaralı

¹ KOSS, Mary P.: “Blame, Shame, and Community: Justice Responses to Violence Against Women”, *The American Psychologist*, 2000, Cilt 55, Sayı 11, s. 1338. *Koss*’un bu sözünü motto olarak ihtiyatlı biçimde de olsa benimseyen ve bizim de buna dikkatimizi çeken çalışma ise MERCER, Vince / STEN MADSEN, Karin / KEENAN, Marie / ZINSTAAG, Estelle: *Doing Restorative Justice in Cases of Sexual Violence: A Practice Guide*, Institute of Criminology, Leuven, 2015, s. 11.

² DALY, Kathleen: “Restorative Justice and Sexual Assault: An Archival Study of Court and Conference Cases”, *The British Journal of Criminology*, 2006, Cilt 46, Sayı 2 (Sexual Assault), s. 334.

³ DALY, *Sexual Assault*, s. 334.

⁴ SINHORETTO, Jacqueline / TONCHE, Juliana: “Restorative Justice for Women’s Rights”, (Ed.) CARLEN, P. / FRANÇA, L. Ayres: *Justice Alternatives*, Routledge, Londra, 2019, s. 230.

⁵ DALY, *Sexual Assault*, s. 335. Karş. SINHORETTO / TONCHE, s. 220-221, ayrıca s. 227.

⁶ Biz bu çalışma boyunca ceza hukuku terimi olarak “cinsel suç mağduru” ifadesini tercih etmekteyiz. Ancak dikkat çekmemiz gerekir ki bugün bu suçun mağdurlarının onarımını da desteklemek için eğitim ve psikoloji alanları başta olmak üzere kriminoloji literatüründe “mağdur (*victim*)” yerine bu kontekste en uygun Türkçe ifade edilebileceğimizi düşündüğümüz “atlatan/atlatmış (*survivor*)” ile İngilizce “*sexual assault survivor*” şeklinde ifade etme eğilimi mevcuttur. Bkz. UNIVERSITY OF GLASGOW: *Supporting a Survivor of Sexual Violence*, (<https://www.gla.ac.uk/myglasgow/sexual-violence-harassment-support/students/#d.en.938892>, ET: 22.01.2024). Bazı çalışmalarda da “mağdur-atlatan (*victim-survivor*)” şeklinde ikili görüyoruz. Bkz. MCGLYNN, Clare / WESTMARLAND, Nicole / GODDEN, Nikki: *Is Restorative Justice Possible in Cases of Sexual Violence?*, Durham University, Durham, 2011, s. 1 vd.

⁷ MARINARI, Angela: *Restorative Justice for Survivors of Sexual Abuse*, Bristol University Press, Bristol, 2020, s. 29.

⁸ İngiltere ve Galler açısından bkz. THE MINISTRY OF JUSTICE: “Restorative Justice Action Plan for the Criminal Justice System for the Period to March 2018”, 2017 (<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a8025bf40f0b62305b89759/rj-action-plan-to-march-2018.pdf>, ET: 16.10.2023).

⁹ Tam açılımı, “*Responsibility and Equity for Sexual Transgressions Offering a Restorative Experience*”. Shirley JÜLICH’in başını çektiği çalışmalara dayanmaktadır. Bkz. JÜLICH, Shirley / BUTTLE, John / CUMMINS, Christine / FREEBORN, Erin V.: *Project Restore: An Exploratory Study of Restorative Justice and Sexual Violence*, Auckland University of Technology, Auckland, 2010. Ayrıca bkz. Project Restore NZ, “Who are We” (<https://www.projectrestore.nz/about-us/>, ET: 22.10.2023).

¹⁰ JÜLICH, Shirley / MCGREGOR, Kim / ANNAN, Jennifer / LANDON, Fiona / MCCARRISON, Dorothy / MCPHILLIPS, Kathryn: “Yes, There is Another Way”, *Canterbury Law Review*, 2011, Cilt 17, Sayı 1, s. 222-228.

¹¹ DALY, *Sexual Assault*, s. 334.

¹² COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS: “Recommendation CM/Rec(2021)6 of the Committee of Ministers to member States regarding the assessment, management and reintegration of persons accused or convicted of a sexual offence - Explanatory Memorandum”, 2021, para. 77, (https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=0900001680a3ce9f, ET: 08.10.2023).

kural) taraf devletlere hem mağdurların ve toplumun desteklenmesi hem de failerin yeniden topluma kazandırılması için onarıcı adalet programlarından yararlanılmasını önermektedir¹³.

İngiltere’de yapılan ampirik bir çalışmada ise hem cinsel suç mağduru olanların hem de olmayanların cinsel suçlarda onarıcı adalete başvurulmasına olumlu baktığı tespit edilmiştir¹⁴. Buna göre tüm katılımcıların %82’si; araştırmaya katılan cinsel suç mağdurlarının %70’i cinsel suçlarda onarıcı adalet yaklaşımının konferans yöntemi ile mağdurların failerle bir araya getirilmesine olumlu bakmaktadırlar¹⁵. Yine aynı araştırmaya göre cinsel suç mağdurlarının %56’sı olağan ceza muhakemesi sürecine ilave bir imkân olarak konferans yönteminden yararlanmak isteyeceklerini belirtirken bu kişilerin %30’u konferans yönteminden, ceza muhakemesi sürecine bir alternatif olarak yararlanmak isteyeceklerini belirtmiştir¹⁶. Bu araştırmayı yapan yazarlara göre bu verilerdeki en ilginç nokta, konferans yönteminden ceza muhakemesi sürecine bir alternatif olarak yararlanmak isteyeceğini belirten mağdurların kendilerine karşı işlenmiş cinsel suçu adli makamlara kendilerinin ihbar etmemiş olmalarıdır¹⁷. Bugün İngiltere, Galler ve İskoçya’da Mağdur Hakları Kanunu’nda, suçların türleri ayırt edilmeksizin, mağdurun onarıcı adalet seçeneğinin olduğu konusunda bilgilendirilme zorunluluğu mevcuttur. Suçu adli makamlara ihbar edenin mağdurun kendisi veya bir başkası olması fark etmeksizin mağdur, onarıcı adalet seçeneği ile ilgili bilgilendirilir¹⁸. Yukarıda bahsedilen ampirik çalışmanın verileri aksini gösterse de uygulamada cinsel suçlarda onarıcı adalette uzlaştırıcıların “sessiz kalmayı” tercih ettiği¹⁹ ve bu suç grubunda onarıcı adalet uygulamasının bahsi geçen hukuk sisteminde oldukça sınırlı olduğu belirtilmektedir^{20,21}.

Türk hukukunda ise onarıcı adalet yaklaşımının *temel kurumu* olan “mağdur-fail uzlaştırması”nın, Türk Ceza Kanunu’ndan (TCK) Ceza Muhakemesi Kanunu’na (CMK) (m. 253-255 arasında) aktarıldığı 2006 yılında, *cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar* uzlaştırma kapsamı dışında tutulmuştur. Esasında hangi suçların uzlaşmaya tabi olduğu gösterildikten sonra ayrıca uzlaşmaya tabi olma ölçütlerine uysa da (şikâyete tabi olma gibi) bazı suç gruplarında uzlaştırmaya izin verilmemiştir²². Bunlardan birisi de TCK m. 102-105 arasında düzenlenen cinsel dokunulmazlığa karşı suç grubudur. Buna göre “Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ve ısrarlı takip suçunda (madde 123/A), uzlaştırma yoluna gidilemez. Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz” (CMK m. 253/3).

Mevzuatımızda bu şekilde temel onarıcı adalet kurumu olan uzlaştırma açısından *cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda* uzlaştırmaya izin verilmediği açıkça belirtilerek (CMK m. 253/3) cinsel suçlarda onarıcı adalet pratiğine ilişkin olumlu ve olumsuz tüm tartışmaların önu kapatılmıştır. Türk hu-

¹³ Cinsel suçlarda onarıcı adalet ile failerin yeniden topluma kazandırılması konusunda bkz. JOYCE-WOJTAS, Niamh / KEENAN, Marie: “Is restorative justice for sexual crime compatible with various criminal justice systems?”, *Contemporary Justice Review*, 2016, Cilt 19, Sayı 1, s. 49-50.

¹⁴ MARSH, Francesca / WAGER, Nadia M.: “Restorative Justice in Cases of Sexual Violence: Exploring the Views of the Public and Survivors”, *Probation Journal*, 2015, Cilt 62, Sayı 4, s. 353-354.

¹⁵ MARSH / WAGER, s. 352.

¹⁶ MARSH / WAGER, s. 352-353.

¹⁷ MARSH / WAGER, s. 353.

¹⁸ THE MINISTRY OF JUSTICE: “Code of Practice for Victims of Crime in England and Wales”, 2020, Right 4: To be referred to services that support victims and have services and support tailored to your needs, s. 17, (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/974376/victims-code-2020.pdf, ET: 06.10.2023). Ayrıca Bkz. MARSH / WAGER, s. 354.

¹⁹ MARSH / WAGER, s. 354.

²⁰ MARSH / WAGER, s. 341.

²¹ İngiltere ve Galler’de belli ölçüde de olsa cinsel suçlarda onarıcı adaletin uygulandığını ancak bu uygulamanın yeknesak biçimde uygulanmadığı ve ortak kılavuzun da mevcut olmadığı eleştirileri için bkz. CAWLEY, Philip Anthony / KEWLEY, Stephanie / BURKE, Lol / WAGER, Nadia: “Restorative Justice for Sexual Violence Offences in England and Wales: The Challenges Ahead”, *Journal of Victimology and Victim Justice*, 2023, Cilt 6, Sayı 2, s. 209, 213-215.

²² Bkz. TANER, Fahri Gökçen: *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 316, 498 ve 561.

kuk öğretisinde sınırlı sayıda yazar tarafından bu yolun kapatılmaması gerektiği savunulmaktadır²³. Cinsel suçlar açısından uzlaştırma kurumunun uygulanmaması, Türk hukukuna özgü bir durum değildir. Birçok hukuk sisteminde bu suç grubunda onarıcı adalet uygulamalarına ya izin verilmemekte ya da izin verilse dahi ihtiyatlı yaklaşmaktadır²⁴. Hatta cinsel suçlar, onarıcı adalet yaklaşımında “*radar bölgesi*” olarak nitelendirilmektedir²⁵. Gerçekten onarıcı adalet yaklaşımı açısından bazı vakalarda ilişki (evlilik içi veya sevgili ilişkisi gibi) içinde de işlenen cinsel suçlar ile aile içi şiddet ve kadına yönelmiş şiddet kapsamında işlenen suçlar, en zor suç gruplarıdır²⁶. Onarıcı adalet yaklaşımının yerleşmesinde bilhassa “Suça ve Adalete Yeni Bir Odaklanma: Lenslerin Değişimi”²⁷ adlı eseriyle başat rol oynamış ABD’li sosyolog ve fotoğrafçı *Howard Zehr*’e göre onarıcı adalet, kural olarak, her suçta mümkündür. Ancak belirttiğimiz suçlar açısından dikkatli ve özenli yaklaşılması gerekir. Çünkü *Zehr*’e göre kriminolojik açıdan, yukarıda belirttiğimiz şekilde ilişki içinde de işlenen bu tür suçlarda şiddet karşımıza çok katmanlı olarak çıkabilir²⁸. İlişki içindeki şiddetin yapısı; (i) tansiyonun gerildiği, (ii) şiddetin uygulandığı ve (iii) barışma dönemini ifade eden balayı dönemi şeklinde sürekli tekrar eden bir döngü olarak 1979 yılında *Lenore Walker*’ın kavramsallaştırdığı “şiddet döngüsü teorisi”²⁹ açısından da düşünülmelidir. Uzlaşma müzakerelerinin, ilişkideki “balayı” evresinde gerçekleştirilip ceza adalet sisteminden çıkıldıktan sonra şiddet döngüsü, diğer evreleri ile devam edebilir. İlişki içinde işlenmiş olmasa da genel olarak cinsel suçların kendine özgü yapısı (mahremiyet içermesi) ve mağdur üzerinde travmatik etkisi ve ikincil mağduriyet başta olmak üzere karmaşık sonuçları nedeniyle³⁰ uzlaştırmadan kaçınılması anlaşılabilir bir durumdur. Özellikle çocukların cinsel istismarı suçunu (TCK m. 103) veya nitelikli cinsel saldırı suçunu (TCK m. 102/2) düşündüğümüzde “onarıcı adalet” fikri oldukça riskli bulunabilir. Zira 765 sayılı TCK dönemindeki “cezaevine girmemek için evlenme uygulamalarının tekrar doğması” endişesi nedeniyle Türk hukuku açısından konu, daha da zorlu bir boyut alabilir.

Karşılaştırmalı hukukta onarıcı adalet programlarının geliştirilerek bazı zorlu suç gruplarının da dâhil edilmesine yönelik gelişmelerde, cinsel suçlarda onarıcı adalet pratiğinin elverişli olup olmadığı, olası işlevleri ve önemine yoğunlaşmaktadır³¹. Keza aynı derecede olmasa da uluslararası literatürde³², aile içi şiddet ve kadına yönelmiş şiddet açısından da benzer bir yoğunlaşma eğilimi gözlemlenmektedir. Esasında cinsel suçlarda onarıcı adalet tartışmaları, aile içi şiddet ve kadına yönelmiş şiddet konularını da kapsayacak biçimde ilerlemiştir. Diğer bir anlatımla cinsel suçlarda onarıcı adalet konu-

²³ ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 56, Sayı 4, s. 157-158; ÇETİNTÜRK, Ekrem: *Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 272-273 ve 326-327; ERTUĞRUL, Hüseyin: “7188 Sayılı Kanun Sonrası Uzlaştırma Kurumu Üzerine Değerlendirmeler”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt 5, Sayı 2, s. 134-135.

²⁴ Bkz. MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 13.

²⁵ KEENAN, Marie / WARD, Tony / ZINSSTAG, Estelle: “The Good Lives Model and Restorative Justice: Combined Potential in Cases of Sexual Violence”, *Journal of Sexual Aggression*, 2022, s. 2.

²⁶ Bkz. HUDSON, Barbara: “Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence”, *Journal of Law and Society*, 1998, Cilt 25, Sayı 2 (Sexual and Racial Violence), s. 247.

²⁷ ZEHR, Howard: *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, 1. Baskı, Herald Press, Pennsylvania, 1990 (Changing Lenses).

²⁸ ZEHR, Howard: “Can restorative justice be applied to any crime?”, *Eastern Mennonite University*, 11 Nisan 2013, 00:29-00:36 (https://www.youtube.com/watch?v=o49R0_OAZiU, ET: 16 Ekim 2023).

²⁹ Dönemlerin İngilizce karşılıkları şu şekildedir: (i) “*tension building phase*”, (ii) “*acute battering incident phase*” (2) ve (iii) “*loving contrition phase*”. Bkz. WALKER, Lenore: *The Battered Woman Syndrome*, 3. Baskı, Springer, New York, 2009, s. 91 vd.).

³⁰ KAZIC, Ena / COROVIC, Rialda: “Is Restorative Justice an Appropriate Legal Remediation for Sexual Violence?”, *Review of European and Comparative Law (RECoL)*, 2019, Cilt 37, s. 65 ve 67; KEENAN / WARD / ZINSSTAG, s. 2.

³¹ Örneğin Avrupa Onarıcı Adalet Forumu’nda yayımlanan güncel bir yazı için bkz. SIDERIDOU, Sofia / VASILEIADOU, Sofia: “Unleashing the Benefits of Restorative Justice for Survivors of Sexual Violence”, 2023 (<https://www.euforumj.org/en/unleashing-benefits-restorative-justice-survivors-sexual-violence>, ET: 16.09.2023); MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 12; MARSH / WAGER, s. 354.

³² Burada “uluslararası literatür” olarak onarıcı adaletle ilgili uluslararası -örneğin Avrupa Onarıcı Adalet Formu (*European Forum for Restorative Justice*) gibi- oluşumların onarıcı adaletle ilgili ulusal hukuk örneklerinin yanı sıra ulusal hukukun üstünde yapılan akademik faaliyetlere işaret edilmektedir. Bkz. <https://www.euforumj.org/en> (ET: 31.12.2023).

sunun cinsiyet temelli ayrımcılıkla gerçekleştirilen kadına yönelmiş şiddet, partner şiddeti ve aile içi şiddet fiilleri ile iç içe geçmiş bir şekilde ele alındığını görüyoruz. Örneğin 2006 yılında *Kathleen Daly*, cinsel suçlarda onarıcı adaletin olası zararlarını özetlerken yararlandığı literatür listesi³³ ve olası faydalarını özetlerken yararlandığı literatür listesi³⁴ incelendiğinde 1990'lı yıllar ile 2000'li yılların başında yayımlanmış bu eserlerin büyük bir kısmının kadına yönelmiş şiddet, partner şiddeti ve aile/ev içi şiddet fiilleri bağlamında onarıcı adalet konusunu ele alan eserler olduğu görülmektedir. Ancak bugün itibarıyla, bu çalışma boyunca da istifade ettiğimiz doğrudan cinsel suçlarda onarıcı adalete yoğunlaşan daha fazla eserle karşılaşmaktayız. Örneğin Avrupa Konseyinin 2021(6) sayılı Tavsiye Kararı'nda da bu konuya yer verilmiştir. Bu güncel gelişmelerin ve çalışmaların Türk hukuku açısından göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Bundan başka onarıcı adalet yaklaşımları da oldukça çeşitlendirilip, derinleştirilmiştir. Bu nedenle "Cinsel suçlarda onarıcı adalet yaklaşımından faydalanılabilir mi?" sorusu, dinamik bir sorudur. Bu dinamiklik karşılaştırmalı hukuktaki çalışmalarda gözlemlenmiştir. Cinsel suçlar gibi zorlu bir suç grubu açısından da onarıcı adalete ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerin yakından takip edilerek kanun koyucu açısından da yeni bir pencere açılabilmesi fikri ile bu çalışmanın yapılması gereği hasıl olmuştur. Gerçekten her ne kadar CMK'da 2006 yılında *cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar* açısından uzlaştırma kabul edilmemiş olsa da gelecekte bu suçlar açısından uzlaştırma kurumunun Türk kanun koyucusu tarafından da yeniden ele alınmayacağı anlamına gelmemektedir. Avrupa Konseyinin bir üyesi olarak Konseyin 2021(6) sayılı Tavsiye Kararı, Türk hukuku için de dikkat edilmesi gereken bir gelişmedir. 2006 yılından günümüze literatürdeki ve uluslararası hukuk metinlerindeki tüm bu gelişmeler karşısında, "Cinsel suçları onarıcı adalet pratiğine neden almalıyız?" yahut "Neden almalıyız?" sorularının, literatür düzeyinde de olsa, yeniden ele alınması Türk hukuku açısından faydalı olacaktır.

Çalışmada bu doğrultuda iki temel soru üzerinden ilerlenecektir. Buna göre birinci soru, cinsel suçlara onarıcı adalet anlayışı ile yaklaşıp yaklaşılamayacağıdır. Bu soru ekseninde ilk olarak cinsel suçlarda onarıcı adalet yaklaşımını tartışmaya neden gerek duyulduğu ve bu bağlamda Avrupa Konseyinin 2021 tarihli Tavsiye Kararı'ndaki yaklaşımı kavrandıktan sonra, cinsel suçlarda onarıcı adalet pratiğine karşı çıkan veya böyle bir pratiği destekleyen görüşler özetlenerek ortaya koyulacaktır. Bu başlık altında ikinci temel sorumuz, cinsel suçlara onarıcı adalet anlayışı ile yaklaşılması mümkün ise nasıl bir onarıcı adalet uygulaması tasarlanması gerektiğidir. Bu çalışma kapsamında bu iki soru çerçevesinde görüşlerimizi ortaya koyacağız.

I. CİNSEL SUÇLARDA ONARICI ADALET YAKLAŞIMI: NEDEN TARTIŞILMALI?

Cinsel suçlar doğası gereği mağdur üzerinde yıkıcı etkileri ve derin psikolojik sonuçları olabilecek bir suç grubu olduğundan bu suç grubu açısından onarıcı adalet yaklaşımını ifade etmek bile birçok ceza hukukçusu tarafından tedirgin edici bulunabilir. Nitekim Türk hukukunda bu suç grubu bakımından uzlaştırmaya en baştan izin verilmeyerek bu tartışmaların önü kanuni çerçevede şimdilik kapatılmış görünmektedir. Yabancı literatürde, bu suç grubu açısından onarıcı adalet yaklaşımının tartışılmasına neden gerek duyulduğunu ve çalışmaların neden artmakta olduğunu, *yedi temel neden* altında tasnif edebiliriz.

Birinci olarak cinsel suçlarda onarıcı adalete karşı çıkılmasına neden olan suç grubunun yıkıcı etkileri, psikolojik sonuçları ve mahremiyet içermesi, bu kez onarıcı adalet yaklaşımına başvurma motivasyonu olmaktadır. Bu suç grubunun sayılan özellikleri -realiteleri nedeniyle- mağdurlar adli makamları bu suçtan haberdar etmemeyi ve hatta adli makamlardan gizlemeyi tercih edebilirler. Bu nedenle cinsel suçların karanlık alanda (siyah sayı) kalma oranı, birçok hukuk sisteminde yüksektir. Adli ma-

³³ DALY, *Sexual Assault*, s. 36.

³⁴ DALY, *Sexual Assault*, s. 38.

kamlara intikal edenlerde de bu suç grubunda rızanın tanımlanması, mağdurun direnmesinin aranması, rıza unsurunun tespitinde mitlerin ve kanıksanmış kök inançların olası tesirleri³⁵, delil elde etme güçlükleri, biyolojik delillerin kaybolması ve çoğu zaman “mağdurun sözüne karşılık failin sözü”³⁶ gibi durumların egemen olması, dava erozyonuna (*attrition*)³⁷ neden olmaktadır³⁸. Türk hukukunda da cinsel suçlarda dava erozyonu yüksektir³⁹. İşte olağan ceza muhakemesinin, cinsel suçların kriminolojik açıdan karanlık sayı olarak kalma oranlarının yüksekliği⁴⁰ ve adli makamlara intikal edenlerde de dava erozyon oranının (*attrition rate*) yüksek oluşu⁴¹, cinsel suç mağdurlarına vaatlerinin daha sınırlı olduğu belirtilmektedir⁴². Hatta bir görüşe göre olağan ceza muhakemesi, cinsel suçları ele almada adeta “acemi” kalmıştır⁴³. Ancak bize göre temelde bunun nedeni, olağan ceza muhakemesinin adil yargılanma hakkı başta olmak üzere temel anayasal hakların şüpheli/sanık açısından temin edilerek “şüpheli/sanık odaklı” bir seyir izlemesidir. Böyle bir yaklaşımla ilerleyen adalet sisteminde mağdurun haklarının ve ihtiyaçlarının kapsamlı biçimde temini, ancak ikincil bir hedef olabilir^{44,45}.

Olağan ceza muhakemesinin mağdurlara vaatlerinin daha sınırlı olması bağlamında *ikinci olarak* ise onarıcı adalet programlarında cinsel suç mağdurlarının haklarının ve ihtiyaçlarının daha fazla dikkate alındığı görüşü gelmektedir. Mağdurun dinlenmesi, faile (şüpheliye veya sanığa) sorular sorabilmesi ve içinde bulunduğu durumun anlaşılması önem arz etmektedir⁴⁶. Özellikle itham sisteminin egemen olduğu ceza muhakemesi sistemlerinde karşılıklı konuşma platformu, mahkemede sanığa ve savcıya verilmektedir. Ayrıca mağdurun olağan muhakeme sürecinde ikincil mağduriyete maruz kalması eleştirilmiştir. Nitekim cinsel suçlarda mağdurların ikincil mağduriyete karşı korunması, Türk hukuku literatüründe de yerleşik bir konudur⁴⁷. Ayrıca Türk hukukunda cinsel saldırı suçunun mağdurları açısından vekilden yararlanma hakkı genişletilmiştir. Örneğin hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde cinsel saldırı suçunun mağdurlarına, kendilerine “avukat görevlendirilmesini isteme” hakkı

³⁵ Türk hukukunda, cinsel suçlara ilişkin Yargıtay kararlarındaki mitlerin olası tesirlerini araştıran güncel bir çalışma için bkz. NASUHOĞLU, Ayla Duygu: *Cinsel Saldırı Suçuna İlişkin Mitlerin Türk Ceza Hukukunda Yargı Kararlarındaki Olası Tesirlerinin Araştırılması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023.

³⁶ BACAŞIZ, Pınar / BAYZİT, Tuğba: “Yargıtay’ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspata Yaklaşımı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayısı, s. 388.

³⁷ İngilizce bir terim olan “*attrition*”, sözcükte zamanla yıpranma/aşınma anlamına gelmek olarak çevrilir. Ancak terimsel anlamı, Birleşik Krallık’ta psikoloji alanında özellikle cinsel suçlar alanında davaların zaman içinde azalarak ilerlemesi ve bu şekilde düşük mahkûmiyet oranları gerçeğini karşılamak için kullanılan bir terimdir. Kriminolojik açıdan “karanlık alan/siyah sayı” fenomeni, Türk ceza hukuku (geniş anlamda) literatüründe de yerleşiktir. Ancak adli makamlara intikal edenlerin akıbetini sorgulayan “*attrition*” terimi, henüz yenisidir. Türkçe’ye biz bunu “dava erozyonu” olarak çevirmeyi ve İngilizce dilinde de “*case erosion*” şeklinde izah etmeyi tercih ediyoruz. Bkz. ERBAŞ, Rahime / CAN, Neslihan / AKDEMİR, Ahsen / ÇAKIRHAN, Selen: “Attrition in Sexual Offences with Evidentiary Challenges: The Example of Türkiye”, (Ed.) ERBAŞ, Rahime: *European Perspectives on Attrition in Sexual Offences*, Lexington Books, Londra, 2023, s. 186. Ayrıca bkz. ERBAŞ, Rahime: “Challenges in Regulating Sexual Offences in Turkey”, (Ed.) ERBAŞ, Rahime: *Global Problems in Sexual Offences*, Lexington Books, Londra, 2022, (Sexual Offences in Turkey), s. 3-24.

³⁸ ERBAŞ, *Sexual Offences in Turkey*, s. 3-4; ERBAŞ / CAN / AKDEMİR / ÇAKIRHAN, s. 186-187.

³⁹ ERBAŞ / CAN / AKDEMİR / ÇAKIRHAN, s. 206.

⁴⁰ KAZIC / COROVIC, s. 73.

⁴¹ MARSH / WAGER, s. 339; JOYCE-WOJTAS / KEENAN, s. 46-47. Bkz. THE EUROPEAN FORUM FOR RESTORATIVE JUSTICE: “Interview with Dr Marie Keenan”, 2020 (<https://www.euforumj.org/en/interview-dr-marie-keenan>, ET: 09.10.2023).

⁴² HUDSON, Barbara: “Restorative Justice and Gendered Violence: Diversion or Effective Justice?”, *British Journal of Criminology*, 2002, Cilt 42, Sayı 3 (Gendered Violence), s. 622; DALY, *Sexual Assault*, s. 334; JOYCE-WOJTAS / KEENAN, s. 43-44; KEENAN, Marie / ZINSSTAG, Estelle: “Introduction: Exploring Restorative Justice in Cases of Sexual Violence”, *Sexual Violence and Restorative Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2022 (Introduction), s. 1-2.

⁴³ DALY, *Sexual Assault*, s. 334.

⁴⁴ JOYCE-WOJTAS / KEENAN, s. 45.

⁴⁵ Mağdurların unutulduğu eşleştirileri için ayrıca bkz. ERBAŞ, Rahime: “Mağdur Katılımlı Bir Ceza Muhakemesi Anlayışına Doğru: ABD Hukukunda Mağdur Haklarının Gelişimi Üzerine Bir İnceleme”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, Cilt 3, Sayı 1, s. 77-78.

⁴⁶ KLAR-CHALAMISH, Carmit / PELEG-KORIAT, Inbal: “From Trauma to Recovery: Restorative Justice Conferencing in Cases of Adult Survivors of Intrafamilial Sexual Offenses”, *Journal of Family Violence*, 2021, Cilt 36, s. 1059 ve bilhassa s. 1064-1065. Ayrıca Bkz. HUDSON, *Sexual and Racial Violence*, s. 242.

⁴⁷ Örneğin bu alandaki güncel çalışmalar için Bkz. ALTAY, Yağmur: *Türkiye’de Cinsel Suç Mağdurlarının Yardım Arama Deneyimleri ve Destek Mekanizmalarına İlişkin Alguları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022; YILDIZ, F. Esra: *Mağdur Vekillerinin Gözünden Cinsel Saldırı Suçunda Delillendirme Problemi ve İkincil Mağduriyet*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023.

tanınmıştır (CMK m. 234/1). Ancak yine de cinsel suç mağdurları açısından adaletin sağlanması açısından sınırlı bir gelişme söz konusudur. Cinsel suç mağdurlarına “onarımın/mağduriyetlerinin giderilmesinin sağlanması” ve “*faillerin de daha fazla sorumluluk üstlenmesi*” ve bu şekilde mağdurlar açısından “*adaletin tecelli etmesi*” için onarıcı adalet çok şey vaat edebilir⁴⁸. İşte tam bu noktada “Cinsel suçlarda da bu yeni perspektife başvurmalı mıyız?” sorusu gündeme gelmektedir. Şayet cevap evet ise o hâlde “Hangi ölçüde ve nasıl başvurmalıyız?” sorusu üzerinde durulmaktadır.

Üçüncü olarak şunu tespit etmekteyiz: Cinsel suçlar gibi zorlu bir suç grubunda da adaletin tecelli etmesinde ve mağdurun hak ve ihtiyaçlarının temininde ve hatta failin tekrar topluma kazandırılmasında, tek bir yola mahkûm olunmamalıdır. Nitekim Alman hukukundaki onarıcı adalet pratiği açısından cinsel suçların tartışılmasında her ihtimalde mağdurlara onarıcı adalet seçeneğinin açık tutulması gerektiği belirtilmektedir⁴⁹. Somut olay bazlı, farklı ve kapsamlı bir onarıcı adalet programı ile başarı elde edilebilir. Bu şekilde cinsel suçlar, hem olağan ceza adalet sistemi hem de onarıcı adalet açısından *hibrit bir yaklaşım* ile ele alınabilir⁵⁰. Hudson’ın dikkat çektiği üzere cinsel suçlar ve bağlantılı olarak cinsiyet temelli ayrımcılıkla işlenen suçlar, onarıcı adaletin Batı literatüründe yaygınlaşmaya başladığı dönemlerden bugüne olağan ceza muhakemesini ikame etme taraftarlarının (*abolitionist theories*) da güçlük yaşadıkları bir suç grubunu oluşturmaktadır⁵¹.

Bu noktada karşımıza *dördüncü neden olarak* onarıcı adalet yaklaşımının dinamik, sürekli geliştirilmekte olan ve çeşitlilik sunan yapısı gelmektedir. Nitekim onarıcı adalet, yöntem olarak olağan ceza adalet sistemine radikal biçimde “eleştirel” yaklaşması; içerik olarak ise *kreatif ve dinamik* bir yapıya sahip olması nedeniyle, *en baştan kategorik yasakları veya kabulleri reddetmektedir*. O hâlde, bu alternatif adalet anlayışından cinsel suçlarda da istifade ederek “Olağan ceza adalet sisteminin yarattığı adalet açıklarını (*justice gap*) kapatabilir miyiz?”, sorusu doğmuştur⁵². Hatta şöyle ifade edilmektedir: Olağan ceza muhakemesi sistemi ve buradaki delil hukuku meseleleri, “*mağdur açısından adalet açıkları; failler için sorumluluk alma açıkları ve herkes için iyileşme açıkları*” oluşturmaktadır⁵³.

Beşinci olarak, cinsel suçtan mahkûm olan kişilerin rehabilitasyonunda onarıcı adalet programlarına da başvurulması faydalı olabilir⁵⁴. Nitekim Avrupa Konseyi de 2021(6) sayılı Tavsiye Kararı’nda cinsel suç işleyen kişilerin cezalarının infazının yönetimi ve yeniden topluma kazandırılmalarında onarıcı adalet programlarının sunulmasını ve mağdur haklarının temininin de sağlanarak kapsamlı bir bakışı açısı ile sürecin yönetilmesini önermektedir⁵⁵. Çünkü onarıcı adaletle en baştan “damgalamanın” önüne geçilmektedir ki bu damgalama bilhassa medya araçlarıyla cinsel suçlarda daha sert olabilmektedir⁵⁶. Onarıcı adaletin gelişiminde başat görülen *Albert Eglash*, bu adalet türünün faillerin rehabilitasyonundaki rolüne henüz 1958 yılında işaret etmiştir⁵⁷. Nitekim onarıcı adalet “uzlaşma” olarak Türk ceza hukukuna girerken faillerin rehabilitasyonuna hizmet edebileceği görüşü, kanun ko-

⁴⁸ KEENAN / ZINSSTAG, *Introduction*, s. 1-2.

⁴⁹ MAGIERA, Kim: “Victim-Offender Mediation in Cases of Sexual Violence Interview with a victim-offender mediator from Germany”, 2023 (<https://www.euforumrj.org/en/victim-offender-mediation-cases-sexual-violence>, ET: 31.12.2023).

⁵⁰ JOYCE-WOJTAS / KEENAN, s. 44, s. 50-51.

⁵¹ HUDSON, *Sexual and Racial Violence*, s. 247, ayrıca s. 241.

⁵² KEENAN / ZINSSTAG, *Introduction* s. 1; MARSH / WAGER, s. 339.

⁵³ KEENAN / WARD / ZINSSTAG, s. 2. Ayrıca Bkz. JOYCE-WOJTAS / KEENAN, s. 44. Ayrıca s. 48-50. Ayrıca bkz. HUDSON, *Sexual and Racial Violence*, s. 242.

⁵⁴ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 12-13.

⁵⁵ ATEŞ SARIDAĞ, Büşra Hazel: “Avrupa Konseyi’nin Cinsel Suçla İtham Edilen veya Mahkûm Edilen Kişilerin Değerlendirilmesi, Yönetimi ve Toplum Kazandırılmalarına İlişkin 2021(6) Sayılı Tavsiye Kararının İncelenmesi”, (Ed.) ERBAŞ, Rahime / ÇAKIRHAN, Selen: *Hukuki ve Kriminolojik Açısından Cinsel Suçlar I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 23, 35-36.

⁵⁶ JOYCE-WOJTAS / KEENAN, s. 49; DALY, Kathleen: “Conventional and Innovative Justice Responses to Sexual Violence”, *Australian Institute of Family Studies*, 2011, Sayı 12 (Conventional and Innovative Justice), s. 26.

⁵⁷ EGLASH, Albert: “Creative Restitution. A Broader Meaning for an Old Term”, *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, 1958, Cilt 48, Sayı 6, s. 620.

yucunun TCK'nın tasarı gerekçesine de yansımıştır⁵⁸. Ayrıca *Joyce-Wojtas ve Keenan*'ın dikkat çektiği⁵⁹ bilhassa medya araçlarıyla cinsel suç faillerinin damgalanması ve bu durumun faillerin rehabilitasyonuna etki etmesi meselesi, yukarıda belirttiğimiz Avrupa Konseyinin Tavsiye Kararı'nda da ele alınmış ve 9. bölüm tamamen “*medya ve iletişim stratejileri*”ne hasredilmiştir⁶⁰.

Onarıcı adaletin, adaletin sağlanması ile ilgili kadim meseleleri çözemeyeceği, fakat bu meselelere yeni bir perspektif sunabileceği kabul edilmektedir⁶¹. Nitekim “*cinsel suç mağdurlarının ve faillerinin yaşadığı manevi, sosyal ve psikolojik tüm sıkıntılara çözüm olabilecek en isabetli tek model (one true model) arayışında olmak, hatalı bir yaklaşımdır*”⁶². Hatta onarıcı adaleti cinsiyet ayrımcılığı temelli suçlar açısından ele aldığı çalışmasında *Barbara Hudson*, onarıcı adaletin kadın veya çocuk mağdurlar için daha fazla umut vaat edip edemeyeceği sorusunun, hâlâ yanıtlanamamış bir soru olduğunu belirtmiştir⁶³.

Altıncı nedeni ise psikolojik bakışın etkisinde tespit etmekteyiz. Buna göre onarıcı adalet yaklaşımı, suçtan sonra ortaya çıkan hem mağdurun hem de failin psikolojik ihtiyaçlarının (örneğin kapanış ihtiyacı)⁶⁴ karşılanmasından doğduğu için cinsel suçlarda onarıcı adalet anlayışını ele alan çalışmalar, yoğunlukla psikoloji perspektifinden doğmaktadır. Psikoloji perspektifinden bakıldığında cinsel suç mahkûmlarının psikolojilerini desteklemek, onları rehabilite etmek ve bu şekilde onları topluma yeniden kazandırmak şeklinde birçok oluşum⁶⁵ mevcut iken cinsel suçların mağdurları için aynı yaklaşımlar mevcut değildir. Uluslararası literatürde “*bilhassa ağır suçların işlenmesinin hemen ardından, suç işleyen kişilerin suç mağdurlarına göre daha kapsamlı terapötik yardım ve destek aldıklarının bildirildiği*”⁶⁶ ifade edilmektedir. Her ne kadar cinsel suç mahkûmlarının rehabilitasyonlarında “terapötik” ve bu şekilde “iyilik hâli” odaklı bir yaklaşım, onarıcı adalette ise “manevi bir onarım (*moral repair*)” ve dolayısıyla “adalet etiği” odaklı bir yaklaşım hâkim olsa da yine de onarıcı adaletten faydalanılabileceği savunulmaktadır⁶⁷.

Yedinci olarak ise cinsel suç failleri ile mağdurlarının sıklıkla birbirlerini tanıyan kimseler olmaları ve belirli ölçüde ve derecede ilişkileri olan kişiler olmalarına işaret edilerek onarıcı adaletle bu ilişkilerin onarılması gerektiği yaklaşımı gelmektedir⁶⁸.

Yukarıda saydıklarımız yabancı literatürdeki gelişmelerin nedenleridir. Türk hukukunda bu suç grubu açısından onarıcı adalet yaklaşımının tartışılmasına neden gerek duyduğumuz nedenini de şöyle açıklayabiliriz: Öncelikle, her ne kadar CMK'da cinsel suçlar bakımından uzlaşma kurumu kabul edilmemiş olsa da, bu konudaki uluslararası literatürdeki gelişmelerin takip edilmesi önemli görülmüştür. Bu amaçla meydana getirilen bu çalışmada, onarıcı adalet yaklaşımı bağlamında cinsel suçların ele alınması ile

⁵⁸ “... Bu nedenle fail-mağdur arasındaki uzlaşma suçun faili bakımından cezanın ‘özel önleme’ fonksiyonuna yardım ettiği gibi mağdurun ve genel olarak kamunun da yararlarının korunmasını sağlar. Fail, uzlaşma ile, işlediği suçun sorumluluğunu kabul edip üstlenerek ve sonuçlarını da gidererek topluma yeniden bütünleşme olanağını elde etmiş olur” (TBMM, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)”, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, ET: 10.10.2023).

⁵⁹ JOYCE-WOJTAS / KEENAN, s. 49.

⁶⁰ Bkz. “Recommendation CM/Rec(2021)6, “IX. Media and Communications Strategy”.

⁶¹ DALY, Kathleen: “Sexual Assault and Restorative Justice”, 2000, s. 27 (https://www.researchgate.net/publication/29452067_Sexual_assault_and_restorative_justice, ET: 04.10.2023).

⁶² KEENAN / WARD / ZINSSTAG, s. 10.

⁶³ HUDSON, *Gendered Violence*, s. 622. Hudson'un bu tespitine işaret ederek dikkatimizi çeken çalışma ise DALY, *Sexual Assault*, s. 334-335.

⁶⁴ Bkz. ZEHR, *Changing Lenses*, s. 32, 44, 47 ve 162.

⁶⁵ Örneğin *Tony Ward* tarafından kurulmuş, “güçlendirme odaklı” ve sadece tedavi değil anlamlı ve iyi bir yaşam modelini sunmayı amaçlayan cinsel suçtan mahkûm olmuş kişilere yönelik hizmet sunan *İyi Yaşamlar Modeli (The Good Lives Model)*. Bkz. *The Good Lives Model* (<https://www.goodlivesmodel.com/>, ET: 05.10.2023). Ayrıca bkz. KEENAN / WARD / ZINSSTAG, s. 4-6. Yine Viyana Merkezli Uluslararası Cinsel Suç Mahkûmlarını Tedavi Etme Derneği (*International Association for the Treatment of Sexual Offenders - IATSO*). Bkz. <https://www.iatso.org/> (ET: 05.10.2023).

⁶⁶ KEENAN / WARD / ZINSSTAG, s. 6.

⁶⁷ KEENAN / WARD / ZINSSTAG, s. 2.

⁶⁸ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 12.

İlgili güncel gelişmelerin Türk hukuku açısından da gösterilmesi hedeflenmiştir. Keza hangi suçların uzlaştırmaya tabi olacağı, Türk hukukunda da statik bir durum değildir. Örneğin uzlaştırma ilk kabul edildiğinde malvarlığına karşı suçlar da kapsam dışında tutulmuştu fakat daha sonraki değişikliklerle malvarlığına karşı işlenen suçlardan bazıları uzlaşma kapsamına alınmıştır. Nitekim Türk hukukunda kanun koyucunun uzlaştırma pratiğini artırma eğilimi mevcuttur. Ayrıca 2005 yılında 5237 sayılı TCK ile cinsel suçlar (dar anlamda olanlar), kamunun adabına değil bireye karşı işlenen suçlar olarak kabul edilmiştir. Başkaca, cinsel suçların birçok formu mevcuttur. Keza çocuklar ve hatta gençler (Türk ceza muhakemesi hukukunda gençler için ayrı bir anlayış olmasa da) tarafından işlenen cinsel suçlarda onarıcı adalet yaklaşımına başvurmak faydalı olabilir⁶⁹. İlaveten onarıcı adalet pratiği ceza adalet sistemine, Türk hukukunun aksine yalnızca soruşturma evresinde (kural olarak) ve kamu davası açmaya yetecek şüpheye ulaşılmamasıyla dâhil edilmesi ile entegre edilmemektedir. Bazı hukuk sistemlerinde onarıcı adalet, mahkûmiyet kararından sonra “denetimli serbestlik” kurumu çerçevesinde sisteme entegre edilmektedir⁷⁰. Diğer bir anlatımla onarıcı adalet, cinsel suçlarda infaz aşamasında “mahkûmiyet sonrası (*post-conviction models of restorative justice*)” olabileceği gibi “mahkûmiyet öncesi (*pre-conviction models of restorative justice*)” olarak da gündeme gelebilir⁷¹. Ayrıca, buna benzer olarak, cinsel suçlar açısından onarıcı adalet yaklaşımlarını, olağan ceza adalet sistemini destekleyici ilave bir katkı olarak da gören bir yaklaşım (*restorative justice as complementary approaches to justice*) mevcuttur⁷². Keza hâlihazırda cinsel suçların (TCK m. 102-105) şikâyete tabi formlarının bazılarının somut cezasının iki yıl veya daha az süreyle hapis cezası olması ihtimalinde, *hapis cezasının ertelenmesi kurumu* (TCK m. 51) veya *hükûmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu* (CMK m. 231) -diğer koşulları da sağlandığında- uygulama alanı bulabilmektedir. Her iki kurumda da mağdurun zararının giderilmesi dikkate alınmakta ise de bunlar daha ziyade malvarlığına ilişkin kaybın giderilmesini ifade etmektedir.

Ayrıca onarıcı adalet yaklaşımının *konferans yöntemi*⁷³, *halka şeklinde toplanma yöntemi* ve Türk hukukunda olduğu gibi daha çok fail ile mağduru yüz yüze buluşturan, *mağdur-fail uzlaştırması* olmak üzere birçok türü mevcuttur. Duruma göre yüz yüze, duruma göre bir topluluk içinde buluşturma fikri, cinsel suçlarda ihtiyatlı yaklaşılması gereken bir durum olabilir. Bu gerekçelerde öncelikle bu çalışmanın başlığında “uzlaştırma” yerine “onarıcı adalet” ifadesi tercih edildi. İkinci olarak onarıcı adaletin tek seçenek olmasından ziyade duruma göre örneğin infaz aşamasında ilave bir imkân olma⁷⁴ olasılığı düşünülerek “faydalanma” fikri esas alındı. Bu nedenle başlık, “Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda onarıcı adalet yaklaşımından faydalanmak mümkün mü?” şeklinde formüle edildi.

Yukarıda sıraladığımız yabancı literatürdeki yedi nedenle/motivasyonla cinsel suçlarda onarıcı adalet yaklaşımının tartışılması gerektiğini savunanların hemfikir olduğu ve ayrıca Konseyin 2021(6) sayılı Tavsiye Kararı'nın da benimsediği üç temel metodolojik bakış açısı tespit etmekteyiz. Buna göre (i) her suç mağduruna böyle bir adalet yaklaşımının mevcut olduğu bilgisi verilerek mağdura seçim hakkı tanınması (ister olağan muhakeme sistemine ilave ister seçenek bir yol olarak kabul edilsin), (ii) her cinsel suçta onarıcı adaletin uygulanamayacağı (somut olay bazlı ilerleme) ve (iii) uygulanmasının uygun bulunduğu hâllerde dahi iyi bir eğitim, altyapı ve gerektiğinde devam eden bir izleme (*follow up*) ile kapsamlı ve hassas bir yaklaşımla inşa edilen iyi bir yapı altında uygulanmasıdır.

⁶⁹ Örneğin bkz. ZEYREK, Ramazan: “Bütüncül Bir Ceza Hukuku Bakış Açısıyla Cinsel Suçların Çocuklar Tarafından İşlenmesinin Ele Alınması”, (Ed.) ERBAŞ, Rahime / ÇAKIRHAN, Selen: *Hukuki ve Kriminolojik Açıldan Cinsel Suçlar I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 125-156.

⁷⁰ Örneğin bkz. Avrupa Konseyi 2021(6) sayılı Tavsiye Kararı'nın denetimi serbestlik biriminin tanımında ayrıca onarıcı adalet faaliyetlerini yerine getirmek ve mağdur haklarının sağlanması için uygun şekilde çalışmak şeklinde bu hususu belirtmiştir. Bkz. “Recommendation CM/Rec(2021)6, “I. Scope and Definitions: Probation agency”. Ayrıca bkz. ATEŞ SARIDAĞ, s. 35.

⁷¹ MARINARI, s. 26-27.

⁷² KEENAN / WARD / ZINSSTAG, s. 2.

⁷³ Konferans yöntemi ile onarıcı adalet programına katılan bir cinsel suç mağduru, “konferansın hayatında bir dönüm noktası olduğunu ve iyilik durumuyla ilgili terapide başaramadıklarını başarmasını sağladığını” bildirmiştir. Bkz. KLAR-CHALAMISH / PELEG-KORIAT, s. 1063.

⁷⁴ Buna İngilizce literatürde “*post-conviction models of restorative justice*” denmektedir. Bkz. MARINARI, s. 26.

Aşağıda cinsel suçlarda onarıcı adalet yaklaşımının kabul edilebilirliğine veya uygulanabilirliğine ilişkin karşıt ve destekleyici görüşleri sırasıyla ortaya koyacağız. Vurgulamamız gerekir ki cinsel suçların yapısı, faili veya mağduru ile alakalı aynı neden/nedenler bazı yazarlar için onarıcı adalete bu suçlarda karşıtlık, bazı yazarlar için de taraftarlık işlevi görebilmektedir⁷⁵. O nedenle bu tartışmanın *diğer önemli belirleyici ayağı*, “onarıcı adalet” yaklaşımının kavramsallaştırılmasına ve uygulanma yöntemlerine (konferans yöntemi ve mağdur-fail uzlaştırması gibi) ve usullerine dayanmaktadır. Onarıcı adaletin kavramsallaştırılması ve usulleri, onarıcı adaletin Batı toplumlarında yer edinmeye başladığı 1990’lı yıllardan günümüze geliştirilmiş, derinleştirilmiş ve en önemlisi çeşitlendirilmiştir. Bu çalışmada en başta “Onarıcı adalet nedir?” şeklinde bir bölüme yer vermemeyi tercih ettik. Zira bir görüşün cinsel suçlarda onarıcı adalete karşıtlığı ve taraftarlığı, ancak o görüşün benimsediği onarıcı adalet anlayışı ile bir arada ele alınarak anlamlandırılabilir⁷⁶. Nitekim *John Braithwaite*’in Türkçe’ye “*yeniden bütünleştirici utandırma*”⁷⁷ olarak çevrilen İngilizce “*reintegrative shaming*” teorisi, cinsel suçlarda onarıcı adalet tartışmalarında sıklıkla temel alınmaktadır. *Braithwaite*’in Asya toplumlarından etkilenecek geliştirdiğini belirttiği⁷⁸ bu teoriye göre Batı toplumlarında geçerli kabul olan, suç işleyen kişilerin damgalanarak dışlanması yaklaşımı yerine, suç işleyen kişinin davranışının yanlışlığına vurgu yaparak kişinin yeniden kazanılması hedeflenir⁷⁹. Esasında yeniden bütünleştirici utandırma teorisi, onarıcı adaletin yol kat etmesinde adeta yakıt işlevi görmüştür^{80,81}.

Bu tartışmanın *bir diğer önemli belirleyici ayağı* ise metodolojik yaklaşımdan kaynaklanmaktadır. Bir tarafta bu suçlara, cinsel suçların yapısı nedeniyle onarıcı adaleti mümkün görmeyenler yer alırken diğer tarafta “Tüm bunlara rağmen bu suçlarda da onarıcı adaletten de neden yararlanmayalım?” şeklinde bir yaklaşım farkı mevcuttur. Buna göre, mağdur haklarına, failerin rehabilitasyonuna ve toplumun menfaatlerine multi-sistemik bir metodolojinin benimsendiği yerlerde onarıcı adalet de katkı sunabilir⁸². “Bu katkıyı neden reddedelim?” sorusu, onlara göre cevapsız kalmaktadır. Ne de olsa olağan ceza adalet sisteminin de mevcut kaygıları her zaman giderdiği söylenememektedir. Hatta *Özbek*’e göre cinsel suç mağdurları aleni bir yargılamada daha fazla zarar görebilirler⁸³. Onarıcı adaleti talep eden mağdura bu seçenek tanınabilmelidir⁸⁴. Bu şekilde “Cinsel suçlarda onarıcı adalet yaklaşımından faydalanılabilir mi?” sorusu, dinamik bir soru olarak var olmaya devam etmektedir.

II. AVRUPA KONSEYİNİN 2021(6) SAYILI TAVSİYE KARARI

2021 yılında Avrupa Konseyi, cinsel dokunulmazlığa karşı suç işleyen kişilerin cezalarının infaz sürecinin yönetilmesine ve bu kişilerin yeniden topluma kazandırılmasına ilişkin bir tavsiye kararı yayımlanmıştır. “*Avrupa Konseyi’nin Cinsel Suçla İtham Edilen veya Mahkûm Edilen Kişilerin Değerlendirilmesi, Yönetimi ve Toplum Kazandırılmalarına İlişkin 2021(6) Sayılı Tavsiye Kararı*”⁸⁵ şeklinde Türk-

⁷⁵ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 10-11. Ayrıca bkz. ÖZBEK, s. 157-158.

⁷⁶ Örneğin *Joyce-Wojtas ve Keenan*’a göre adalet anlayışı, pür hukuki bakışın ötesine geçilerek anlamlandırılmalıdır. Bkz. JOYCE-WOJTAS / KEENAN, s. 50.

⁷⁷ Örneğin bkz. SOYSAL BULGURCU, Hilal: “Damgalama Yaklaşımı ve Onarıcı Adalet Bağlamında Denetimli Serbestlik”, *Olgu Sosyoloji Dergisi*, 2023, Cilt 2, Sayı 1, s. 10-11. Ayrıca bkz. MERCAN, Boran Ali: “Onarıcı Adalet Pratiklerinde Mağdur-Fail Karşılaşması: Duygusal Temsiller karşısında Hakiki Duygulanımlar”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 1, s. 109, dn. 11.

⁷⁸ BRAITHWAITE, John: *Restorative Justice and Responsive Regulation*, 1. Baskı, Oxford University Press, New York, 2002 (Responsive Regulation), s. 74.

⁷⁹ BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, s. 74; BRAITHWAITE, John: *Crime, Shame and Reintegration*, 16. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, s. 2-5; HUDSON, *Sexual and Racial Violence*, s. 249.

⁸⁰ HUDSON, *Sexual and Racial Violence*, s. 249.

⁸¹ *Braithwaite*’in yeniden utandırma teorisi açısından cinsel suç örneği için bkz. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, s. 75-76.

⁸² Bkz. JOYCE-WOJTAS / KEENAN, s. 49-50.

⁸³ ÖZBEK, s. 157-158.

⁸⁴ ÖZBEK, s. 157.

⁸⁵ ATEŞ SARIDAĞ, s. 13-60.

çe'ye çevrilen bu Tavsiye Kararı'nda cinsel suçlarda onarıcı adalet yaklaşımının mümkün olup olmadığı tartışmasında *mümkün olduğu yönündeki* yaklaşım benimsenmiş ve bunun mahkûmların rehabilitasyonuna katkı sunabilecek bir yaklaşım olduğu kabul edilmiştir. Karar'ın açıklayıcı raporundaki şu cümle önemlidir: “*Mağdurların, aydınlatıldıktan sonra verdikleri kararları ile onarıcı adalet programlarına katılmak istemeleri halinde, bu tür programlara erişim kolaylaştırılmalıdır*”⁸⁶.

Tavsiye Kararı'nın “Mağdurların ve Toplumun Desteklenmesi” başlıklı 7. bölümünde dört tane kural (30-33) mevcuttur. Buna göre failin cezaevinden çıkması hâlinde mağdurun bilgilendirilmesi (30. kural); mağdur açısından devam edecek olası mağduriyetin önüne geçebilmek için cezaevi makamları, denetimli serbestlik birimleri, ceza yargılaması makamları ve mağdur destek birimleri ile iş birliği içinde olması (31. kural); toplumsal destek imkânları, uygun olduğu sürece kullanılabilir, ancak denetimli serbestlikteki “denetimi” ikame edemez. (32. kural)⁸⁷. Son olarak bu bölümün onarıcı adalete işaret eden 33. kuralı şöyledir: “*Mevcut olması ve uygunluğunun belirlenmesi kaydıyla onarıcı adalet programlarının doğası, uygunluğu ve kullanılabilirliği hakkında bilgi sağlanarak bu türden onarıcı adalet programlarına katılım kolaylaştırılmalıdır*”.

Tavsiye Kararı'nın Açıklayıcı Raporu'nda 33. kuralın gerekçesinde öncelikle Konseyin Rec (2018)8 numaralı Tavsiye Kararı'na atıf yapmak suretiyle onarıcı adalet şöyle tanımlanmıştır: “*‘onarıcı adalet’, suçtan zarar görenlerin ve bu zarardan sorumlu olanların, özgürce rıza göstermeleri halinde, eğitilmiş ve tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla suçtan kaynaklanan meselelerin çözümüne aktif olarak katılmalarını sağlayan her türlü süreci ifade eder. Genellikle mağdur ile fail arasında (doğrudan veya dolaylı) bir diyalog içeren ve uygun olduğunda, söz konusu suçtan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenen diğer kişileri de kapsayan bir süreci ifade eder*”⁸⁸. Devamında onarıcı adaletin ilgili taraf devlette mevcut olmayabileceği veya somut olay bakımından uygun olmayabileceği vurgulanmıştır. Eğer onarıcı adaletin uygulanması mümkün ise burada da toplumsal cinsiyete dayalı bir bakış açısının dâhil edilmesi ve mağdurun haklarının her şeyden üstün tutulması yüksek önem taşımaktadır⁸⁹. Cinsel suçların hassas yapısı ve ciddiliğine işaret edilerek Konseyin Rec (2018)8 numaralı Tavsiye Kararı'nın “*uzlaştırmacılar, hassas, karmaşık veya ciddi vakalarda onarıcı adalet programını uygulamadan önce deneyim sahibi olmalı ve ileri düzeyde eğitim almış olmalıdır*”⁹⁰ şeklindeki 43. kuralına atıf yapılmıştır⁹¹. Tavsiye Kararı'ndaki diğer önemli nokta şudur: “*Onarıcı adalet kurum (veya kurumlarının) somut olayda uygulanıp uygulanmayacağına karar verecek olan, cinsel suçtan mahkûm olmuş kişi ile ilgilenmekte olan kurumdur ve bu karar verilirken bu kişinin rehabilitasyonu ve denetim süresi açısından uygun bir zamanlama ve bağlam olup olmadığı dikkate alınması gerekir*”⁹².

Cinsel suçlarda mağdurların faillerle yüz yüze gelmesinin yaratacağı riskler dikkate alınarak fakat onarıcı adaletin temel esasları da sağlanarak onarıcı adalet programlarının inşa edilmesi önerilmektedir. Buna göre Tavsiye Kararı'nın açıklayıcı raporunda şu ifadelere yer verilmiştir: “*Onarıcı adalet tipik olarak taraflar arasında bir diyalog olarak karakterize edilirken; çoğu durumda mağdur ile suçu işleyen kişi arasında doğrudan bir diyalog içermeyen programlar, onarıcı adalet ilkelerine sıkı sıkıya bağlı bir şekilde tasarlanabilir ve sunulabilir. Bu programlar, onarıcı adaletin temel esaslarına uygun olarak gerçekleştirildiği takdirde, bir cinsel suçla itham edilen veya böyle bir suçtan mahkûm olmuş kişilerin onarımı, mağdurun*

⁸⁶ “Explanatory Memorandum”, para. 101. Ayrıca bkz. ATEŞ SARIDAĞ, s. 36.

⁸⁷ COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS: “Recommendation CM/Rec(2021)6 of the Committee of Ministers to member States regarding the assessment, management and reintegration of persons accused or convicted of a sexual offence”, 2021, “VII. Victims and Community Support”, (https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=0900001680a4397a, ET: 10.10.2023).

⁸⁸ “Explanatory Memorandum”, para. 98, para. 108. Ayrıca bkz. ATEŞ SARIDAĞ, s. 35-36.

⁸⁹ “Explanatory Memorandum”, para. 99. Ayrıca bkz. ATEŞ SARIDAĞ, s. 36.

⁹⁰ “Recommendation CM/Rec(2021)6, “VI. The operation of restorative justice services”, “43.”.

⁹¹ “Explanatory Memorandum”, para. 108.

⁹² “Explanatory Memorandum”, para. 99. Ayrıca bkz. ATEŞ SARIDAĞ, s. 36.

iyileştirilmesi ve yeniden topluma kazandırılmasına yönelik çeşitli yenilikçi yaklaşımları içerir (cezai uyumsuzluklarda onarıcı adalete ilişkin CM/Rec(2018)8 sayılı Tavsiye Kararınının 59. maddesine bakınız)”⁹³.

Tavsiye Kararı'nın açıklayıcı raporunda sürecin nasıl başlayabileceği ve nasıl devam ettirilebileceği hususunda şu belirlemelerle karşılaşılıyor: “Mağdurlar, aydınlatıldıktan sonra verdikleri kararları ile onarıcı adalet programlarına katılmak istemeleri halinde, bu tür programlara erişim kolaylaştırılmalıdır. Bu tür durumlarda onarıcı adalet programlarına yönlendirme, onarıcı adalet birimleri ve mağdur destek birimlerinin yanı sıra yargı makamları ve ceza adaleti kurumları veya tamamen kendi kendilerine gerçekleştirilebilir. Bu tür programların gerçekleşmesi için, cinsel suçtan mahkûm olmuş kişinin bilgilendirilmesine dayanan katılımı da gereklidir. Eğitimli onarıcı adalet uzmanları tarafından bu tür programlar için bütün tarafların yeterince hazırlanması sağlanmalı ve bu tür programlara katılımın sonuçları, cinsel suçlardan mahkûm olmuş kişilerin yeniden topluma kazandırılması planlarında dikkate alınmalıdır”⁹⁴.

III. KARŞIT GÖRÜŞLER: NEDEN MÜMKÜN OLMAMALI?

Cinsel suçlarda onarıcı adalet pratiğine karşı çıkanlar, esas olarak, cinsel suçların mağdur üzerindeki yıkıcı doğasına ve neticelerine işaret ederler⁹⁵. Buna göre karşıt görüşler ilk olarak kriminolojik ve viktimolojik açıdan bu suç grubunun yapısına, özelliklerine ve mağdur üzerindeki etkilerine dayanmaktadır. Cinsel suçlarda mağdurun cinsel dokunulmazlığının ihlalinin yanı sıra mağdurun mahremiyeti de ihlal edilmiştir. Bu nedenle cinsel suçlar, “hassas suçlardır”⁹⁶. Mağdurun mahremiyeti de ihlal edilmiştir. Mahremiyet, onarıcı adalet yoluyla uzlaşma masasına getirilemez. Ayrıca bu suçlar failin mağdur üzerinde üstün güç kurmasıyla fail ve mağdur arasında güç dengesizliği içerir. Bu suçlarda sıklıkla mağdurlar, faileri tanır ve daha önce aralarında herhangi derecede veya türde ilişkiler mevcut olmuş olabilir. Bu suçların mağdur üzerindeki yıkıcı etkisi nedeniyle mağdurlar kırılabilir. Çoğu durumda mağdurlar suç sonrası travma, kaygı bozukluğu, stres gibi çeşitli psikolojik durumları yaşarlar. En önemlisi de bu kırılabilir mağdurlar sistemden yeterince destek görmezler⁹⁷.

İkinci olarak ise onarıcı adalet programının pratiğinin gerçekleştirilmesi süreci ile ilgili itirazlar ileri sürülmektedir. Burada birincil mesele, mağdurun güvenliğidir⁹⁸. Diğer bir anlatımla, mağdurun fiziksel ve de psikolojik güvenliğinin tehdit edilmesi riskidir. İngiltere’de yapılan bir ampirik çalışmaya katılan cinsel suç mağdurlarının konferans yöntemi ile failerle yüz yüze gelmesini, cinsel suç mağdurları olmayan katılımcılara göre daha az tehlikeli görmüşlerdir⁹⁹. Süreçle bağlantılı olarak mağdurların manipüle edilmesi riski ve mağdur üzerinde baskı kurulması olasılığı temel kaygılardır. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere cinsel suçlar, failin mağdur üzerinde üstün güç kurmasıyla fail ve mağdur arasında güç dengesizliği de içermektedir¹⁰⁰. Cinsel suçların ilişki içinde (partner/eş tarafından işlenmesi) hâlinde 1979 yılında Lenore Walker’ın kavramsallaştırdığı şiddet döngüsü teorisi önem arz etmektedir. Buna göre şiddet döngüsü; (i) eşler/partnerler arasında tansiyonun yükseldiği, (ii) partnere şiddetin uygulandığı ve (iii) barışma dönemini ifade eden balayı dönemi şeklinde sürekli tekrar eden döngüyü ifade etmektedir¹⁰¹. Onarıcı adalet uygulaması ilişkideki “balayı” evresinde gerçekleştirilip ceza adaleti sisteminden çıkıldıktan sonra şiddet döngüsü devam edebilir.

⁹³ “Explanatory Memorandum”, para. 100. Ayrıca bkz. ATEŞ SARIDAĞ, s. 36.

⁹⁴ “Explanatory Memorandum”, para. 101.

⁹⁵ Cinsel suçlar da dâhil olmak üzere ağır suçlar açısından yabancı literatürdeki bu yöndeki tartışmalar için bkz. ÇETİNTÜRK, s. 123-127.

⁹⁶ KAZIC / COROVIC, s. 73.

⁹⁷ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 13.

⁹⁸ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 14, s. 17.

⁹⁹ MARSH / WAGER, s. 354.

¹⁰⁰ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 17.

¹⁰¹ WALKER, s. 91 vd.

Yukarıda sıraladığımız gerekçeler, cinsel suçlarda onarıcı adalet yaklaşımını mümkün görenlerin de paylaştığı kaygılardır. Bu kaygılar, literatürde ağırlıklı olarak makul kaygılar olarak görülmekte ve inkâr edilmemektedir¹⁰². Buna karşılık aşağıda üçüncü ve dördüncü olarak vereceğimiz gerekçeler, daha kaygan bir zeminden doğmaktadır. İlk kaygan zemin, “onarıcı adalet” anlayışı üzerinden, ikincisi ise “cinsiyet temelli ayrımcılıkla mücadeledeki özel alan-kamusal alan tartışması” üzerinden doğmaktadır. Buna göre karşıt görüşlerin onarıcı adalet yaklaşımının bu türden ağır bir suç grubu için “olması gereken adaleti” karşılayıp karşılayamadığı, yani “*ucuz adalet*”¹⁰³ veya “*ikinci kalite adalet*”¹⁰⁴ olduğu fikrine dayanmaktadır. Diyalog fikrine dayanan onarıcı adaletin kendisinin bizatihi diyaloga açık bir adalet anlayışı olduğu savunulmaktadır¹⁰⁵.

Cinsel suçlar, ilişki içinde de işlenen suçlar olduğundan¹⁰⁶ kadına yönelmiş şiddetle mücadele ve cinsiyet temelli ayrımcılıkla işlenen suçlar açısından feminist perspektiften bu suçlarda onarıcı adaletin mümkün kılınması eleştirilmektedir¹⁰⁷. Feminist yaklaşımlara göre temel mesele şudur: Kadınların insan haklarının gelişimi, özel alan-kamusal alan ayrımı nedeniyle her zaman geriden gelmiştir¹⁰⁸. Çünkü insan haklarına ilişkin talepler, genelde kamusal alanda (emniyet birimlerinde, caddelerde veya üniversite kampüslerinde) olan ihlallerden hareketle ilerlemiştir. Ancak kadınların ev gibi özel yaşam alanlarındaki insan hakları ihlalleri, “özel yaşam hakkı” gerekçesiyle uzun süre aile meseleleri veya özel mesele olarak kalmıştır. ABD’de 1970’li yıllarda başlayan feminist hareketlerinin özellikle kadının özel yaşamındaki insan hakları ihlallerinin bir kamusal mesele olarak görülerek daha fazla ceza soruşturmasına konu olmasını sağlamaları açısından rolleri yadsınmamaktadır¹⁰⁹.

Feministlerin bu mücadelesi, kadına yönelmiş şiddette “özel alan-kamusal alan” ayrımına yönelik bir mücadele olmuştur. Bunun üzerine ABD hukukunda aile içi ve kadına yönelmiş şiddette, “mecburi ceza kovuşturması (*mandatory prosecution*)” ve “açılmış davayı düşürmeme politikası (*non-drop policy*)” uzun yıllar tartışılmıştır¹¹⁰. Böyle bir mücadele devam ederken aile içi/ev içi/partnerler arasında gerçekleşen cinsel suçların onarıcı adalet programlarına tabi tutulması, feminist perspektiften uzun yıllar mücadele verilen bu şiddet türünü özel alandan kamusal alana taşıma amacına zarar verebilir. Çünkü onarıcı adaletle bu şiddet türü, yeniden özel alana taşınmış ve yeniden “özel mesele” hâline getirilmiş olmaktadır. Buna ilaveten kadına yönelmiş şiddette “özel alan-kamusal alan” ayrımına ilişkin mücadelenin temel araçlarından, “özel alandaki bu şiddet türünü devletin tolere etmeyeceği”¹¹¹ mesajının topluma verilemeyecek olmasıdır¹¹². Cinsel suçlarda onarıcı adaleti mümkün gören *Marie Keenan* da bu kaygıyı dile getirmiş ve onarıcı adaleti cinsel suçlarda uygularken kadına yönelmiş şiddetin “özel mesele” görülmesine neden olunmaması gerektiğini vurgulamıştır¹¹³.

¹⁰² KAZIC / COROVIC, s. 75; MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 10-11.

¹⁰³ DALY, *Sexual Assault*, s. 334.

¹⁰⁴ SINHORETTO / TONCHE, s. 230.

¹⁰⁵ SINHORETTO / TONCHE, s. 230. Bu eleştiriye dikkatimizi çeken çalışma için bkz. HODGSON, Jodie: *Gender, Power and Restorative Justice: A Feminist Critique*, Palgrave Macmillan Cham, İsviçre, 2022, s. 10.

¹⁰⁶ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 12.

¹⁰⁷ Bkz. HUDSON, *Sexual and Racial Violence*, s. 244-245, ayrıca s. 253-254.

¹⁰⁸ CHARLESWORTH, Hilary / CHINKIN, Christine / WRIGHT, Shelley: “Feminist Approaches to International Law”, *American Journal of International Law*, 1991, Cilt 85, Sayı 4, s. 626. Ayrıca Bkz. ERBAŞ, Rahime: “Effective Criminal Investigations for Women Victims of Domestic Violence: The Approach of the ECtHR”, *Women’s Studies International Forum*, 2021, Cilt 86, s. 4.

¹⁰⁹ HANNA, Cheryl: “No Right to Choose: Mandated Victim Participation in Domestic Violence Prosecutions”, *Harvard Law Review*, 1996, Cilt 109, Sayı 8, s. 1868-1870.

¹¹⁰ Bkz. HANNA, s. 1860, 1869.

¹¹¹ Bkz. HANNA, s. 1864, 1890. Ayrıca bkz. SINHORETTO / TONCHE, s. 219; ERBAŞ, Effective Criminal “Investigations for Women Victims of Domestic Violence”, s. 1, 5 ve 7.

¹¹² SINHORETTO / TONCHE, s. 220. Ayrıca bkz. HODGSON, s. 51.

¹¹³ THE EUROPEAN FORUM FOR RESTORATIVE JUSTICE: “Interview with Dr Marie Keenan”.

Türk hukuku açısından hâlihazırdaki uzlaştırma pratiğinin¹¹⁴ cinsel suçlara onarıcı adalet yaklaşımının sunulmasına engel olarak görülebilir. Ancak Türk hukuku açısından en temel endişe alanı, cinsel suçlarda onarıcı adalet uygulamalarının kamuoyundaki bilindiği adıyla “tecavüzcüsü ile evlenme” durumlarına tekrar imkân verebileceği endişesidir. 2005 yılında ceza hukuku reformu kapsamında yeni TCK’nın izin vermediği 765 sayılı TCK dönemindeki¹¹⁵ cezaevine girmemek için evlenme uygulamalarının¹¹⁶ tekrar doğması endişesi nedeniyle Türk hukuku açısından konu, daha da zorlu bir boyut alabilir. Zira her ne kadar TCK bu türden uygulamalara kesin biçimde izin vermese¹¹⁷ de cinsel suç faillerine mağdurla evlenmeleri hâlinde ceza infaz kurumlarında çıkartılması talepleri, TCK’nın yürürlüğü girdiği 2005 yılından bugüne sık sık kamuoyunun¹¹⁸ gündemine getirilmektedir¹¹⁹.

IV. DESTEKLEYİCİ GÖRÜŞLER: NASIL MÜMKÜN OLMALI?

*“Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların ele alınması etik ödevinde; onarıcı adalet yaklaşımının cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarla ilgili sadece olası değil ayrıca gerekli bir seçenek olarak da görülmesi faydalı olacaktır”*¹²⁰.

Cinsel suçların yapısından ve sonuçlarından kaynaklanan tüm kaygılara rağmen “Bu suçlarda da onarıcı adaletten de neden yararlanmayalım?” şeklinde bir yaklaşım farkı olduğunu belirtmiştik. Buna göre, multi-sistemik bir metodoloji gerektiren¹²¹ mağdur haklarına, faillerin rehabilitasyonuna ve toplumun menfaatlerine onarıcı adalet de katkı sunabilir. Bu katkıyı neden reddedelim? Bu şekilde bu bölümün başlığını karşıt görüşlere ilişkin başlığımızın aksine “neden mümkün olmalı” değil; “nasıl mümkün olmalı” şeklinde ifade etmeyi tercih ettik.

Cinsel suçlar, ilişki içinde de işlenen suçlar olduğundan¹²² geçmişe, mevcut duruma ve geleceğe dair karmaşık problemler içerebilir¹²³. Nitekim bu gerekçe ile yukarıda feminist yaklaşımların bu suçlarda onarıcı adaletle karşı çıktıklarını belirtmiştik. Ancak bir görüş de bu *ilişkiyi onarmak için* onarıcı adaleti fırsat olarak görmektedir¹²⁴. Zira genellikle olağan ceza adalet sisteminde olan fail ve mağdur arasında yakın gelecekte daha güvenli ve daha pozitif bir ilişki olacağını düşünmek zor olduğundan, “güvenlik” hususunun ön plana alınarak mağdur ve fail sürece ayrı ayrı dâhil edilir ve aralarında herhangi bir olası iletişim ihtimali azaltılır. Onarıcı adalette ise söz konusu ilişkiden doğan meseleleri ele almak üzere mağdur ve faili bir araya getirmeye yönelik programlar sunar¹²⁵. *“Ancak, sürecin başarısı için yüksek düzeyde desteğin ve hazırlığın gerekli olduğu düşünülmektedir”*¹²⁶.

¹¹⁴ Bkz. BAKAR, Yunus Emre: *Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Uzlaştırma ve Uzlaştırmaçuların Pratikte Yaşadığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Gedik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2022, s. 121 vd.

¹¹⁵ Bkz. DURSUN, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2014, Cilt 9, Sayı 24, s. 59; ÖZGENÇ, İzzet: “Cinsel Suçlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 24, Sayı 1, s. 272-275; ÖZER, Y. Yeşim: “Türkiye’de Evlilik İçerisinde Tecavüz Suçu Tartışmaları”, *Kadın Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 2, Sayı 11, s. 6-9.

¹¹⁶ 765 sayılı TCK döneminde uygulamaları dönemin Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararları ile ortaya koyan incelemeleri için bkz. ÖZGENÇ, s. 272-274.

¹¹⁷ Bkz. DURSUN, s. 59; ÖZGENÇ, s. 275; ÖZER, s. 9-12.

¹¹⁸ Örneğin bkz. Türkiye Psikiyatri Derneği, “Çocukların Kendilerine Tecavüz Eden Kişilerle Evlendirilmeleri Ağır Bir Çocuk Hakkı İhlalidir”, 24 Aralık 2019 (<https://psikiyatri.org.tr/2106/cocuklarin-kendilerine-tecavuz-eden-kisilerle-evlendirilmeleri-agir-bir-cocuk-ha-ET: 01.012024>); Hürriyet Gazetesi, “Meclis’i karıştıran düzenleme... İstismarcısı ile evlenirse...”, 18 Kasım 2016 (<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/meclisi-karistiran-duzenleme-40281088, ET: 0.01.2024>).

¹¹⁹ ÖZGENÇ, s. 272; ÖZER, s. 12-15.

¹²⁰ KEENAN, Marie / ZINSSTAG, Estelle: “Conclusion: Addressing the Justice Gap: The Potential of Restorative Justice After Sexual Violence”, *Sexual Violence and Restorative Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2022, s. 324.

¹²¹ Çetintürk, bu hususu şu ifadeleri ile oldukça isabetli biçimde dile getirmiştir: “... insan ilişkileri karışıktır. İnsanın varlığının bireysel ve toplumsal yönleri vardır. Bu nedenle tek bir adalet modeli ve amacının düşünülmesi mümkün değildir”. Bkz. ÇETİNTÜRK, s. 60.

¹²² MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 12.

¹²³ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 12.

¹²⁴ Enesest vakalarında yetişkin mağdurlarla yapılan ampirik çalışmada, daha önce katıldıkları onarıcı adalet programını mağdurlar gelecekteki olası aile bağlarına iyi gelen bir süreç olarak nitelendirmişlerdir. Bkz. KLAR-CHALAMISH / PELEG-KORIAT, s. 1062-1063.

¹²⁵ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 12.

¹²⁶ MARSH / WAGER, s. 354.

A. Kriminojen¹²⁷ Riskler ile Onarıcı Adalet Pratiği Risklerinin Ayırt Edilmesi

Cinsel suçlar bakımından onarıcı adalet yaklaşımının güvenli biçimde uygulanabilmesi için öncelikle “risk” konusunun ele alınması gerekmektedir. *Mercer ve diğerleri* tarafından savunulan bu görüşe göre sırasıyla “Riskler nelerdir?”, “Bu riskleri nasıl ölçebiliriz?” ve “Ne şekilde ele alabiliriz?” sorularının sorulması gerekir. İşte tam bu noktada onarıcı adalet yaklaşımının cinsel suçlar bakımından uygulanmasında onarıcı adalet pratiğinin riskleri ile kriminojen risklerin açık bir biçimde ayırt edilmesi önem taşır. Onarıcı adalet pratiğinin riskleri ile kastedilen onarıcı adaletin esaslarından kaynaklanan risklerdir¹²⁸. Örneğin faildeki empati yoksunluğu veya suçun inkârı böyledir. Faildeki bu özelliklerin kriminojen faktörlerle ilgisi zayıf olabilir¹²⁹. Buna karşılık kriminojen riskler ise failin suçu işlemesine veya tekrerrüt etmesine neden olan faktörleri ifade eder¹³⁰. Örneğin genç bir fail tarafından mağdur olarak bir yabancıya veya bir yetişkinin seçilmesi böyledir. Bu kriminojen faktörler ile onarıcı adaletin uygulamasıyla doğabilecek riskler arasında bir neden-sonuç ilişkisi söz konusu değildir¹³¹. Bu ayrıma işaret eden yazarlar şunu vurgulamaktadırlar: Suç işlemeye neden olan faktörlerin (kriminojen) failerin onarıcı adalet görüşmelerine katılım gösterme kabiliyetiyle ilişkili olduğu şeklinde evrensel düzeyde bir karine bulunmamaktadır¹³².

Mercer ve diğerleri, kriminojen risk-onarıcı adalet pratiğinin risklerinin ayırmasına dayanarak cinsel suçlarda onarıcı adalet yaklaşımının uygulanmasında şu noktalara dikkat çekmektedir: Cinsel suçlarla ilgili -örneğin mini etek giyen kadının veya gece erkeklerle alkol alan kadının cinsel saldırıya yol açtığı gibi- toplumlarda kanıksanmış bazı mitler ve basma kalıp inanışlar olabilir. Bunların onarıcı adalet uygulamasına da tesir etmesinin önüne geçilmesi ve delil temelli bir yaklaşımla ilerlenmesi gerekir. İkinci olarak cinsel suçlarda, mağdurun hem fiziksel hem de ruhsal güvenliği tehdit altında olabilir. Bu tehdit sadece onarıcı adalet pratiği sırasında değil, pratikten önce veya sonra da olabilir. Ayrıca faille yüz yüze gelmek mağdurda bazı olumsuz duyguları veya suçla ilgili travmaları tetikleyebilir. Bunun aşılması için onarıcı adaleti uygulayanların (uzlaştırmacının) mağduru dikkatlice incelemesi ve ikincil mağduriyet riski potansiyeli var ise onarıcı adalet uygulaması sırasında uzmanın eşlik etmesini sağlaması veya bu uygulama öncesinde mağduru psikolojik yardım alması için teşvik etmesi gerektiği belirtilmektedir¹³³. Üçüncü olarak suç işlenmesinin mağdur ve mağdurun yakın çevresini de derece derece etkilediği hâllerde cinsel suç mağdurunun yakın çevresi, onarıcı adalet uygulamasını onaylamayabilir veya bu konuda mağdura destek olmayabilir ve mağdur bu konuda yalnız kalabilir. Bunu aşmak için de en baştan derece derece mağdurun çevresindeki kişiler bilgi sahibi kılınarak desteklerinin alınması sağlanabilir¹³⁴.

B. Cinsel Suçlarda Onarıcı Adalet Programının Olağan Ceza Adalet Sistemi ile İlişkisi

Onarıcı adalet programlarının olağan ceza adalet sistemi (muhakeme evreleri ve infaz aşaması dâhil olmak üzere) ile ilişkisinin tesisi, ülkelerin ceza muhakemesi sistemlerinin itham-tahkik spekt-rumunda nerede yer aldığı ile de ilgilidir¹³⁵. Onarıcı adalet, tarihsel olarak, itham sistemine daha yakın olan ceza muhakemesi sistemlerinin olduğu ülkelerden, tahkik sistemine daha yakın olan ceza muha-

¹²⁷ “Kriminojen” sözcüğü, İngilizce kriminoloji literatüründeki “*criminogenic*”; Fransızca kriminoloji literatüründeki “*criminogènes*” teriminin Türkçe kriminoloji literatüründeki yaygın kullanımudur. Bu çalışmada da bu Türkçe çeviri benimsenmiştir. Bkz. TANER, Tahir: “İkinci Milletlerarası Kriminoloji Kongresi (Paris 10-19 Eylül 1950)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1951, Cilt 17 Sayı 3-4, s. 504 vd.; PINATEL, Jean: “Kriminolojinin Ana Meseleleri”, (Çev.) APAY, Saim, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1955, Cilt 12 Sayı 3, s. 157-159; YÜCE, Mustafa Tören: “Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi”, *Çankaya Üniversitesi Gündem*, 2008, Sayı 28, s. 82-83.

¹²⁸ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 13; KAZIC / COROVIC, s. 75.

¹²⁹ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 14.

¹³⁰ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 13; KAZIC / COROVIC, s. 75.

¹³¹ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 14.

¹³² MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 13.

¹³³ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 14.

¹³⁴ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 15.

¹³⁵ JOYCE-WOJTAS / KEENAN, s. 44.

kemesi sistemlerine doğru bir gelişim rotası izlemiştir¹³⁶. Bu nedenle sistem önerileri, genellikle, itham ağırlıklı ceza muhakemesi anlayışları ile daha uyumlu olabilir. Ancak yine de biz aşağıda sıraladığımız seçim noktaları işlevi görebilecek bazı tutamak noktaları belirledik. Farklı bir anlatımla cinsel suçlar; hassas, karmaşık ve ciddi bir suç grubunu ifade ettiğinden bu suç grubunda onarıcı adaletten faydalanılabilmesi için kanun koyucunun bir dizi seçim yapması gerekmektedir.

1. Seçim: Mahkûmiyet Hükümü Öncesi/Mahkûmiyet Hükümü Sonrası

Onarıcı adalet programları ceza adalet sistemine birçok noktadan entegre edilebilir¹³⁷. Örneğin Türk hukukunda bu evre, kural olarak, soruşturma; bazı istisnai hâllerde kovuşturma evresi olarak belirlenmiştir. Bazı hukuk sistemlerinde ise bu entegre noktası, infaz aşaması olarak belirlenmiştir. Cinsel suçlarla ilgili onarıcı adalet programlarının sisteme dâhil edilmesi ise bir görüşe göre her aşamada mümkündür¹³⁸. Genellikle cinsel suçlar söz konusu olduğunda onarıcı adalet infaz aşamasında “mahkûmiyet sonrası (*post-conviction models of restorative justice*)” olabileceği gibi “mahkûmiyet öncesi (*pre-conviction models of restorative justice*)” olabileceği belirtilmektedir¹³⁹. Kanaatimizce çalışmanın “Karşıt Görüşler: Neden Mümkün Olmamalı?” başlığında tartıştığımız üzere cinsel suçların ciddiyeti ve hassasiyeti nedeniyle olağan ceza muhakemesinin aşamaları tüketilmesi zorunludur. Bu nedenle onarıcı adaletin cinsel suçlarda mahkûmiyet sonrası uygulanması daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Mahkûmiyet sonrasında da mağdur haklarının dikkate alınması, nitekim Türk hukukuna yabancı bir uygulama değildir. 647 sayılı ve 13.07.1965 tarihli mülga Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'da koşullu (şartlı) salıvermeden yararlanma şartlarına, mağdurun zararını giderme eklenebilmekte idi. Mülga Kanun'un 19. maddesinin son cümlesinde şu ifadeye yer verilmişti: “*Şartla salıverme, hükümlünün iktidarı nispetinde şahsi hakları tazmin etmesi şartına talik edilebilir*”. 5275 sayılı ve 13.12.2004 tarihli Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da koşullu salıvermeyi düzenleyen 107. maddede bu şart aranmamıştır.

Nitekim hâlihazırda cinsel suçların (TCK m. 102-105) şikâyete tabi formlarının bazılarının somut cezası, iki yıl veya daha az süreyle hapis cezası olması ihtimalinde hapis cezasının ertelenmesi kurumu (TCK m. 51) ile diğer koşullar da sağlandığında ertelenebilir. Özellikle cinsel saldırı suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması (m. 102/1-2. cümle), reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şekli (m. 104/1) ve cinsel taciz suçu (m. 105) böyledir. Hapis cezasının ertelenmesi kurumunda mağdurun zararının giderilmesi dikkate alınmaktadır¹⁴⁰. Ancak bunlar daha ziyade malvarlığına ilişkin kaybın giderilmesini ifade etmektedir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu (CMK m. 231) da somut cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis cezası olması hâlinde gündeme gelebilir. Her ne kadar burada uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı tutulmuşsa da bu uzlaşmanın başarısız olması ihtimalinde kurumun uygulanacağı anlamına gelmektedir. Diğer bir anlatımla, uzlaştırılmaya izin verilmeyen cinsel suçlar açısından zaten uzlaştırma süreci işletilmeden, uyuşmazlık kamu davasına dönüşebilmekte ve somut cezasının uygun olması durumunda kişinin hükmünün açıklanması geri bırakılmaktadır. Bu kurumda da mağdurun zararının giderilmesi dikkate alınmaktadır¹⁴¹. Ancak ertelemeye olduğu gibi burada da bunlar daha ziyade malvarlığına ilişkin kaybın giderilmesini ifade etmektedir. Kanaatimizce her iki kurum da cinsel suç mağdurlarının hakları ve ihtiyaçlarına yönelik yeniden yapılandırılabilir.

¹³⁶ Bu rota için bkz. VAN NESS, Daniel W. / HEETDERKS STRONG, Karen: “A Brief History of Restorative Justice: The Development of a New Pattern of Thinking”, (Ed.) VAN NESS, Daniel W. / HEETDERKS STRONG, Karen: *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, 5. Baskı, Routledge, Abingdon, Oxfordshire, 2015, s. 28.

¹³⁷ Örneğin İngiltere ve Galler'de böyledir. Bkz. THE CROWN PROSECUTION SERVICE: “Restorative Justice”, 2023 (<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/restorative-justice, ET: 10.10.2023>).

¹³⁸ JOYCE-WOJTAS / KEENAN, s. 60.

¹³⁹ MARINARI, s. 26-27.

¹⁴⁰ TCK m. 51/2: “*Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir*”.

¹⁴¹ CMK m. 231/6-c: “*Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir*”.

2. Seçim: Ceza Adalet Sistemine Alternatif/Hibrit

Onarıcı adalet programları, birinci yol olarak olağan ceza adalet sistemini ikame edecek şekilde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi şeklinde planlanabilir. İkinci yol olarak ise olağan ceza adalet sistemini ikame etmez; yalnızca mağdurların haklarının ve ihtiyaçlarının daha kapsamlı biçimde sağlanabilmesi ile failerin rehabilitasyonunu desteklemek amacıyla “tali” bir yol olarak benimsenebilir¹⁴². Bu şekilde *hibrit bir uygulama* benimsenir¹⁴³. Bu, bir nevi “menü” sunmaya benzemektedir¹⁴⁴.

3. Seçim: Genel Hüküm/Somut Olay Bazlı İlerleme

Cinsel suçlarda onarıcı adalet uygulamasına karşıt olanların ve destekleyenlerin (sözü geçen Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı dâhil) hemfikir oldukları bir nokta vardır: Onarıcı adalet, bu suç grubunda her somut olay için uygun olmayabilir. O nedenle somut olay bazlı ilerlenmelidir¹⁴⁵. Ancak somut olaya uygunluk incelemesi kolay olmayabilir. *Mercer ve diğerlerine* göre bu kendi içinde şöyle bir dilemma içermektedir: Onarıcı adalet özünde uyuşmazlığın taraflarını (mağdur/fail/toplum) uyuşmazlık çözümünün merkezine almayı hedefleyen bir adalet anlayışı iken cinsel suçlar söz konusu olduğunda onarıcı adaletin suça uygunluğunu belirlemeyi dışarıdan bir uzman/yetkili yapmaktadır. Bu şekilde bu kişinin değerlendirmesi ile uyuşmazlığın çözümü gerçek sahiplerinin dışında en başta belirlenmiş olmaktadır. Bu dilemma aşılabılır ise somut olayda onarıcı adaletin suça uygunluğunun belirlenmesinde çeşitli ölçütlerin dikkate alınması ile ilerlenebilir. Buna göre failin uygunluğunun, mağdurun uygunluğunun ve somut olaydaki cinsel suçun (unsurları veya işleniş şekli) uygunluğunun belirlenmesi gerekir. Örneğin fail ile mağdur arasındaki açık ara güç dengesizliği, uzlaştırımacı açılarından yönetilebilir olmayabilir. Yahut da failden kaynaklanabilir; failin pişmanlık duymaması veya suça ilişkin sorumluluğunu inkâr etmesi durumları böyledir. Yahut da mağdurun zaman içinde küçük adımlarla bir nevi uşaklaştırılarak uzun bir döneme yayılarak cinsel suça maruz bırakıldığı (*grooming*) hâlde onarıcı adalet yaklaşımı uygun olmayabilir¹⁴⁶.

“Bu değerlendirme resmî mi gayri resmî mi olmalı?” sorusu da *Mercer ve diğerleri* tarafından tartışılmıştır. Cinsel suçlarda onarıcı adalet pratiğinin yeni yeni yükselmekte olduğu, bu nedenle henüz teatüller yeterince oluşmadığından resmî formlara dönüştürmek için erken olduğu görüşünü benimsemektedirler¹⁴⁷. İngiltere ve Galler’de yapılan bir ampirik çalışmada cinsel suçlarda onarıcı adalet uygulamasında ülke genelinde bir standardizasyon sağlanamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁴⁸. Ancak cinsel suçtan mahkûm olan kişilerle ilgili sıklıkla cezaevi koşullarında risk değerlendirmeleri yapılır. Bunlardan da belirleme sırasında istifade edilebilir. Nitekim aşağıda bağımsız bir başlıkta ele alacağımız Avrupa Konseyinin cinsel suçtan mahkûm olanlarla ilgili 2021(6) sayılı Tavsiye Kararı’nın 33. kuralında onarıcı adaletin ilgili taraf devlette mevcut olması ve somut olayda uygunluğunun belirlenmesi ve tarafların bunlarla ilgili bilgilendirilmesi kaydıyla olacağı belirtilmiştir. Tavsiye Kararı’nın açıklayıcı raporunda somut olayda onarıcı adaletin “*uygulanıp uygulanmayacağına karar verecek olan, cinsel suçtan mahkûm olmuş kişi ile ilgilenmekte olan kurumdur*”¹⁴⁹. Burada ilgili kurumun “takdir hakkının” olduğu belirtilmektedir¹⁵⁰. Ayrıca bu belirleme yapılırken “*kişinin rehabilitasyonu ve denetim süresi açısından uygun bir zamanlama ve bağlam olup olmadığının dikkate alınması gerekir*”¹⁵¹.

¹⁴² ÇETİNTÜRK, s. 272-273.

¹⁴³ JOYCE-WOJTAS / KEENAN, s. 50-51.

¹⁴⁴ DALY, *Conventional and Innovative Justice*, s. 26; JOYCE-WOJTAS / KEENAN, s. 61.

¹⁴⁵ KAZIC / COROVIC, s. 81.

¹⁴⁶ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 20.

¹⁴⁷ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 21.

¹⁴⁸ CAWLEY / KEWLEY / BURKE / WAGER, s. 215-216.

¹⁴⁹ “Explanatory Memorandum”, para. 99. Ayrıca bkz. ATEŞ SARIDAĞ, s. 36.

¹⁵⁰ “Explanatory Memorandum”, para. 99. Ayrıca bkz. ATEŞ SARIDAĞ, s. 36.

¹⁵¹ “Explanatory Memorandum”, para. 99. Ayrıca bkz. ATEŞ SARIDAĞ, s. 36.

4. Seçim: Zorunlu Yol/Seçimlik Bir Yol

Cinsel suçlarda onarıcı adalet uygulaması, zorunlu olmamalıdır. Ancak seçimlik bir yol olarak uygulanabilir¹⁵². Nitekim İstanbul Sözleşmesi'nin 48. maddesinde, içlerinde cinsel suçların ve kadına yönelmiş şiddetin de bulunduğu suçlar (m. 33-42) için uzlaştırma veya herhangi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi de dâhil olmak üzere *mevcuri onarıcı adalet uygulamaları yasaklanmaktadır*¹⁵³. Örneğin İngiltere'de yapılan bir ampirik çalışmada, çalışmaya katılan cinsel suç mağdurları, cinsel suç mağdurlarına onarıcı adalete başvurma seçeneği sunulması ancak sürece katılmaları için baskı yapılmaması gerektiği görüşünü desteklemektedir¹⁵⁴.

5. Seçim: Tarafların İradesi

Onarıcı adaletin cinsel suçlarda seçimlik olarak öngörülmesinin en önemli sonucu ise tarafların iradesi ile mümkün olmasıdır¹⁵⁵. Hatta taraflar arasında da mağdura öncelik verilmekte ve mağdur tarafından başlatılması gerektiği belirtilmektedir. Eğer süreci başlatan fail olursa zaten doğasında mağdur aleyhine güç dengesizliği barındıran cinsel suçlarda tekrar faile mağduru kontrol ettiği yönünde bir duygu/izlenim verebilir¹⁵⁶. Avrupa Konseyinin 2021(6) sayılı Tavsiye Kararı'nda -ki bu Karar cinsel suç mahkûmlarının rehabilitasyonu ile ilgilidir- onarıcı adalet girişimi söz konusu olacak ise mağdur haklarının üstün tutulması gerektiği belirtilmektedir. Yine Tavsiye Kararı'na göre tarafların onarıcı adalete ilişkin kararlarını, aydınlatıldıktan/bilgilendirildikten sonra vermiş olmaları gerekir.

6. Seçim: Çocuklar/Yetişkinler Tarafından İşlenen Cinsel Suçlar

Yaş grubuna göre de kanun koyucu bir tercih yapabilir. Çocuklar tarafından işlenen cinsel suçlarda onarıcı adalet ile yetişkinler tarafından işlenen cinsel suçlarda onarıcı adaleti ayırarak ele alabilir. Çocuklar ve gençler tarafından işlenen cinsel suçlarda onarıcı adalet tartışmaları, 2000'li yılların başında çoktan başlamıştır¹⁵⁷. İnfaz Kanunu'nda koşullu salıvermede cinsel suçlarda yetişkin failer ile suça sürüklenen çocuklar farklı ele alınarak çocuklar açısından koşullar daha farklı tutulmuştur. Buna göre m. 107/2-e'de "*cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan (madde 102, 103, 104 ve 105) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar*" bakımından koşullu salıverme için infaz kurumunda iyi hâlli olarak geçirilmesi gereken süre "üçte iki" olarak kabul edilmiştir. Bu süre, yetişkinler bakımından "dörtte üç"tür¹⁵⁸. Çocuklar tarafından işlenen cinsel suçlarda onarıcı adalete, çocukların topluma yeniden kazandırılabilmesi amacıyla kapı aralanabilir.

7. Seçim: Onarıcı Adalet Uygulama Türü

Onarıcı adalet yaklaşımının *konferans yöntemi*¹⁵⁹, *halka şeklinde toplanma yöntemi* ve Türk hukukunda olduğu gibi daha çok fail ile mağdurunu yüz yüze buluşturan, *mağdur-fail uzlaştırması* olmak

¹⁵² KAZIC / COROVIC, s. 80.

¹⁵³ COUNCIL OF EUROPE: "Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence", Council of Europe Treaty Series, İstanbul, 2011, s. 13, (<https://rm.coe.int/168008482e>, ET: 16.10.2023).

¹⁵⁴ MARSH / WAGER, s. 354.

¹⁵⁵ Ayrıca Bkz. JOYCE-WOJTAS / KEENAN, s. 60.

¹⁵⁶ MERCER / STEN MADSEN / KEENAN / ZINSTAAG, s. 22.

¹⁵⁷ DALY, *Sexual Assault*, s. 334.

¹⁵⁸ Yetişkinler bakımından ise 108/9 hükmü şöyledir: "*Birinci fıkradaki koşullu salıverme süreleri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanır. (Ek cümle: 14/4/2020-7242/49 md.) Ancak, süreli hapis cezaları bakımından koşullu salıverilme oranı, dörtte üç olarak uygulanır. 188 inci madde hariç olmak üzere bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir*".

¹⁵⁹ Konferans yöntemi ile onarıcı adalet programına katılan bir cinsel suç mağduru, "konferansın hayatında bir dönüm noktası olduğunu ve iyilik durumuyla ilgili terapide başaramadıklarını başarmasını sağladığını" bildirmiştir. Bkz. KLAR-CHALAMISH / PELEG-KORIAT, s. 1063.

üzere birçok türü mevcuttur. Onarıcı adalet, Anglo-Sakson ülkelerinde genellikle “aile grup konferansları” veya “toplum konferansları” şeklinde uygulanırken Kıta Avrupası ülkelerinde onarıcı adaletin “mağdur-fail uzlaşması (*victim-offender mediation*)” ve “cezai uzlaşma (*penal mediation*)” şeklinde uygulandığı belirtilmektedir¹⁶⁰. Bu çalışmada da yer verilen birçok çalışma Anglo-Sakson ülkelerinde yapılmış çalışmalar olduğundan sıklıkla konferans yöntemi üzerinden konuyu ele almaktadır. Duruma göre yüz yüze, duruma göre bir topluluk içinde buluşturma fikri, cinsel suçlarda ihtiyatlı yaklaşılması gereken bir durum olabilir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Olağan ceza muhakemesi sistemi, adil yargılanma hakkı başta olmak üzere temel anayasal hakların şüpheli/sanık açısından temin edilerek “şüpheli/sanık odaklı” bir seyir izlemektedir. Böyle bir yaklaşımla ilerleyen adalet sisteminde kapsamlı biçimde mağdurların haklarının ve ihtiyaçlarının temini, ancak ikincil bir hedef olabilmektedir. Yine de cinsel suçlarda mağdurların daha kırılğan olması nedeniyle daha kapsamlı biçimde mağdur haklarının sağlanmasına yönelik bir eğilim mevcuttur. Ancak mağdurların ve hatta failerin suçtan kaynaklanan ihtiyaçlarını gidermeye ve onların suç öncesinde olduğu gibi yaşamlarını sürdürebilmeleri için tek bir sistem ve yaklaşımla ilerlemek yeterli olamamaktadır. Farklı bir anlatımla mağdur haklarına, failerin rehabilitasyonuna ve toplumun menfaatlerine multi-sistemik bir metodoloji ile yaklaşılması gerekliliği bugün kaçınılmaz olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte bu noktada onarıcı adalet programlarının da sürece katkı sunabileceği fikri doğmaktadır.

Onarıcı adalet seçeneği; bir fail, bir mağdur veya bir suç türü için bir kere tanınmış ise diğer failer, diğer mağdurlar veya diğer suç türleri için tanınması gerekir. Nitekim onarıcı adaletin yürütülmesindeki temel ilkelerden birisi, herkesin eşit şekilde erişim hakkına sahip olmasıdır. Diğer bir anlatımla failer, mağdurlar ve suçların türleri ayırt edilmeksizin herkese onarıcı adalet programlarının sağladığı imkânların sunumunda “eşit erişim” ilkesi benimsenmelidir. Diğer taraftan cinsel suçlar, onarıcı adalet yaklaşımı için de zorlu bir alanı ifade eder. Dikkatli ve özenli yaklaşılması gereken bir alandır. Nitekim cinsel suçları onarıcı adalet sisteminden açıkça çıkarmayan hukuk sistemlerinde dahi cinsel suçlar açısından onarıcı adalet ya hiç uygulanmamakta ya da çok nadir uygulama alanı bulmaktadır. Keza Türk ceza muhakemesi hukukunda da kanun koyucunun uzlaştırma pratiğini artırma eğilimine rağmen cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddetteki bazı suçlar ve ısrarlı takip gibi bazı zorlu suç grupları kategorik olarak dışarda tutulmuştur¹⁶¹.

Bu çalışma boyunca cinsel suçların ciddiyeti, hassasiyeti, zorluğu ve karmaşıklığı ile bu suç türünde onarıcı adaletle ilgili tüm kaygılar dikkate alınarak şu soru ekseninde ilerlenmiştir: Cinsel suçlarda onarıcı adalet yaklaşımından faydalanılabilir mi? Gerçekten, onarıcı adalet programlarının cinsel suçlardaki katkılarını görmezden gelebilir miyiz? Nihayetinde olağan ceza adalet sistemi de mevcut bu kaygıları her zaman gidermemekte ve ikincil mağduriyet başta olmak üzere cinsel suç mağdurları birçok olumsuz deneyim de yaşayabilmektedir.

O hâlde mesele, cinsel suçlarda onarıcı adalet yaklaşımını ne şekilde ve hangi şartlarla uygulayacağımızla ilgilidir. Nitekim bu alanlarda da onarıcı adaletin kabul edilmesinde teorik olarak bir engel bulunmamaktadır. Bunu uçak örneğine benzetebiliriz. İnsan için bir yerden başka bir yere uçmak suretiyle seyahat etmek, insanın biyolojik ve fiziki gerçekliğine aykırıdır. Ancak yüksek teknoloji ile tasarlanarak meydana getirilen bir araç yardımı ile insanlar da farklı türden bir uçuş fiili ile bir yerden başka bir yere kara yolu veya deniz yoluna göre daha hızlı seyahat edebilmektedir. Bu şekilde bir hiz-

¹⁶⁰ Bkz. THE EUROPEAN FORUM FOR RESTORATIVE JUSTICE: “The Idea of Restorative Justice and How it Developed in Europe”, s. 3, ayrıca Türkiye’ye de yer verdiği kısım için s. 4 (https://www.euforumj.org/sites/default/files/2020-01/the_idea_of_restorative_justice_and_how_it_developed_in_europe.pdf, ET: 16.09.2023).

¹⁶¹ Türk hukuku açısından da konuyu ele alan bir çalışma için bkz. ÇAKIRHAN, Selen: “Kadına Yönelik Şiddette Uzlaştırma Mümkün Olabilir mi?: Alternatif Bir Uzlaştırma Modeli Olarak Brezilya Örneği”, (Ed.) ERBAŞ, Rahime: *Ceza Hukuku Perspektifinden Kadına Yönelmiş Şiddetle Mücadele*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 79-104.

met olarak bir ihtiyaç giderimi söz konusudur. Cinsel suçlar açısından da onarıcı adalet, ilk bakışta cinsel suçların yapısına, özelliklerine ve sonuçlarına çok aykırı gelebilir. Hatta gerçekten aykırı olabilir. Ancak iyi tasarlanan bir sistemle bu mümkün kılınabilir. Keza cinsel suçlar açısından onarıcı adalet uygulaması, pür onarıcı adalet veya klasik anlamda onarıcı adalet esası üzerine inşa edilmek zorunda da değildir. Mağdurların, failerin ve toplumun suçtan doğan ihtiyaçları giderilebilir ve olağan ceza muhakemesi sisteminin açıkları kapatılabilir. Cinsel suçlarla ilgili zorlukları ve kaygıları reddederek değil, bunların varlığını görerek üstesinden gelen bir sistem ortaya koyulmalıdır.

Onarıcı adaletin imkânlarından başta mağdurları olmak üzere bu suçun taraflarını mahrum bırakmakla sonuçlanan bu suç grubunun zorluklarını ve kaygılarını öne çıkaran bir görüşte ısrar ederek enerji harcamak yerine “Kapsayıcı bir onarım için nasıl bir sistem dizayn edebilir?” sorusuna odaklanarak enerji harcamak bize göre daha doğru bir metodolojik yaklaşımdır. Nihayetinde bu zorlukları ve kaygıları kabul ederek onarıcı adalet gibi seçenekleri reddetme konusunda herkesin hemfikir olma ihtimalinde de şu soru ortadan kalkmamaktadır: Cinsel suç mağdurlarının suçtan kaynaklanan hakları ve ihtiyaçları nasıl karşılanacaktır? Özellikle olağan ceza adalet sisteminde bu kaygıların devam ettiği, cinsel suç mağdurlarının kırılğan grup mağdur oluşları ve hak ve ihtiyaçların tam olarak sağlanmasının çoklu sistemle yaklaşmakla mümkün olduğu gerçekleri ile bu soruyu yeniden sordüğümüzde cinsel suçlarda onarıcı adalet tartışmalarının önemi tekrar ortaya çıkmaktadır. Ayrıca uluslararası literatürde konunun yoğun biçimde ele alınması ve Avrupa Konseyinin cinsel suçtan mahkûm olan kişilerin rehabilitasyonuna 2021 yılındaki Tavsiye Kararı’nda yer vermesi gelişmelerinin de göz ardı edilmemesinde fayda vardır. Feminist teorilerin, kadına yönelmiş şiddetin özel alan-kamusal alan ayrımı ile özel alana yeniden çekileceğine ilişkin endişelerini olağan ceza adalet sistemi de her zaman giderememektedir. Yine bununla bağlantılı olarak Türk hukukunda da -diğer birçok ülkenin hukuk sisteminde olduğu gibi- olağan ceza adalet sistemindeki hapis cezası, tek yaptırım türü değildir. TCK m. 61’in yanı sıra koşullu salıverme dâhil tüm süreci ifade eden geniş anlamda cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bağlamında birçok alternatif mevcuttur. Keza sadece yetişkinlere karşı işlenen cinsel saldırı suçunu dikkate aldığımızda dahi cinsel suçların şikâyete tabi olanlarından (örneğin TCK m. 102/1) ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirenlere (örneğin TCK m. 102/5) kadar birçok formunun mevcut olduğu görülür. Ayrıca çalışma boyunca önerdiğimiz üzere onarıcı adalet uygulamalarına cinsel suçlardan mahkûmiyet sonrası ve destekleyici olarak başvurulması daha isabetli olabilir. Cinsel suçlarda onarıcı adalet programları, olağan ceza muhakemesine alternatif değil, infaz sürecini ve cinsel suçtan mahkûm olan kişilerin rehabilitasyonunu da destekleyen *hibrit* biçimde tasarlanabilir.

Çalışmada tasarlanabilecek bir sistem için kanun koyucunun bazı seçimler yaparak ilerleyebileceğinden bahsederek bazı temel olanlarına değinildi. Cinsel suçlarda onarıcı adaletin mümkün kılınabilmesindeki yetkin bir sistemin tasarlanması için gelecek çalışmalarla daha fazla detaylandırılması gerekmektedir. Ancak yine de Türk hukuku açısından şu temel önerilerde bulunabiliriz. Kanaatimizce Türk ceza adalet sistemi açısından cinsel suçlarda infaz aşamasında, Avrupa Konseyinin bu çalışmada bahsi geçen tavsiye kararında da ifade edildiği üzere, failerin rehabilitasyonu da dikkate alınarak onarıcı adalet uygulaması mümkün kılınabilir. CMK’da uzlaştırma, esas itibarıyla *soruşturma evresi* düşünülerek 253. ve 255. maddelerde düzenlenmiş ve 254. maddede de “mahkeme evresinde uzlaştırma” istisnai bir durum olarak eklenmiştir. Bunun yanında bir de failerin rehabilitasyonu dikkate alınarak cinsel suçlar da dâhil olmak üzere bazı zorlu suç grupları açısından “infaz aşamasında uzlaştırma” şeklinde başka bir istisnai hâl öngörülebilir. Soruşturma evresindeki uzlaşmanın fail açısından sonucu olan “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” verilmesi; kovuşturma evresindeki “davanın düşmesi” kararı verilmesi, infaz aşamasında “koşullu salıverme” olarak tezahür edebilir. Koşullu salıvermedeki “*mahkûmun kurumdaki infaz sürecini iyi hâlli olarak geçirmesi*” (5275 sayılı İnfaz Kanunu m. 107/1) şartının sağlanmasında objektif bir ölçüt olarak uygulanabilir. Yine İnfaz Kanunu’nda koşullu salıvermede cinsel suçlarda yetişkin failer ile suça sürüklenen çocuklar farklı ele alınarak (İnfaz Kanunu m. 107/2-d ve m. 108/9), çocuklar açısından koşullar daha farklı tutulmuştur (İnfaz Kanunu m. 107/2-e). Çocuklar tarafından işlenen cinsel suçlarda onarıcı adalet programıyla da çocukların topluma yeniden kazandırılabilmesi için kapı aralanabilir.

Bu çalışmanın en önemli sınırlılığı, Türk hukukunda cinsel suçlarda onarıcı adaletin daha önce müstakil bir eserle neredeyse hiç ele alınmamış olmasıdır. Onarıcı adalet konusunu cinsel suçlara hasreden ilk çalışma olduğundan bu aşamada cinsel suçlar (TCK m. 102-105) arasında ayırım yapılmaksızın ele alınmıştır. Bu şekilde çalışma gelecek çalışmalara yeni kapılar açacak zemini inşa etmeyi hedeflemiştir. Yine konunun Türk hukuku öğretisinde daha önce hiç ele alınmamış olması nedeniyle bu çalışmada yararlanılan eserlerin büyük çoğunluğu, Batılı ülkelerde meydana getirilmiş eserlerden oluşmaktadır. Cinsel suçlar gibi kültürden ve toplumdan yoğun etkilenen bir suç grubu için yabancı ülkelerde yapılan çalışmaların geçerliliği daha sınırlı olabilir. Bu nedenle gelecek çalışmalar için bu çalışmanın aralamak istediği kapıları¹⁶² şöyle sıralayabiliriz: (1) Türk hukukunda “infaz aşamasında uzlaştırmanın” tasarlanabilmesi için mağdurlar ve failer başta olmak üzere ceza adalet sisteminin aktörlerinin cinsel suçlarda onarıcı adalete yaklaşımını ölçen ampirik çalışmalar yapılması gerekmektedir. (2) Ülkelerin uygulamaları -iyi uygulama örnekleri- incelenebilir. Örneğin Yeni Zelanda ve Avusturya gibi cinsel suçlarda onarıcı adalet uygulamasına görece eski başlamış hukuk sistemlerinin deneyimlerini incelemek faydalı olabilir. (3) Bu çalışmanın girişinde bahsedilen pilot proje olan *The Restore* programı ile ilgili daha fazla bilgi edinilebilir. (4) Cinsel suçlarda onarıcı adalet uygulama türleri olan konferans yöntemi, halka şeklinde toplanma ve mağdur-fail uzlaştırması cinsel suçlardaki faydaları veya uygunlukları açısından karşılaştırılabilir. (5) Onarıcı adaletin kazandırıldıkları yeni derinlikler, örneğin *Braithwaite*'in “yeniden bütünleştirici utandırma” başta olmak üzere başat onarıcı adalet savunucularının koyduğu esasların minimalist olduğundan hareketle maksimalist bakış açısı ile onarıcı adaleti anlayan görüşler (*the maximalist consequentialist theory of restorative justice*)¹⁶³ üzerine araştırmalar yapılabilir. (6) Cinsel suçlarda onarıcı adalet uygulaması ile mağdurun güçlendirilmesi, failin rehabilitasyonu hususlarında psikolojik perspektif başta olmak üzere çeşitli kriminolojik teorilerle ölçümleme yapılabilir.

¹⁶² Başka öneriler için şu çalışmadaki “ways forward” kısmına ayrıca Bkz. MCGLYNN / WESTMARLAND / GODDEN, s. 3.

¹⁶³ KEENAN / ZINSSTAG, *Introduction*, s. 7.

KAYNAKÇA

- ALTAY, Yağmur: *Türkiye’de Cinsel Suç Mağdurlarının Yardım Arama Deneyimleri ve Destek Mekanizmalarına İlişkin Algıları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- ATEŞ SARIDAĞ, Büşra Hazel: “Avrupa Konseyi’nin Cinsel Suçla İtham Edilen veya Mahkûm Edilen Kişilerin Değerlendirilmesi, Yönetimi ve Toplum Kazandırılmalarına İlişkin 2021(6) Sayılı Tavsiye Kararının İncelemesi”, (Ed.) ERBAŞ, Rahime / ÇAKIRHAN, Selen: *Hukuki ve Kriminolojik Açından Cinsel Suçlar I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 13-60.
- BACAKSIZ, Pınar / BAYZİT, Tuğba: “Yargıtay’ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspata Yaklaşımı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayısı, s. 379-414.
- BAKAR, Yunus Emre: *Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Uzlaştırma ve Uzlaştırmaçıların Pratikte Yaşadığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Gedik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2022.
- BRAITHWAITE, John: *Crime, Shame and Reintegration*, 16. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- BRAITHWAITE, John: *Restorative Justice and Responsive Regulation*, 1. Baskı, Oxford University Press, New York, 2002 (Responsive Regulation).
- CAWLEY, Philip Anthony / KEWLEY, Stephanie / BURKE, Lol / WAGER, Nadia: “Restorative Justice for Sexual Violence Offences in England and Wales: The Challenges Ahead”, *Journal of Victimology and Victim Justice*, 2023, Cilt 6, Sayı 2, s. 208-216.
- CHARLESWORTH, Hilary / CHINKIN, Christine / WRIGHT, Shelley: “Feminist Approaches to International Law”, *American Journal of International Law*, 1991, Cilt 85, Sayı 4, s. 613-645.
- COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS: “Recommendation CM/Rec(2021)6 of the Committee of Ministers to member States regarding the assessment, management and reintegration of persons accused or convicted of a sexual offence - Explanatory Memorandum”, 2021 (https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=0900001680a3ce9f, ET: 08.10.2023).
- COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS: “Recommendation CM/Rec(2021)6 of the Committee of Ministers to member States regarding the assessment, management and reintegration of persons accused or convicted of a sexual offence”, 2021 (https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=0900001680a4397a, ET: 10.10.2023).
- COUNCIL OF EUROPE: “Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence”, Council of Europe Treaty Series, İstanbul, 2011 (<https://rm.coe.int/168008482e>, ET: 16.10.2023).
- ÇAKIRHAN, Selen: “Kadına Yönelik Şiddette Uzlaştırma Mümkün Olabilir mi?: Alternatif Bir Uzlaştırma Modeli Olarak Brezilya Örneği”, (Ed.) ERBAŞ, Rahime: *Ceza Hukuku Perspektifinden Kadına Yönelmiş Şiddetle Mücadele*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 79-104.
- ÇETİNTÜRK, Ekrem: *Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.
- DALY, Kathleen: “Conventional and Innovative Justice Responses to Sexual Violence”, *Australian Institute of Family Studies*, 2011, Sayı 12, s. 1-35 (Conventional and Innovative Justice).
- DALY, Kathleen: “Restorative Justice and Sexual Assault: An Archival Study of Court and Conference Cases”, *The British Journal of Criminology*, 2006, Cilt 46, Sayı 2, s. 334-356 (Sexual Assault).
- DALY, Kathleen: “Sexual Assault and Restorative Justice”, 2000, s. 1-32 (https://www.researchgate.net/publication/29452067_Sexual_assault_and_restorative_justice, ET: 4 Ekim 2023).
- DURŞUN, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2014, Cilt 9, Sayı 24, s. 57-73.
- EGLASH, Albert: “Creative Restitution. A Broader Meaning for an Old Term”, *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, 1958, Cilt 48, Sayı 6, s. 619-622.
- ERBAŞ, Rahime / CAN, Neslihan / AKDEMİR, Ahsen / ÇAKIRHAN, Selen: “Attrition in Sexual Offenses with Evidentiary Challenges: The Example of Türkiye”, (Ed.) ERBAŞ, Rahime: *European Perspectives on Attrition in Sexual Offenses*, Lexington Books, Londra, 2023, s. 185-213.

- ERBAŞ, Rahime: “Challenges in Regulating Sexual Offences in Turkey”, (Ed.) ERBAŞ, Rahime: *Global Problems in Sexual Offences*, Lexington Books, Londra, 2022, s. 3-24 (Sexual Offences in Turkey).
- ERBAŞ, Rahime: “Effective Criminal Investigations for Women Victims of Domestic Violence: The Approach of the ECtHR”, *Women’s Studies International Forum*, 2021, Cilt 86, s. 1-12.
- ERBAŞ, Rahime: “Mağdur Katılımlı Bir Ceza Muhakemesi Anlayışına Doğru: ABD Hukukunda Mağdur Haklarının Gelişimi Üzerine Bir İnceleme”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, Cilt 3, Sayı 1, s. 75-118.
- ERTUĞRUL, Hüseyin: “7188 Sayılı Kanun Sonrası Uzlaştırma Kurumu Üzerine Değerlendirmeler”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt 5, Sayı 2, s. 119-138.
- HANNA, Cheryl: “No Right to Choose: Mandated Victim Participation in Domestic Violence Prosecutions”, *Harvard Law Review*, 1996, Cilt 109, Sayı 8, s. 1849-1910.
- HODGSON, Jodie: *Gender, Power and Restorative Justice: A Feminist Critique*, Palgrave Macmillan Cham, İsviçre, 2022.
- HUDSON, Barbara: “Restorative Justice and Gendered Violence: Diversion or Effective Justice?”, *British Journal of Criminology*, 2002, Cilt 42, Sayı 3, s. 616-634 (Gendered Violence).
- HUDSON, Barbara: “Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence”, *Journal of Law and Society*, 1998, Cilt 25, Sayı 2, s. 237-256 (Sexual and Racial Violence).
- JOYCE-WOJTAS, Niamh / KEENAN, Marie: “Is restorative justice for sexual crime compatible with various criminal justice systems?”, *Contemporary Justice Review*, 2016, Cilt 19, Sayı 1, s. 43-68.
- JÜLICH, Shirley / BUTTLE, John / CUMMINS, Christine / FREEBORN, Erin V.: *Project Restore: An Exploratory Study of Restorative Justice and Sexual Violence*, Auckland University of Technology, Auckland, 2010.
- JÜLICH, Shirley / MCGREGOR, Kim / ANNAN, Jennifer / LANDON, Fiona / MCCARRISON, Dorothy / MCPHILLIPS, Kathryn: “Yes, There is Another Way”, *Canterbury Law Review*, 2011, Cilt 17, Sayı 1, s. 222-228.
- KAZIC, Ena / COROVIC, Rialda: “Is Restorative Justice an Appropriate Legal Remediation for Sexual Violence?”, *Review of European and Comparative Law (RECoL)*, 2019, Cilt 37, s. 65-96.
- KEENAN, Marie / WARD, Tony / ZINSSTAG, Estelle: “The Good Lives Model and Restorative Justice: Combined Potential in Cases of Sexual Violence”, *Journal of Sexual Aggression*, 2022, s. 1-15.
- KEENAN, Marie / ZINSSTAG, Estelle: “Conclusion: Addressing the Justice Gap: The Potential of Restorative Justice After Sexual Violence”, *Sexual Violence and Restorative Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2022, s. 298-324.
- KEENAN, Marie / ZINSSTAG, Estelle: “Introduction: Exploring Restorative Justice in Cases of Sexual Violence”, *Sexual Violence and Restorative Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2022, s. 1-21 (Introduction).
- KLAR-CHALAMISH, Carmit / PELEG-KORIAT, Inbal: “From Trauma to Recovery: Restorative Justice Conferencing in Cases of Adult Survivors of Intrafamilial Sexual Offenses”, *Journal of Family Violence*, 2021, Cilt 36, s. 1057-1068.
- KOSS, Mary P.: “Blame, Shame, and Community: Justice Responses to Violence Against Women”, *The American Psychologist*, 2000, Cilt 55, Sayı 11, s. 1332-1343.
- MAGIERA, Kim: “Victim-Offender Mediation in Cases of Sexual Violence Interview with a victim-offender mediator from Germany”, 2023 (<https://www.euforumrj.org/en/victim-offender-mediation-cases-sexual-violence>, ET: 31.12.2023).
- MARINARI, Angela: *Restorative Justice for Survivors of Sexual Abuse*, Bristol University Press, Bristol, 2020, s. 13-46.
- MARSH, Francesca / WAGER, Nadia M.: “Restorative Justice in Cases of Sexual Violence: Exploring the Views of the Public and Survivors”, *Probation Journal*, 2015, Cilt 62, Sayı 4, s. 336-356.
- MCGLYNN, Clare / WESTMARLAND, Nicole / GODDEN, Nikki: *Is Restorative Justice Possible in Cases of Sexual Violence?*, Durham University, Durham, 2011.
- MERCAN, Boran Ali: “Onarıcı Adalet Pratiklerinde Mağdur-Fail Karşılaşması: Duygusal Temsiller karşısında Hakiki Duygulanımlar”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 1, s. 103-125.
- MERCER, Vince / STEN MADSEN, Karin / KEENAN, Marie / ZINSTAAG, Estelle: *Doing Restorative Justice in Cases of Sexual Violence: A Practice Guide*, Institute of Criminology, Leuven, 2015.

- NASUHOĞLU, Ayla Duygu: *Cinsel Saldırı Suçuna İlişkin Mitlerin Türk Ceza Hukukunda Yargı Kararlarındaki Olası Tesirlerinin Araştırılması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaşımının Usul ve Esasları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 56, Sayı 4, s. 123-205.
- ÖZER, Y. Yeşim: “Türkiye’de Evlilik İçi Tecavüz Suçu Tartışmaları”, *Kadın Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 2, Sayı 11, s. 1-20.
- ÖZGENÇ, İzzet: “Cinsel Suçlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 24, Sayı 1, s. 257-283.
- PINATEL, Jean: “Kriminolojinin Ana Meseleleri”, (Çev.) APAY, Saim, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1955, Cilt 12 Sayı 3, s. 156-162.
- SIDERIDOU, Sofia / VASILEIADOU, Sofia: “Unleashing the Benefits of Restorative Justice for Survivors of Sexual Violence”, 2023 (<https://www.euforumrj.org/en/unleashing-benefits-restorative-justice-survivors-sexual-violence>, ET: 16.09.2023).
- SINHORETTO, Jacqueline / TONCHE, Juliana: “Restorative Justice for Women’s Rights”, (Ed.) CARLEN, P. / FRANÇA, L. Ayres: *Justice Alternatives*, Routledge, Londra, 2019, s. 219-234.
- SOYSAL BULGURCU, Hilal: “Damgalama Yaklaşımı ve Onarıcı Adalet Bağlamında Denetimli Serbestlik”, *Olgu Sosyoloji Dergisi*, 2023, Cilt 2, Sayı 1, s. 9-19.
- TANER, Fahri Gökçen: *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- TANER, Tahir: “İkinci Milletlerarası Kriminoloji Kongresi (Paris 10-19 Eylül 1950)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1951, Cilt 17 Sayı 3-4, s. 499-529.
- THE CROWN PROSECUTION SERVICE: “Restorative Justice”, 2023 (<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/restorative-justice>, ET: 10.10.2023).
- THE EUROPEAN FORUM FOR RESTORATIVE JUSTICE: “Interview with Dr Marie Keenan”, 2020 (<https://www.euforumrj.org/en/interview-dr-marie-keen-an>, ET: 09.10.2023).
- THE EUROPEAN FORUM FOR RESTORATIVE JUSTICE: “The Idea of Restorative Justice and How it Developed in Europe”, (https://www.euforumrj.org/sites/default/files/2020-01/the_idea_of_restorative_justice_and_how_it_developed_in_europe.pdf, ET: 16.09.2023).
- THE MINISTRY OF JUSTICE: “Code of Practice for Victims of Crime in England and Wales”, 2020 (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/974376/victims-code-2020.pdf, ET: 06.10.2023).
- THE MINISTRY OF JUSTICE: “Restorative Justice Action Plan for the Criminal Justice System for the Period to March 2018”, 2017 (<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a8025bf40f0b62305b89759/tj-action-plan-to-march-2018.pdf>, ET: 16.10.2023).
- UNIVERSITY OF GLASGOW: *Supporting a Survivor of Sexual Violence*, (<https://www.gla.ac.uk/myglasgow/sexual-violence-harassment-support/students/#d.en.938892> (ET: 22.01.2024).
- VAN NESS, Daniel W. / HEETDERKS STRONG, Karen: “A Brief History of Restorative Justice: The Development of a New Pattern of Thinking”, (Ed.) VAN NESS, Daniel W. / HEETDERKS STRONG, Karen: *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, 5. Baskı, Routledge, Abingdon, Oxfordshire, 2015, s. 23-41.
- WALKER, Lenore: *The Battered Woman Syndrome*, 3. Baskı, Springer, New York, 2009.
- YILDIZ, F. Esra: *Mağdur Vekillerinin Gözünden Cinsel Saldırı Suçunda Delillendirme Problemi ve İkincil Mağduriyet*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023.
- YÜCE, Mustafa Tören: “Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi”, *Çankaya Üniversitesi Gündem*, 2008, Sayı 28, s. 81-83.
- ZEHR, Howard: “Can restorative justice be applied to any crime?”, *Eastern Mennonite University*, 11 Nisan 2013, 00:29-00:36 (https://www.youtube.com/watch?v=o49R0_OAZiU, ET: 16 Ekim 2023).
- ZEHR, Howard: *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, 1. Baskı, Herald Press, Pennsylvania, 1990 (Changing Lenses).
- ZEYREK, Ramazan: “Bütüncül Bir Ceza Hukuku Bakış Açısıyla Cinsel Suçların Çocuklar Tarafından İşlenmesinin Ele Alınması”, (Ed.) ERBAŞ, Rahime / ÇAKIRHAN, Selen: *Hukuki ve Kriminolojik Açından Cinsel Suçlar I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 125-156.



Kefilin Asıl Borçluya Rücuu^(*)



The Recourse of the Surety to the Principal Debtor

Ecem KİRKİT



Doktor Öğretim Üyesi

İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Kefalet Sözleşmesi,
Kefil,
Asıl Borçlu,
Rücu,
Halefiyet.*

Öz

Teminat sözleşmelerinden kefalet sözleşmesi, kişinin başkasının borcuna şahsi teminat verdiği sözleşmedir. Kefilin kendisi, başkasının borcu için yükümlülük altına girmektedir. Sözleşme ilişkisinin başında umulan, asıl borçlunun borcunu ödemesi ve kefaletin yalnızca verilmiş bir güvence olarak kalmasıdır. Ancak çoğu zaman kefil kendisine ait olmayan asıl borçlunun borcunu ödemek durumunda kalmaktadır. Kefilin asıl borçluya rücu, kefilin alacaklıyı tatmin etmesinden doğan ekonomik yükün asıl borçludan talep edilmesidir. Kanun koyucu, kefilin asıl borçlu ile olan ilişkisinde korumak istemiş ve TBK m. 596 hükmü ile halefiyete dayanan rücu hakkını öngörmüştür. Bu hüküm öngörülmeseydi yalnızca tarafların iç ilişkisine dayanan rücu hakkı söz konusu olacak ve bu durum ispat zorlukları ile kefilin rücu hakkını elde etmesini zorlaştıracaktı. Çalışmamızda, kefilin asıl borçluya rücu, iç ilişkiye dayanan rücu hakkı ve halefiyete dayanan rücu hakkı olmak üzere iki hak olarak kaynakları, kapsamı ve sona ermesi yönünden ele alınmıştır.

Keywords

*Suretyship Contract,
Surety,
Principal Debtor,
Recourse,
Subrogation.*

Abstract

A suretyship contract is a contract in which a person gives a personal guarantee for the debt of another. At the beginning of the contractual relationship, the main hope is that the debtor will pay his debt, and the surety will remain only as a given guarantee. However, most of the time, the surety has to pay the debt of the principal debtor that does not belong to him. The surety's recourse to the principal debtor is to demand the economic burden arising from the surety's satisfaction of the creditor from the principal debtor. The legislator has foreseen the right of recourse based on subrogation with the provision of TCO Art 596, to protecting the surety in this relationship. Otherwise, there would be a right of recourse based only on the internal relations of the parties, and this would make it difficult for the surety to obtain the right of recourse with the difficulties of proof. In our study, the recourse of the surety to the principal debtor is discussed in the two rights, namely the right of recourse based on internal relations and the right of recourse based on subrogation, in terms of their sources, scope, and termination.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 13.05.2023, Kabul Tarihi: 24.10.2023.

GİRİŞ

818 sayılı Borçlar Kanunu¹ (eBK) döneminde doktrinin “kefalet; bir sözleşmedir ki, onunla bir kimse borçlunun borcunu ödememesi halinde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya karşı taahhüt eder” tanımıyla ifade edilmekte² olan kefalet sözleşmesi; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu³ (TBK) m. 581’de doktrinin eBK dönemindeki tanımına uygun olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu döneminde kanunun tanımı yeterli olduğundan ayrıca kefalet sözleşmesi tanımı yapmaya gerek bulunmamaktadır⁴. Asıl borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı değildir. Kefalet sözleşmesi asıl borçlunun rızası aranmaksızın kurulabilir⁵. Kefil, asıl borçlunun borcuna şahsen teminat vermektedir ancak kefilin asıl borçluyu ifaya zorlamak veya asıl borcun ifasını temin etmek gibi yükümlülükleri yoktur⁶. Kefalet sözleşmesi kefil ile alacaklı arasında kurulan bir sözleşmedir. Asıl borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı değildir. Buna rağmen asıl borçlu ile kefil arasındaki ilişki kanunda kefil ile borçlu arasındaki ilişki başlığı ile kefalet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde düzenlenmiştir. Zira kefilin, yapmış olduğu ödemeyi asıl borçludan rücu hakkı doğmaktadır. Yalnızca rücu hakkının doğduğunu söylemek eksik bir ifade olur. Kefil ile asıl alacaklı arasında bir hukuki ilişki doğmakta ve bu ilişki çerçevesinde de hak ve borçlar söz konusu olmaktadır⁷. Çalışmamız kefilin asıl borçluya rücu ile sınırlı olduğundan bu hak ve yükümlülüklerle işaret etmekle yetiniyoruz.

Rücu, hukuk sözlüklerinde “dönme, geriye dönme, cayma, sözünden geri dönme” olarak yer bulmaktadır⁸. Rücu kavramı, “kendisine veya başkasına ait bir borcu ifa ederek alacaklıyı tatmin eden kimsenin, alacaklıya yaptığı edanın tamamını veya bir kısmını bir başka kişiden talep etmesi” olarak tanımlanmaktadır⁹.

Rücu talebi, rücu eden ile edilen arasındaki ilişkiye dayanan ve ifa edilen borçtan bağımsız bir taleptir¹⁰. Rücu eden ile edilen arasındaki farklı bir ilişkiden doğan bu hak, alacaklıdan borçluya geçen bir hak değil, alacak hakkından bağımsız olarak ifa edilmeye doğan yeni bir alacak hakkıdır¹¹.

Hukukumuzda pek çok farklı düzenlemesi bulunan rücu, kefalet bağlamında, birlikte kefalette kefilin rücu hakkını düzenleyen TBK m. 587 ve kefilin rücu hakkı başlıklı TBK m. 596 hükümleri ile düzenlenmiştir. Bu hükümler ile düzenlenen iki hâl dışında tarafların iç ilişkisine bağlı olarak rücu talebinin vekalet, vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşmeye dayanması da söz konusu olabilmektedir¹². Çalışmamızda kefilin asıl borçluya rücu incelendiğinden kapsamı aşmamak amacıyla TBK m. 587 hükmü ile düzenlenen birlikte kefilin rücu hakkı¹³ kapsam dışı bırakılmıştır.

¹ 29.04.1926 tarihli ve 359 sayılı Resmî Gazete.

² BİLGE, Necip: “Kefilin Mesuliyetinin Şumulu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1956, Cilt 13, Sayı 1 (Mesuliyet), s. 94; TANDOĞAN, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 693.

³ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

⁴ ÖZEN, Burak: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017 (Kefalet), s. 57 vd.; AKİPEK ÖCAL, Şebnem: “Kefalet Sözleşmesi”, (Ed.) ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 846.

⁵ YILMAZ, Merve: “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, Cilt 1, Sayı 7 (Geçerlilik Şartları), s. 4; AKİPEK ÖCAL, s. 846; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Kısa Ders Kitabı, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022 (2022), s. 512.

⁶ ÖZEN, *Kefalet*, s. 57 vd.; AKİPEK ÖCAL, s. 846.

⁷ GRASSINGER, Gülçin Elçin: “Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1996, Cilt 55, Sayı 1-2, s. 389 vd.

⁸ YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 2. Baskı, Yorum Matbaacılık-Yayıncılık, Ankara, 1982, s. 402; MUTLU, Latif: *Hukuk Sözlüğü*, Akademi İstanbul Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 277.

⁹ NOMER, Haluk N.: “Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1997, Cilt 55, Sayı 3, s. 248.

¹⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s. 13; NOMER, s. 248.

¹¹ KILIÇOĞLU, s. 13; BİLGE, Necip: “Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1954, Cilt 11, Sayı 1 (Halef), s. 282; REİSOĞLU, Seza: “Kefilin Rücu ile İlgili Meseleler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1961, Cilt 1, Sayı 4 (Kefilin Rücu), s. 467; NOMER, s. 248; REİSOĞLU, Seza: *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1992 (Kefalet), s. 271; ÖZEN, *Kefalet*, s. 497, 499.

¹² WIDMER LÜCHINGER, Corinne / OSER, David (Hrsg.): *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, 6. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020 (Yazar, BSK OR), Art. 507 N. 2; KILIÇOĞLU, s. 13, 16; NOMER, s. 248.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIR, Efe Can: *Birlikte Kefalet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 172 vd.

I. KEFİLİN RÜCUUNUN KAYNAKLARI

Kefilin asıl borçlu yüzünden katlanmak zorunda kaldığı ekonomik yükün asıl borçludan talep edilmesine dayanan rücu hakkı, iç ilişkiye dayanan (özel) ve halefiyete dayanan (genel) rücu hakkı olarak iki farklı hukuki kurum olarak karşımıza çıkmaktadır^{14,15}.

Kefilin asıl borçluya aralarındaki temel ilişkiye dayanarak rücu hakkını kullanması “*kefilin özel (iç ilişkiye dayalı) rücu hakkı*” olarak adlandırılmaktadır¹⁶. Kefilin, TBK m. 596 hükmü gereğince halefiyet ilkesine dayalı rücu hakkını kullanması ise “*kefilin genel (halefiyete dayalı) rücu hakkı*” olarak isimlendirilir¹⁷.

A. İç İlişkiye Dayanan (Özel) Rücu Hakkı

Kefalet sözleşmesinin tarafları, asıl borç ilişkisinde alacaklı sıfatını taşıyan kimse ve asıl borçluya kişisel teminat veren kefildir¹⁸. Temel sebebi asıl borca ilişkin teminat sağlamak olsa da asıl borçlu sözleşmenin tarafı değildir ve kefalet sözleşmesinin yapılması için borçlunun onayı aranmamaktadır¹⁹. Asıl borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı olmadığından, asıl borçlu ve kefil arasındaki ilişki de kefalet sözleşmesine dayanmamaktadır. Asıl borçlu ile kefil arasındaki ilişkiyi nitelendirmek, rücu hakkının kaynaklarının tespiti bakımından önem arz eder²⁰.

Çoğunlukla asıl borçlunun kefilden talebi üzerine alacaklı ile kefil arasında kefalet sözleşmesi gündeme gelmektedir. Asıl borçlu ile kefil arasındaki ilişki çoğu zaman hatır ilişkisine dayanmakta ve bu da kefil ile asıl borçlu arasında vekalet ilişkisinin ortaya çıkması sonucuna yol açmaktadır²¹. Esas borçlunun talebiyle kefil olmayı kabul eden kişi, bu fiiliyle esas borçlunun bir işini görmeyi üstlenmektedir. Bu durumda kefil, asıl borçlunun vekili olarak yükümlülük altına girer²².

İç ilişkinin vekalet sözleşmesi olması hâlinde, kefilin iç ilişkiye dayanan rücu talebinin kapsamı ve içeriği TBK m. 510 hükmü ışığında belirlenir ve kefilin vekaletin ifası için gereken giderler asıl borçlu tarafından karşılanmalıdır²³.

Kefilin asıl borçlunun bilgisi dışında kefalet sözleşmesine taraf olması hâlinde vekaletsiz iş görme ilişkisi söz konusu olur²⁴. Dolayısıyla alacaklıya ödeme yapan kefilin vekaletsiz iş gören sıfatı ile yaptığı giderleri TBK m. 529 kapsamında asıl borçludan talep edilebilir²⁵.

Kefilin asıl borçluya sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde de rücu edebilmesi mümkündür²⁶. Zira kefil, borcu ifa ederek haklı bir neden olmaksızın asıl borçluyu borcundan kurtarmaktadır²⁷.

¹⁴ PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507, N. 1; BİLGE, *Halef*, s. 283; KILIÇOĞLU, s. 13.

¹⁵ Halefiyet ve rücu ilişkisi için bkz. I, B.

¹⁶ BİLGİN, Mahmut: *Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 419; ÖZEN, *Kefalet*, s. 491.

¹⁷ PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507, N. 2; ÖZEN, *Kefalet*, s. 472.

¹⁸ TANDOĞAN, s. 693-694; EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 759; ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 563; YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 1524; ACAR, Özlem: *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 7.

¹⁹ TANDOĞAN, s. 693-694; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1524; ARAL / AYRANCI, s. 563; ACAR, s. 7.

²⁰ ÖZEN, *Kefalet*, s. 492.

²¹ DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 416; ÖZEN, Burak: “Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Talebiyle İlişkisi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010 (Özel Rücu), s. 1469.

²² REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 467.

²³ BİLGE, *Halef*, s. 282; ÖZEN, *Kefalet*, s. 492-493; GRASSINGER, s. 400.

²⁴ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 271; REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 467; GRASSINGER, s. 400; ÖZEN, *Özel Rücu*, s. 1469; ÖZEN, *Kefalet*, s. 495; DEVELİOĞLU, s. 416; ÖZEN, *Özel Rücu*, s. 1463.

²⁵ BİLGE, *Halef*, s. 282; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 271; ÖZEN, *Kefalet*, s. 497.

²⁶ BİLGE, *Halef*, s. 282; REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 467; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 271; ARAL / AYRANCI, s. 601; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1601; ÖZEN, *Kefalet*, s. 497, 499. Özen, asıl borçlu ile kefil arasında vekalet veya vekaletsiz iş görme türünden bir ilişkinin bulunduğu söylenemiyorsa sebepsiz zenginleşme ilişkisinin gündeme gelebileceğini öne sürmektedir.

²⁷ REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 467; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 271.

Sebepsiz zenginleşme ilişkisi kefilin alacaklıya ödeme yaptığı anda kurulur ve bu ilişkinin kurulmasıyla birlikte sebepsiz zenginleşmeye dayanan talebini asıl borçluya karşı ileri sürebilir²⁸. Diğer bir deyişle kefilin rücu talebinin kaynağı sebepsiz zenginleşmedir²⁹. Belirtmek gerekir ki kefilin alacaklıyı tatminiyle ortaya çıkan halefiyet ile sebepsiz zenginleşme hususunu karıştırmamak gerekir. Aşağıda rücu hakkını kaybeden kefilin durumu ele alınırken sebepsiz zenginleşmeden doğan talep ile halefiyetten doğan talebin farklı olduğu durumlar incelenmiştir.

B. Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Hakkı

Kefilin çoğunlukla hatır ilişkisine dayalı olarak kefalet yükümlülüğü altına girdiği göz önüne alındığında, borcu asıl borçlunun ödeyeceğine güven duyan kefil ile asıl borçlu arasında çoğu zaman rücu ilişkisine ilişkin bir anlaşma yapmamış olmaları doğal karşılanmalıdır. Beklentisi dışında asıl borcun mali yükü alacaklıya ifade bulunan kefil üzerinde kalmaktadır³⁰. Kefilin iç ilişkiye dayanan rücu hakkını kullanabilmesi, asıl borçlunun ifa kabiliyetine sahip olması ile orantılı olmakla birlikte böyle bir ihtimalde, yani asıl borçlunun bu kabiliyete sahip olması hâlinde, alacaklının kefile gitmesine gerek kalmamaktadır. Bu noktada TBK m. 596 devreye girer, halefiyet ile kefile alacağı ilişkin teminatlardan yararlanma imkânı sunarak kefilin koruyucu etki gösterir³¹.

Kefil ile asıl borçlu arasındaki iç ilişkiden bağımsız olarak TBK m. 596/I-1³² hükmü ile kefil, ayrıca alacaklının haklarına halef kılınarak kefilin koruması amaçlanmıştır³³. Kefilin borcu ödemesiyle alacaklının sahip olduğu yan haklar *ipso iure* kefile geçer³⁴. Bir başka deyişle kefil alacaklının halefi olur. Halefiyet hukuken hak sahibi olan kişinin hakkını veya tüm malvarlığını elde etmek suretiyle kişinin yerine geçmez³⁵. Kefil, alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde, alacaklının haklarına halef olur³⁶. Borçlu, alacaklı ile olan ilişkiden kaynaklanan hususları rücu hakkını kullanan kefile karşı da ileri sürebilir³⁷.

1. Halefiyet ve Rücu İlişkisi

Halefiyet ve rücu kavramları arasındaki ilişkiye, kavramların içeriklerinin ve sınırlarının tam tespit edilememeleri sebebiyle, uzun zamandır süre gelen bir belirsizlik hâkimdir. Kavramların birbiri yerine kullanıldıkları ve doktrinde bu hususta farklı görüşler ileri sürüldüğü görülmekte; monografik eserler ile bu kavramlar incelenmektedir³⁸.

²⁸ ÖZEN, *Kefalet*, s. 497.

²⁹ REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 467; ÖZEN, *Kefalet*, s. 497.

³⁰ REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 465.

³¹ BİLGE, *Halef*, s. 282.

³² TBK m. 596/I-1: “*Kefil, alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur*”. Kefilin alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde alacaklının haklarına halef olması, diğer teminatların kefile geçmesi sonucunu doğurur. Çalışmamızın kapsamını aşmamak amacıyla bu hususa işaret etmekle yetiniriz. Bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 07.07.2014, E. 2014/13600, K. 2014/15706: “... *Kefil eda ettiği şey nispetinde alacaklının haklarında, ona halef olur (eBK. md. 496, 6098 s. TBK. md. 596/1). Genel kredi sözleşmesini ‘müşterek ve müteselsil kefil’ sıfatıyla imzalayan davalı ..., borcun bakiyesini alacaklıya ödediğine göre, ödediği tutar oranında alacaklının haklarında, ona halef olmuştur. Dolayısıyla, kefilin ödediği tutar oranında alacakla birlikte, rehin hakları da kefile geçmiştir. Alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek ve bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır (6098 s. TBK. md. 592/3) ...*”. Yargıtay, 19. HD, T. 24.10.2019, E. 2019/625, K. 2019/4923.

³³ PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507, N. 2.

³⁴ PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507, N. 2.

³⁵ NÖMER, s. 243.

³⁶ Yargıtay, 19. HD, T. 13.06.2016, E. 2015/3486, K. 2016/10546: “*6098 Sayılı TBK’nın 596/1. maddesi uyarınca kefil alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olacağından ve böylece temlik bedeli ödendiği takdirde ipoteğin fekki imkânı doğacağından mahkemece, temlik bedeli olan 77.230.75 TL. üzerinden davalı lehine nisbi vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hükmü kurulması doğru görülmemiştir*”. YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1596.

³⁷ PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507 N. 6.

³⁸ Bkz. KORKMAZ, Ekin: *Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 44-45. Yazar, çeşitli örneklerle bu kullanımlara işaret etmekte ve kendi görüşünü rücunun halefiyetten geniş kapsamlı, farklı nitelikte bir kurum olduğu yönünde açıklamaktadır.

Rücu, alacaklı veya bir üçüncü kişiden, kendisine veya başkasına ait borcu kısmen veya tamamen ifa ederek alacaklıyı tatmin eden kişinin edanın tamamını veya bir kısmını talep etmesidir³⁹. Rücu talebinin kaynakları; mevcut bir hukuki ilişki, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz işgörme ve kanunun öngördüğü özel düzenlemelerdir⁴⁰. Rücu eden ile edilen arasındaki ilişkiye dayanan rücu talebi, ifa edilen borçtan bağımsız bir taleptir⁴¹. Türk ve İsviçre hukukunda ayrıca tanımlanmayan talep, Alman hukukunda, kanuni bir tanımla, bir başkasından bir şeyi yapmasını veya yapmamasını istemek hakkı olarak düzenlenmektedir^{42,43}.

Rücu hakkının hukuki niteliği, kefilin borcunun tespit edilmesiyle açıklanabilir. Kefil asıl borçlunun borcu ifa etmemesi hâlinde bu borçtan kişisel olarak sorumlu olmayı taahhüt eden kişidir. Kefalet sözleşmesi, TBK m. 581 hükmü çerçevesinde kefilin “*alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmaktadır. Çoğu zaman asıl borçlunun borcu para borcudur ve kefil de bu para borcu için teminat verir. Fakat asıl borçlunun borcu şahsi bir edim ise bu durumda kefilin aynen ifa ile mi tazminat ile mi sorumlu olacağı sorusu ön plana çıkmaktadır. TBK m. 581 tanımı göz önüne alındığında aynen ifadan bahsedilmediğini ifade etmek gerekir. Kefalet sözleşmesi çerçevesinde kefil asıl borç ilişkisindeki ifaya olan menfaati para borcu olarak üstlenebilir. Kefilin para borcu dışında bir borcu aynen ifa edeceği kararlaştırılmışsa kefalet sözleşmesinden farklı bir sözleşme gündeme gelir⁴⁴. Kefalet sözleşmesinden her ne kadar fer’î nitelikte bir borç olsa da kefilin kendi borcu doğmakta ve asıl borçlunun borcunu ödemesi söz konusu olmamaktadır. Bu bağlamda kefilin sorumluluğu aynen ifa değil, kefalet sözleşmesinde öngörülen azami miktar çerçevesinde tazminat borcudur. Kefilin borcunun tazminat borcu olmasından bahisle kefilin rücu hakkı da tazminat niteliği taşır. Rücu hakkını kullanan kefilin talebi, asıl alacak değil; kendi yaptığı ödeme nedeniyle uğradığı zararın tazminidir. Sözleşmeden doğan sorumlulukların denkleştirilmesi maksadıyla tanınan rücu hakkının tazminat niteliğinde kabul edilmesinin uygun olacağı ileri sürülmektedir⁴⁵. Örneğin bir ressamın bir tabloyu belirli bir günde teslim edeceğine kefil olan, alacaklıya tazminat öder ve rücu hakkını kullanırken de ressamdan rücu tarihinde hazır olan tabloyu değil, para talep eder⁴⁶. O hâlde rücu, kendisine veya başkasına ait borcu kısmen veya tamamen ifa ederek alacaklıyı tatmin eden kişinin malvarlığında meydana gelen kaybı gidermeye yönelik tazminat niteliğinde kişisel bir talep hakkıdır.

Kanuni halefiyet, bir kanun hükmü gereğince bir kişiye ait alacağın bir başkasına geçmesidir⁴⁷. Türk ve İsviçre hukukunda, TBK m. 185 ve OR Art. 166 hükümleri gereğince alacağın devri kanun gereğince gerçekleşmişse bu devir, özel bir şekle ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. TBK m. 596 hükmü de bu hâllerden biri olarak görülmektedir⁴⁸.

Kefilin asıl borçluya rücuunda TBK m. 596 hükmü ile kefile kanuni halefiyet tanınmıştır. Kefilin halefiyeti ile rücu hakkı ilişkisi incelendiğinde üç görüş ile karşılaşılmaktadır. İlk görüş, temelde hale-

³⁹ NOMER, s. 248.

⁴⁰ NOMER, s. 248.

⁴¹ KILIÇOĞLU, s. 13.

⁴² BGB § 194/I.

⁴³ Talebin hukuki niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm I*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 39 vd.

⁴⁴ AKİPEK ÖCAL, s. 856.

⁴⁵ YENİCE, Özge: *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 26; KILIÇOĞLU, s. 13; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 209-210.

⁴⁶ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 209-210.

⁴⁷ NOMER, s. 247; KILIÇOĞLU, s. 9.

⁴⁸ HUGUENIN, Claire / MÜLLER-CHEN, Markus (Hrsg.): *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016 (Yazar, CHK OR), Art. 166 N. 6.

fiyetin rücu hakkı olduğu görüşü⁴⁹; ikinci görüş, rücu hakkının halefiyetin sonucu olduğu görüşü⁵⁰ ve son olarak üçüncü ve hâkim görüş, iç ilişkiden doğan ve kanundan doğan olmak üzere kefilin iki farklı rücu hakkının bulunduğu görüşüdür^{51,52}.

Kefilin rücu başlığıyla düzenlenen bu talep, bizim de benimsediğimiz gibi, doktrinde halefiyete dayanan rücu hakkı olarak isimlendirilmektedir. Ancak isimlendirmelerden bağımsız olarak rücunun bir talep hakkı olduğu ve kanuni halefiyetin alacak hakkının bir başkasına geçmesi olduğu hususlarını göz önünde bulundurmamak gerekir⁵³. Alacak hakkı talep hakkının yalnızca bir türüdür⁵⁴. Kanaatimizce rücu, halefiyete dayanan rücu da dâhil olmak üzere, kanundan veya mevcut bir hukuki ilişkiden doğan tazminat niteliğinde kişisel talep hakkıdır. Zira kefilin halefiyetinde kanun koyucu, kefilin rücu alacağını kolaylaştırmak üzere getirdiği düzenlemede ayrı bir zamaşımı da öngörerek ayrı bir alacak yaratmaktadır. Kefalet sözleşmesi ilişkisi özelinde TBK m. 596 hükmü ile kefile tanınan kanuni halefiyet, rücunun kaynaklarından biridir. Bu durumda rücu hakkının halefiyetin sonucu olması veya temelde halefiyetin rücu hakkı olması veya iç ilişkiden doğan ve kanundan doğan olmak üzere kefilin iki farklı rücu hakkının bulunması birbirinden farklı görüşler değildir, karanlık odadaki filin⁵⁵ durumu gibi farklı açılardan ele alınmış şekilleridir. Şöyle ki kefalet sözleşmesinde kanun koyucu kefilin koruyabilmek amacıyla özel bir halefiyet düzenlemiştir. Bu düzenleme çerçevesinde öngörülen halefiyete dayanan rücu hakkı, kanun koyucunun halefiyet tanınması neticesinde doğduğundan halefiyetin sonucudur. Halefiyet, kanuni bir alacak devri olduğundan ve rücu hakkı da talep hakkı olduğundan temelde halefiyete dayanan rücu hakkı da bir tür rücu hakkıdır. Kanunda halefiyete dayanan rücu hakkının düzenleme şekli itibarıyla halefiyet ve rücu kavramlarının özüne sadık kalınmadığından, bir başka deyişle halefiyete dayanan rücu hakkında asıl alacağın kefile devri değil, kefilin yeni bir alacak hakkı kazanması gündeme geldiğinden, iç ilişkiden doğan ve halefiyete dayanan olmak üzere iki farklı rücu hakkından söz etmek gerekir. Kefil iç ilişkiye dayanan rücu hakkına ek olarak TBK m. 596 çerçevesinde halefiyetten doğan ikinci bir rücu hakkına sahip olur⁵⁶. Halefiyete dayalı rücu imkânı ile kefil ile asıl borçlu arasında bir iç ilişki bulunmasa, hatta kefil asıl borçlunun rızası dışında kefalet sözleşmesi tarafı olmuş olsa dahi TBK m. 596 çerçevesinde rücu hakkını kullanabilir⁵⁷. İç ilişkiye dayanan rücu hakkının ispatı zor olmakla birlikte iç ilişkiye dayanan rücu hakkına başvuramayan kefilin halefiyete dayanan rücu hakkına başvurmasında mahsur yoktur⁵⁸. Görüşümüz çerçevesinde rücu talebinin kaynağı, iç ilişkiden doğan rücu hakkı ve halefiyete dayanan rücu hakkı olabilir. Bu iki hak, tıpkı sözleşmeden doğan bir talep hakkı ile sebepsiz zenginleşmeden doğan bir talep hakkı gibi, birbiri ile yarışır. Ancak kanun koyucunun TBK m. 596 hükmünü getirmekteki amacının kefilin korumak olduğu göz önünde bulundurulduğunda, halefiyete dayanan rücu hakkının iç ilişkiye dayanan rücu hakkının kapsamını aşamayacağı yönündeki görüşe katılmamız mümkün değildir. Bilakis TBK m. 596 hükmü çerçevesinde kanunen kefile tanınan bu haktan kefilin önceden feragat edebilmesi mümkün değildir⁵⁹. Bu

⁴⁹ KILIÇOĞLU, s. 15; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1596.

⁵⁰ YENİCE, s. 64; YILDIRIR, s. 229.

⁵¹ VISCHER, *CHK OR*, Art. 507, N. 1; REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 469; GRASSINGER, s. 400; ARAL / AYRANCI, s. 600.

⁵² KORKMAZ, s. 293.

⁵³ Talep hakkı ve alacak hakkı ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 42 vd.

⁵⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 42.

⁵⁵ Mesnevi, “*Filin, nasıl bir hayvan olduğu ve şekli hususunda ihtilâf*”.

⁵⁶ KRAUSKOPF, Frédéric / STUBER, Jonas: “Art. 507”, KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta / WOLF, Stephan (Hrsg.): *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016 (Yazar, OFK OR), N. 1; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 272; ÖZEN, *Kefalet*, s. 482.

⁵⁷ REİSOĞLU, Seza: *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964 (Kefalet Hukuku), s. 272; ÖZEN, *Özel Rücu*, s. 1452. Özen, eBK m. 496 (TBK m. 596) hükmü çerçevesinde asıl borçlu ile kefil arasında bir temel ilişki olup olmadığına bakılmaksızın bir “rücu garantisi” verildiğinin söylenebileceğini ifade etmektedir. Aksi yönde bkz. GÜMÜŞ, 2022, s. 601. Yazar, iç ilişkide rücu hakkı tanınmamışsa halefiyete dayanan rücu hakkının da olmadığı görüşünü savunmaktadır.

⁵⁸ ÖZEN, *Özel Rücu*, s. 1453; ÖZEN, *Kefalet*, s. 482-483.

⁵⁹ Bkz. III, A.

sebeple iç ilişkiye dayanan rücu hakkının kapsamı daha dar ise halefiyete dayanan rücu hakkı kapsamında kefilin rücu gündeme gelir. Ancak unutulmamalıdır ki kefil bu iki rücu hakkının yarışması hâlinde tercihte bulunabilecektir. Sözleşmenin kurulması aşamasında peşinen feragat etme yasağının aksine daha dar kapsamlı olan iç ilişkiye dayanan rücu hakkını tercih etmesinde bir beis yoktur.

2. Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Hakkının Şartları

a. Kefalet Sözleşmesinin Geçerli Olması

Genel rücu talebi yani TBK m. 596 uyarınca halefiyete dayanan rücu talebi ileri sürebilmek için ilk şart geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığıdır⁶⁰.

Sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde TBK m. 12 hükmü, kural olarak, sözleşmeleri geçerlilik yönünden şekil şartına tabi kılmazken kefalet sözleşmesinde tarafları o sözleşme hususunda bir kez daha düşünmeye sevk etmek ve onları sözleşmenin olası risklerinden korumak amacıyla şekil şartı öngörülmüştür⁶¹. TBK m. 583/I hükmü gereğince sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihinin belirtilmesi geçerlilik koşuludur. Ayrıca kefilin sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi aranmıştır. Aranan bu şekil şartlarının sağlanması ve sözleşmeye konu geçerli bir asıl borcun varlığı ile geçerli bir kefalet sözleşmesi gündeme gelir⁶².

Bir geçerlilik şartı olarak asıl borcun geçerli olması, “Asıl borç” başlığı taşıyan TBK m. 582/I-1’de “*Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir.*” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Asıl borç bulunmuyorsa ferî nitelikte bir borç olan kefalet hüküm doğurmaz⁶³. Asıl borcun kaynağının hangi hukuki ilişki olduğu önem arz etmez, geçerli bir borcun doğması aranır. Asıl borcun kaynağının sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya kanundan doğan borç olması mümkündür. Zira kefil, alacaklının uğrayacağı zararı tazmin yükümlülüğünü üstlenmektedir⁶⁴. TBK m. 582/II⁶⁵ hükmü gereğince, yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı veya zamanlaşımına uğramış borca kefil olan kişi ancak yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa kefalet sorumluluğu doğar⁶⁶. Kefalet ilişkisi çerçevesinde sorumlu olmadığı borcu ödeyen kefilin bu ilişki çerçevesinde rücu talebi de doğamaz⁶⁷. Kefil TBK m. 591/I hükmü çerçevesinde alacaklının sahip olduğu tüm defileri ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi bunları ileri sürmek zorundadır. Şu kadar ki TBK m. 592/II hükmü gereğince alacaklı vazgeçmiş olsa dahi kefilin defiyi ileri sürme hakkı vardır. Bu sebeptendir ki TBK m. 592/III hükmü kefilin rücu hakkını ancak defiyi bilmeksizin ödemedede bulunma hâlinde tanımıştır. Borçlunun kefilin bu defileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi hâlinde kefil, defiler ileri sürülmüş olsaydı ödemededen kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder.

⁶⁰ PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507, N. 5; VISCHER, *CHK OR*, Art. 507, N. 2; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1597; REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 471; ÖZEN, *Kefalet*, s. 504; AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İleri Kitabevi, İzmir, 2013, s. 729; GÜMÜŞ, 2022, s. 601; KÜÇÜK, Damla: “Borçluya Halefiyet”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Sayı 1, s. 57.

⁶¹ Yargıtay, HGK, T. 15.12.2004, E. 2004/13-761, K. 2014/708: “Sözleşme serbestisi ilkesini benimseyen ve kural olarak sözleşmeleri geçerlilik yönünden şekil (biçim) koşuluna tabi tutmayan Borçlar Kanunu’nun, bazı sözleşmelerin geçerliliğini şekle bağlamasındaki temel nedenin, tarafları o sözleşme konusunda bir kez daha, etraflıca düşünmeye sevk etmek ve böylece onları sözleşmenin doğurması muhtemel risklerden korumak olduğu...”.

⁶² REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 471.

⁶³ REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 471; AKİPEK ÖCAL, s. 857..

⁶⁴ AKİPEK ÖCAL, s. 857.

⁶⁵ TBK m. 582/II: “Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanlaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır.”.

⁶⁶ PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507, N. 5; VISCHER, *CHK OR*, Art. 507, N. 10; TANDOĞAN, s. 722-723; YILMAZ, *Geçerlilik Şartları*, s. 75.

⁶⁷ PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507, N. 5.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği, asıl borçlunun bilgisi dâhilinde yapılmaya veya asıl borçlunun rızasına bağlı olmadığından rücu hakkının kullanılması da bunlara bağlı değildir⁶⁸.

Geçerli bir kefalet sözleşmesi olduğunu sanarak alacaklıya ödemede bulunan kefilin bu düşüncesinde yanılması ve kefalet sözleşmesinin geçersiz olması hâlinde rücu hakkını ileri sürmesi söz konusu olamaz. Kefilin iyi niyeti rücu hakkının doğumu için yeterli değildir; gerçekten geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığı gerekir⁶⁹. Vurgulamak gerekir ki bu şart, genel rücu hakkı için aranmış olup bu şartların yokluğu vekalet, vekaletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmak yönünden bir engel teşkil etmemektedir⁷⁰.

Tarafların kefalet olarak isimlendirdikleri sözleşmenin farklı bir teminat sözleşmesi olduğu durumda TBK m. 596 devreye girmeyecek ve halefiyete dayanan rücu talebi ileri sürülemez⁷¹.

b. Kefilin Alacaklıyı Tatmin Etmesi

Yalnızca geçerli bir sözleşmesinin varlığı rücu hakkının doğumu için yeterli olmamakta, kefilin alacaklıyı tatmin etmiş olması da aranmaktadır⁷². Hukuki açıdan geçerli bir ifaya yol açması gereken kefilin edimi ile alacaklı tatmin edilebilir. Bu bir ödeme, ifa ikamesi veya borcu sona erdiren sebeplerden biri olabilir⁷³. Kefilin kendisine ait malvarlığını kullanarak alacaklıyı tatmin etmesi hâlinde halefiyet gerçekleşir⁷⁴. Kefalet sözleşmesinden doğan yükümlülüğün ifası niteliği taşıyan bir edimde bulunmalı; bağışlama veya ödünç kastı ile hareket etmemelidir⁷⁵. Ödeme yaptığını ispat yükü kefilde iken⁷⁶ bağışlama niyetinin varlığını ispat yükü asıl borçluya aittir⁷⁷.

Alacaklının tatmin edilmesi, kefalet sözleşmesinin çeşitli şekillerde ifası mümkün olabilir. Kefilin bir miktar para ödemesi, hem kefalet sözleşmesinden doğan borcunun ifası hem de alacaklıyı tatmin etmesi neticesini doğurur⁷⁸. Kefil, yalnızca para ödeyerek değil, ifa yerine edim ile veya yenileme ve takas gibi yollar ile de alacaklıyı tatmin edebilir⁷⁹. İfa uğruna edim hâlinde ise edimin verilmesi anında değil, edimin paraya çevrilmesi anında ve çevrilebildiği ölçüde alacaklının tatmin edildiğinden söz edilebilir⁸⁰. Fakat alacaklının bağışlama kastı ile kefilin ibra ettiği hâllerde kefilin asıl borçluya rücu mümkün olmaz⁸¹.

⁶⁸ ÖZEN, *Kefalet*, s. 504.

⁶⁹ ÖZEN, *Kefalet*, s. 504.

⁷⁰ ARAL / AYRANCI, s. 601; ÖZEN, *Kefalet*, s. 504.

⁷¹ REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 473; ÖZEN, *Kefalet*, s. 504.

⁷² VISCHER, *CHK OR*, Art. 507, N. 2; KILIÇOĞLU, s. 80; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1597; KÜÇÜK, s. 57.

⁷³ GÜMÜŞ, 2022, s. 602.

⁷⁴ ÖZEN, *Kefalet*, s. 506.

⁷⁵ KRAUSKOPF / STUBER, *OFK OR*, Art. 507, N. 3; REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 474; ÖZEN, *Kefalet*, s. 505.

⁷⁶ Yargıtay, 13. HD, T. 01.10.2012, E. 2012/11524 K. 2012/21578: "... Davacı, davalının Halkbank ve ...bank'tan kullandığı kredilere kefil olduğunu, kredi taksitlerinin ödenmemesi üzerine 19.000 TL kredi borcunu ödediğini belirterek kefil sıfatı ile ödediği bu miktarın davalıdan tahsili istemiyle eldeki davayı açmış, delil olarak da ödemeye ilişkin makbuz asıllarını dosyaya sunmuştur. Taraflar arasındaki uyumsuzluk davacı tarafından dosyaya asılları ibraz edilen makbuzlardaki ödemelerin kimin tarafından yapıldığı hususundadır. Mahkemece, davacının ibraz ettiği makbuzlarda davacının isminin olmaması nedeniyle ödemelerin davacı tarafından yapılmadığı varsayımı ile davacının 3.250,00 TL ödemede bulunduğunu belirten bilirkişi raporuna itibar edilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Davalının adı yazılı ödeme makbuzları davacının elindedir ve onun tarafından ibraz edilmiştir. Davacının ibraz ettiği bir kısım makbuz asıllarında paranın davacı tarafından yatırıldığına dair bir açıklama yoktur. Ancak, makbuz asılları ödemeye karine teşkil eder. Davalının, makbuz asıllarının davacının elinde bulunuş nedeni hakkında da her hangi bir beyanı ve bu yolda bir açıklaması bulunmamasına göre, mahkemece davacı tarafından ibraz edilen 6 adet makbuz asıllarındaki 15.371,93 TL'lik ödeme miktarı da dikkate alınarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. ..."

⁷⁷ Yargıtay, 3. HD, T. 23.11.2009, E. 2009/17605 K. 2009/18908: "... Bir başka deyişle, kefil böyle bir dava ve talepte bulunabilmesi için öncelikle kefil olunan borcun eda edildiğini kanıtlamak zorundadır..." (Lexpera, ET: 11.04.2023).

⁷⁸ ÖZEN, *Kefalet*, s. 505.

⁷⁹ REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 473; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1597; EREN, s. 789; ÖZEN, *Kefalet*, s. 505.

⁸⁰ ÖZEN, *Kefalet*, s. 505.

⁸¹ KRAUSKOPF / STUBER, *OFK OR*, Art. 507, N. 3; PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507, N. 5; ARAL / AYRANCI, s. 602.

Alacaklının kefilin edimini kabulden kaçınması hâlinde TBK m. 593/II’de yer alan “*Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır.*” şeklindeki hüküm çerçevesinde kefilin borçtan kurtulması söz konusudur. Fakat bu sonuç her zaman kefilin çıkarına hizmet etmeyebilir. Böyle bir durumda kefil tevdi yoluna giderek alacaklının haklarına halef olabilmelidir⁸².

c. Kefilin Asıl Borçluya Rücu Hakkına Sahip Olması

Halefiyete dayanan rücu hakkını kullanmak isteyen kefilin bu hakkı haiz olması gerekir⁸³. Halefiyete dayanan rücu hakkının tanınmadığı hâller ve kefilin rücu hakkını kaybedeceği hâller bu hakkın kullanılmasını engeller⁸⁴.

Borçlunun yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle sorumlu olmadığı bir borç için kefalet verilmesi⁸⁵, zamanaşımına uğramış borç için kefalet verilmesi veya kumar veya bahisten doğan borç için kefalet verilmesi hâllerinde halefiyete dayanan rücu hakkı TBK m. 596/VI hükmü çerçevesinde tanınmamıştır⁸⁶. Ancak TBK m. 582/II hükmü gereğince yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç veya zamanaşımına uğramış bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumludur. TBK m. 596/VI hükmü ise kefilin zamanaşımına uğramış bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmesi hâlinde asıl borçlunun, kefile karşı vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olduğunu öngörmektedir.

Ehliyetsiz borçlunun yasal temsilcisinin onay vermemesi veya borçlunun yanılma sebebiyle sözleşme ile bağlı olmaması hâllerinde, asıl borç ilişkisi geçerli olmadığından, kefalet sözleşmesi de hüküm ifade etmez⁸⁷.

Asıl borçlunun talimatı olmaksızın zamanaşımına uğramış borca güvence veren kefilin rücu hakkı yoktur⁸⁸.

II. ÖZEL RÜCU HAKKI İLE GENEL RÜCU HAKKININ İLİŞKİSİ VE RÜCU HAKKININ KAPSAMI

A. Taleplerin Yarışması

Kefile tanınan iki farklı imkân olarak özel rücu ve genel rücu hakkı çerçevesinde kefil asıl borçluya talebini yöneltebilir. Hem özel rücu hakkının hem de halefiyetin gündeme gelmesi hâlinde bu iki hakkın yarışması söz konusu olur ve kefil istediği talebi seçebilir⁸⁹. Özel rücu hakkının kullanımında kefilin, asıl borçlu ile aralarında vekâlet, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme şeklinde tezahür eden temel ilişkiyi ispat etmelidir. Fakat bu anlaşmanın yazılı olmasına uygulamada pek rastlanılmadığından kefilin bu ilişkiyi ispatlaması zordur⁹⁰.

⁸² ÖZEN, *Kefalet*, s. 506.

⁸³ KILIÇOĞLU, s. 81-82.

⁸⁴ Halefiyete dayanan rücu hakkının tanınmadığı hâller burada incelenmiştir. Kefilin rücu hakkını kaybedeceği hâller için bkz. III, B.

⁸⁵ PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507, N. 5.

⁸⁶ VISCHER, *CHK OR*, Art. 507, N. 10; KRAUSKOPF / STUBER, *OFK OR*, Art. 507, N. 8; TANDOĞAN, s. 724-725.

⁸⁷ VISCHER, *CHK OR*, Art. 507, N. 10; TANDOĞAN, s. 722-723.

⁸⁸ KRAUSKOPF / STUBER, *OFK OR*, Art. 507, N. 8.

⁸⁹ BİLGİN, s. 420. Yargıtay, HGK, T. 09.12.2021, E. 2017/3088, K. 2021/1641; Yargıtay, HGK, T. 14.06.2022, E. 2019/149, K. 2022/894. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da kefilin halefiyetini değerlendirirken “... Böyle bir durumda kefil isterse asıl borçlu ile arasındaki iç ilişkiye dayanarak da yaptığı ödemeyi borçluya rücu etme imkânına sahip olacaktır...” ifadelerine yer vermektedir. Aksi yönde bkz. BİLGİN, *Halef*, s. 283. Bu görüşe göre kefilin halefiyetinin, kefile borçluya karşı tanınan rücu hakkının daha kolay gerçekleştirilmesi için vasıta olmaktan öte bir amacı yoktur.

⁹⁰ BİLGİN, s. 420.

TBK m. 596/I⁹¹ hükmü gereğince halefiyete dayanan rücu hakkı ve TBK m. 596/III⁹² hükmü çerçevesinde tarafların iç ilişkisine dayalı rücu hakkı arasında bir öncelik ilişkisi bulunmamaktadır. Kefilin bu iki haktan istediğine başvurması mümkündür; şu kadar ki taleplerden birinin reddedilmiş olması hâlinde diğerine başvurabilir⁹³. Ancak iki imkânın aynı anda olması hâlinde eğer kapsamları da aynı ise her iki imkâna birlikte başvurabilmesi mümkün değildir⁹⁴. Kapsamlarının farklılık arz etmesi hâlinde ise iki imkânın birbirini tamamlayıcı şekilde kullanılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır⁹⁵. Her iki imkânın kullanımı, iki kez rücu hakkı tahsili anlamına gelmemelidir zira birinden sonuç alınması ile diğeri son bulur⁹⁶.

Doktrinde özel rücu talebinin genel rücu talebini aşabileceği ancak genel rücu talebinin özel rücu talebini aşamayacağı görüşü savunulmaktadır⁹⁷. Özel rücu talebinin genel rücu talebini aşabileceğine katılmakla birlikte genel rücu talebinin özel rücu talebini aşmayacağı görüşüne katılmaya imkân yoktur. Zira kefilin TBK m. 596 hükmüyle düzenlenen halefiyeten peşinen feragat etmesi mümkün değildir⁹⁸. Taraflar iç ilişkide rücu düzenlerken kapsamı TBK m. 596 hükmü kapsamında daha dar bir rücu öngörmekteyse bu yasak kapsamında bu hükmün geçersiz olması gerekir. Ancak unutulmamalıdır ki peşinen feragat etmesi yasak olan kefilin, rücu hakkı doğduktan sonra bu haktan feragat etmesi mümkündür.

B. Farklılıkları

Farklı hukuki temellere dayanan genel rücu hakkı ve özel rücu hakkının koşulları birbirinden farklıdır. Genel rücu hakkı geçerli bir kefalet sözleşmesi çerçevesinde alacaklıyı tatmin eden kefilin yaptığı ödeme çerçevesinde kanunen alacaklıya halef olması ilkesine dayanır. Özel rücu hakkı ise asıl borçlu ile kefil arasındaki iç ilişki çerçevesinde bir ödeme yapılmasını gerektirir⁹⁹. Bir başka deyişle genel rücu hakkında halefiyet ilkesi doğrultusunda alacaklının haklarına halef olarak devam eden bir hak elde eden kefil, özel rücu hakkında kefalet sözleşmesine dayanmayan yeni bir hak elde eder¹⁰⁰.

Genel rücu talebinde geçerli bir kefalet sözleşmesi çerçevesinde tatmin ettiği ölçüde alacaklıyı tatmin ettiğini ispatlaması gereken kefil, özel rücu talebinde alacaklıyı tatmin etmemiş dahi olsa yaptığı giderleri isteyebilecektir¹⁰¹. Özel rücu hakkı, meydana gelen kaybı gidermeye yönelik tazminat niteliğinde talep hakkı¹⁰² iken genel rücu hakkı alacaklının sahip olduğu alacak hakkının kefile geçmesi ile süren tazminat niteliğinde kişisel bir talep hakkıdır¹⁰³.

Özel rücu hakkı, hak sahibi üzerinde doğan bağımsız yeni bir hak olduğundan, hak sahibinin şahsında doğduğu anda muaccel olurken genel rücu hakkında yeni bir hak doğmayıp halefiyet ile geçtiğinden muacceliyet kefilin değil alacaklının şahsında gerçekleşir¹⁰⁴. Genel rücu hakkında, halefiyet kuralları gereği, alacaklı için işleyen zamanaşımının kefil bakımından devam etmesi beklenir. Bu du-

⁹¹ TBK m. 596/I: “Kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabilir”.

⁹² TBK m. 596/III: “Kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan istem ve defiler saklıdır”.

⁹³ REİSOĞLU, *Kefilin Rücu*, s. 469.

⁹⁴ ÖZEN, *Kefalet*, s. 482.

⁹⁵ ÖZEN, *Kefalet*, s. 482-483.

⁹⁶ ÖZEN, *Kefalet*, s. 482-483; ÖZEN, *Özel Rücu*, s. 1453-1455.

⁹⁷ ÖZEN, *Kefalet*, s. 484.

⁹⁸ Bkz. III, A.

⁹⁹ ÖZEN, *Kefalet*, s. 488.

¹⁰⁰ KILIÇOĞLU, s. 14.

¹⁰¹ TEKELİOĞLU, Numan: “Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Rücu Hakkı”, *Leges Hukuk Dergisi*, 2015, Cilt 7, Sayı 62, s. 44.

¹⁰² KILIÇOĞLU, s. 13.

¹⁰³ Yargıtay, HGK, T. 23.02.2000; E. 2000/4-103, K. 2000/124 (Lexpera, ET: 03.04.2023).

¹⁰⁴ ÖZEN, *Kefalet*, s. 490.

rumun mantıksal bir neticesi olarak, özel rücu hakkı ve genel rücu hakkı bakımından farklı zamanaşım sürelerinin işlenmesi beklentisi oluşur. Ancak TBK m. 596/V¹⁰⁵ hükmü gereğince genel rücu hakkında da -tıpkı özel rücu hakkında olduğu gibi- alacaklının hakkından bağımsız olarak zamanaşımı süresi kefilin alacaklıya ifade bulunduğu andan itibaren işlemeye başlar¹⁰⁶.

C. Rücu Hakkının İç İlişkiye Dayanan Rücu Hakkı Bakımından Kapsamı

Birinin bir başkasının borcu için o kişi ile anlaşarak kefil olması hâlinde vekalet ilişkisi kurulur. Kişi asıl borçlunun haberi olmaksızın kefil olduğunda vekaletsiz iş görme gündeme gelir. Kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkinin vekalet veya vekaletsiz iş görme niteliği taşımadığı hâllerde ise sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulur¹⁰⁷. İç ilişkiye dayanan rücu hakkının kapsamı belirlenirken esas olan, asıl borçlunun elde ettiği menfaat değil, kefilin malvarlığında meydana gelen eksilmedir¹⁰⁸.

İç ilişkiye dayanan rücu hakkının doğması için tarafların vekalet sözleşmesi akdetmiş olmaları tek başına yeterli değildir. Vekilin kefil sıfatıyla alacaklıya ödemede bulunması veya bir zarara uğraması hâlinde vekalet ilişkisi çerçevesinde asıl borçludan talepte bulunması mümkündür¹⁰⁹.

Kefil, vekalet ilişkisi çerçevesinde bağımsız bir rücu hakkına sahipse de rücu hakkını kullanabilmesi özenli vekil gibi hareket etmesine bağlıdır¹¹⁰. Bu sebeple kefil, ödeme yapmadan önce esas borçluya başvurarak bilgi almalı; defî ve itiraz fark etmeksizin borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu savunmaları ve varsa takas hakkının bulunup bulunmadığını öğrenmelidir¹¹¹.

Kefilin iç ilişkiye dayanan rücu talebinin kapsamına yapılan giderlerin karşılanması talebi, faize ilişkin talep ve zararın tazmini talebi girer. Üstlenilen borçlardan kurtarılmaya ilişkin talep her ne kadar TBK m. 510/I hükmünde yer almaktaysa da kefalet sözleşmesinin ruhuna aykırı olduğundan uygulama alanı bulamaz.

Yapılan giderlerin karşılanması talebinin kapsam ve içeriği, taraflar arasındaki iç ilişkinin vekalet sözleşmesi olması hâlinde TBK m. 510 hükmü çerçevesinde belirlenir. Kefil, ilk olarak, yaptığı ödemeyi asıl borçludan talep edebilir. Bunun yanı sıra kefilin asıl borçlunun menfaatinin bir gereği olarak dava açılmasına yol açması hâlinde alacaklının açmış olduğu davanın yargılama giderleri veya geçerlilik şartı olmadığı hâlde alacaklının talebiyle resmi şekilde yapılan kefalet sözleşmesi için yapılan noter giderleri gibi yan giderler de TBK m. 510/I kapsamında talep edilebilir¹¹².

Taraflar arasındaki iç ilişkinin vekaletsiz iş görme ilişkisi olması hâlinde yapılan giderlerin karşılanması talebi TBK m. 529 hükmüne dayanır. Zorunlu ve durumun gereğine uygun olarak objektif bir ölçü çerçevesinde yararlı gider olarak nitelendirilebilecek yararlı giderler bu kapsamda talep edilebilir¹¹³.

Borçlunun malvarlığına etkisi ne olursa olsun gerek vekalet sözleşmesi gerekse vekaletsiz iş görme bakımından kefilin mali kaybının miktarı iç ilişkiye dayanan rücu talebinin tespitinde esas alınır¹¹⁴.

¹⁰⁵ TBK m. 596/V: “Kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifade bulunduğu anda işlemeye başlar.”.

¹⁰⁶ Bkz. III, C.

¹⁰⁷ BİLGE, *Halef*, s. 281; ÖZEN, *Kefalet*, s. 491; YENİCE, s. 67-68.

¹⁰⁸ REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 470.

¹⁰⁹ ÖZEN, *Kefalet*, s. 492.

¹¹⁰ ÖZEN, *Kefalet*, s. 492-493.

¹¹¹ ÖZEN, *Kefalet*, s. 493.

¹¹² ÖZEN, *Kefalet*, s. 498-499.

¹¹³ ÖZEN, *Kefalet*, s. 499.

¹¹⁴ ÖZEN, *Kefalet*, s. 499.

Taraflar arasında vekalet veya vekaletsiz iş görme ilişkisi bulunmuyorsa bu durumda, esas borçlunun hukuk alanına müdahalede bulunan kefilin mali kaybı gözetilmeksizin, esas borçlunun zenginleşme miktarı iç ilişkiye dayanan rücu talebinde belirleyici olur. Zenginleşme anı, kefilin alacaklıya ödeme yaptığı an değil, özel rücu talebinin borçluya yöneltildiği andır. Bu belirleme sayesinde, kefilin yaptığı ödeme borçlunun mali durumunda bir iyileşmeye sebep olmuş ve bu etkinin özel rücu talebi anında devam ediyor olması aranır¹¹⁵.

Kefilin borçluya yönelteceği özel rücu talebinin kapsamında TBK m. 510 veya m. 539 hükmü çerçevesinde faize ilişkin talep de yer bulur. Kefil, kural olarak, yasal faiz talep edebileceği de alacaklıya ödeme yapabilmek için yüksek faizle kredi kullanmak zorunda kalması gibi bir durumun varlığında bu orandaki faizi borçludan talep edebilir¹¹⁶. Kefil, yapılan giderler kapsamında ana borca ilişkin işlemiş ve birikmiş faiz ödemesinde bulunmak zorunda kalmışsa bu faiz giderleri için de rücu hakkı kapsamında faiz talep edebilir. Bu talep, faize faiz yürütülmesi kapsamında değerlendirilmez¹¹⁷.

Vekalet veren, asıl borçlunun kusuru ile ortaya çıkan zarar TBK m. 510/II kapsamında talep edilebilir. Vekaletsiz iş görmede TBK m. 529 kapsamında zararın tazmini hâkimin takdir yetkisine bağlıdır. Asıl borçlunun kusuru olmasa dahi hâkim zararın ödenmesi yönünde karar verebilir¹¹⁸.

Taraflar, kefilin özel rücu talebinin kapsamını genişletebilir veya sınırlandırabilir ve hatta tamamen ortadan kaldırılabirler¹¹⁹. Ancak yapacakları anlaşma genel rücu hakkını kısıtlayıcı nitelik taşıyamaz.

D. Rücu Hakkının Halefiyete Dayanan Rücu Hakkı Bakımından Kapsamı

1. Genel Olarak

Rücu hakkının kapsamı, kefilin sorumluluğunun kapsamı çerçevesinde belirlenir. Kefil, asıl borçlunun talep edebileceği kapsamda talepte bulunabilir¹²⁰. Kefilin sorumluluğunun kapsamı TBK m. 589'da ortaya koyulur:

“Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumludur.

Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azamî miktarla sınırlı olmak üzere, aşağıdakilerden sorumludur:

1. *Asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları.*
2. *Alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapılımlarını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi koşuluyla, borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar.*
3. *İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri.*

Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.

Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.”

¹¹⁵ ÖZEN, *Kefalet*, s. 500.

¹¹⁶ ÖZEN, *Kefalet*, s. 500-501.

¹¹⁷ ÖZEN, *Kefalet*, s. 501.

¹¹⁸ ÖZEN, *Kefalet*, s. 501-502.

¹¹⁹ ÖZEN, *Kefalet*, s. 503.

¹²⁰ KÜÇÜK, s. 70.

Hüküm altına alındığı üzere, kefilin sorumluluğu üstlendiği azami miktarı geçemez. eBK döneminden farklı ve İsviçre hukuku ile uyumlu olarak kefilin sorumluluğunun azami miktarı geçemeyeceği hususuna hükümde yer verilmiştir¹²¹. Kefilin ilişkinin başında sorumlu olduğu azami tutarın net olması, sonradan doğabilecek masraflar karşısında kefilin korunması anlamına gelir¹²².

2. Asıl Borç

Kefil rücu hakkını kullanırken, kendisinin ödemek durumunda kaldığı asıl borcu talep eder. Bu sebeple kefilin sorumluluğu bağlamında asıl borcun ele alınması rücu edilecek asıl borcun kapsamının belirlenmesi için önem taşır. Kefilin sorumluluğunun kapsamına öncelikle asıl borç girer¹²³. Kefilin kefalet sözleşmesi ile yükümlülük altına girdiği tutar, asıl borcun tamamı olmak zorunda değildir; borcun bir kısmına da kefil olunabilir¹²⁴. Kefaletin ferî niteliği gereği, kefilin sorumluluğu da borcun varlığına bağlıdır. Asıl borcun azalması ile kefilin sorumluluğu da aynı nispette azalır ve asıl borcun ortadan kalkması ile ortadan kalkar¹²⁵.

Asıl borcun miktarı belirlenirken borç tutarının veya ifa edilen tutarın esas alınacağı düşünülebilir. Kural olarak asıl borç; borcun itibari değeri değil, rücu hakkı sahibinin alacaklıyı tatmin etmek için ifa ettiği tutardır¹²⁶. İfa yerine daha az değerli edim ile alacaklı tatmin edildiğinde borç sona ereceğinden rücu hakkının kapsamının belirlenmesinde esas alınacak değer de borcun nominal değeri değil, bu değer olur¹²⁷.

Alacaklı tarafından yasal takibe konu edilen asıl borcun üzerinde bir miktarı ödeyen müteselsil borçlulardan biri rücu hakkını kullanırken kapsamın belirlenmesinde, davanın diğer müteselsil borçlulara ihbar edilip edilmediği ve takibe uğrayıp da aleyhine hüküm elde edilen müteselsil borçlunun davayı kaybetmekte ağır kusuru bulunup bulunmadığı göz önünde bulundurulur¹²⁸.

3. Asıl Borçlunun Kusuru veya Temerrüdünün Yasal Sonuçları

Asıl borçlunun kusuru veya temerrüdünün yasal sonuçlarından kefilin sorumlu olacağı TBK m. 589/II-1'de hüküm altına alınmıştır. Hükümün de açıkça düzenlediği üzere bu sorumluluk, kanundan doğan sonuçlara ilişkindir ve sözleşmeden doğan sonuçları kapsamaz¹²⁹. Sözleşme görüşmelerinden doğan zararlar da bu sorumluluk kapsamında değildir¹³⁰. Tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları cezai şarttan kefilin sorumlu olması söz konusu değilken cezai şart özel bir kanunda öngörülmüşse kefil bu cezai şarttan sorumlu olur¹³¹. Kamu özel iş birliği projeleri çerçevesinde, konuya ilişkin mevzuatta yer alan cezai şartın varlığı hâli örnek gösterilebilir.

¹²¹ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 154; TANDOĞAN, s. 779; ÖZEN, Burak: *Kefalet Sözleşmesi, Özellikler-Kuruluşu-Türleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (2008), s. 107; YENER, Mehmet: "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler", *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 2012, Cilt 4, Sayı 7, s. 108. İsviçre hukuku için bkz. HONSELL, Heinrich (Hrsg.): *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014 (Yazar, Kurzkommentar), ZELGER, *Kurzkommentar*, Art. 499; PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 499.

¹²² PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 499, N. 1.

¹²³ EREN, s. 781; ŞAHAN, Gökhan: *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 55.

¹²⁴ EREN, s. 781; ŞAHAN, s. 55.

¹²⁵ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 156; ÖZEN, 2008, s. 97; ACAR, s. 11; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 701.

¹²⁶ AKINTÜRK, Turgut: *Müteselsil Borçluluk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1971, s. 216; CANYÜREK, Murat: *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s. 122; KARAHASAN, Mustafa Reşit: *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, Cilt 2, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 1086; TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 318.

¹²⁷ AKINTÜRK, s. 216; CANYÜREK, s. 123; KARAHASAN, s. 1086.

¹²⁸ CANYÜREK, s. 123-124; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 318.

¹²⁹ TANDOĞAN, s. 775; EREN, s. 782; ŞAHAN, s. 56.

¹³⁰ TANDOĞAN, s. 776; EREN, s. 782.

¹³¹ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 161; OLGAC, Senai: *Kefalet*, Olgaç Matbaası, Ankara, 1978, s. 30; TANDOĞAN, s. 775, dn. 2; BİLGE, *Mesuliyet*, s. 119-120; ŞAHAN, s. 56.

Kefilin sorumluluğu müspet zarara ilişkindir ve borç her ne sebeple olursa olsun sona erdiğinde kefilin sorumluluğu sona erer¹³². Bu sebeple menfi zarar sebebiyle kefile başvurulması, kural olarak, mümkün değilse de kefalet sözleşmesi ile menfi zararın ve cezai şartın da kefilin sorumluluğu kapsamına alınması mümkündür¹³³.

Kefil TBK m. 589 gereği asıl borçlunun kusurlu davranışlarından doğan yasal sonuçlardan sorumlu tutulmuştur. Borçlunun kusursuz sorumluluğunu gerektiren hâllerde kefilin sorumluluğu doğmaz¹³⁴.

Temerrüdün yasal sonuçlarından da sorumlu tutulan kefil; borcun geç ifasından doğan zararlar, temerrüdün meydana gelmesinden sonra oluşan hasarlardan, para borcu söz konusu ise faizinden ve diğer zararlardan sorumlu olur¹³⁵.

4. Faiz

İsviçre hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da kefil, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki sözleşmede anapara faizi ödenmesi hususu kararlaştırılmış ise bu anapara faizinden sorumludur¹³⁶.

Kefil, TBK m. 589/II'de "İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdi faizler" şeklinde ifade edildiği üzere, akdi faizden sorumludur; burada anılan faiz temerrüt faizi değildir¹³⁷. Para borçlarındaki akdi faizlerin temerrüt faizine dönüşmesi temerrüt tarihi itibarıyla gerçekleşir¹³⁸. Temerrüt faizinden sorumluluk açısından doktrinde "temerrüde düşüldüğünü bilme" kriteri getirilmiştir. Şöyle ki borçlulardan birinin temerrüde düşürüldüğünü bilmelerine rağmen borcu ifa etmeyen diğer borçlulara, alacaklıya ödenen temerrüt faizi için rücu edilebilirken borçları daha sonraki bir tarihte muacceliyet kazanacak diğer borçlulara rücu edilemez¹³⁹.

İşlemiş ve işlemekte olan faizlerin başlangıç tarihinin vade tarihi olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁰.

Emredici nitelik taşımayan TBK m. 589/II hükmünden ayrılarak tarafların, kefalet sözleşmesinde, kefilin işlemiş ve işleyecek tüm faizlerden sorumlu olacağını kararlaştırmaları mümkündür¹⁴¹.

5. Masraflar

Kefilin asıl borçludan talep edebileceği masraflar, borçludan kaynaklanan masraflar ve kefilin kaynaklanan masraflar olarak ikiye ayrılabilir. Borçludan kaynaklanan masraflar TBK m. 589 hükmü gereğince kefilin sorumluluğuna dâhil edildiğinden kefil, sorumlu olduğu TBK m. 589'da belirtilen bu masraflar için ödeme yaptığı tutar nispetinde halefiyetten yararlanır. Kefil yalnızca alacaklının kefilin talepte bulunduğu sırada mevcudiyetini devam ettiren esas borç tutarını değil, esas borçla bağlantılı olarak yapmış olduğu masrafları da gerek genel rücu gerekse özel rücu kapsamında talep edebilir¹⁴². Avukatlık ücreti, icra giderleri ve faizi de rücu hakkı kapsamındadır¹⁴³.

¹³² REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 161; TANDOĞAN, s. 775; OLGAÇ, s. 50; BİLGE, *Mesuliyet*, s. 119; EREN, s. 782.

¹³³ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 162; TANDOĞAN, s. 775; EREN, s. 782; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 719.

¹³⁴ TANDOĞAN, s. 776; EREN, s. 782; ŞAHAN, s. 56.

¹³⁵ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 162; BİLGE, *Mesuliyet*, s. 144; EREN, s. 782.

¹³⁶ ZERGEL, *Kurzkommentar*, Art. 499, N. 5; AKINTÜRK, s. 216; EREN, s. 781; CANYÜREK, s. 124; KARAHASAN, s. 1088; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 318. Aynı yönde bkz. Yargıtay, 4. HD, T. 24.1.1980, E. 1980/10103, K. 1980/703 (naklen: KARAHASAN, s. 1088).

¹³⁷ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 163-164; YILMAZ, Merve: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, Sayı 97, s. 166.

¹³⁸ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 163-164; OLGAÇ, s. 30.

¹³⁹ AKINTÜRK, s. 216; CANYÜREK, s. 124; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 318.

¹⁴⁰ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 164; OLGAÇ, s. 30; BİLGE, *Mesuliyet*, s. 149 vd.; ŞAHAN, s. 58.

¹⁴¹ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 165; OLGAÇ, s. 31; BİLGE, *Mesuliyet*, s. 150; ARAL / AYRANCI, s. 589; EREN, s. 781. Yargıtay, 15. HD, T. 22.05.1979, E. 1979/1092, K. 1979/1217 (ŞAHAN, s. 59, dph. 221).

¹⁴² ÖZEN, *Kefalet*, s. 499, 508.

¹⁴³ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 163; OLGAÇ, s. 31; BİLGE, *Mesuliyet*, s. 145-146; EREN, s. 783; KARAHASAN, s. 1088.

Kefilden kaynaklanan masraflar, kefilin kendisinin alacaklı tarafından davaya açılmasına yol açması hâlidir. Alacaklının kefile dava açması hâlinde doğacak dava masraflarının rücu hakkı kapsamına girip girmeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Masrafların rücu hakkı kapsamına dâhil olup olmadığı belirlenirken esas alınacak ölçüt, masrafların esas borçlunun menfaatinin gözetilmesi için gerekli olup olmadığıdır¹⁴⁴. Kefil, alacaklının menfaatinin gözetilmesi için davaya muhatap oluyorsa bu dava çerçevesinde yapılan giderleri, özel rücu talebi çerçevesinde asıl borçludan talep edebilir¹⁴⁵. Borçlunun menfaatinin gözetilmesi maksadından bağımsız olarak kendisine dava açılmasına yol açan kefilin bu dava için yaptığı masraflar rücu hakkı kapsamında değildir¹⁴⁶.

III. RÜCU HAKKININ TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI, RUCU HAKKINDAN VAZGEÇME, RÜCU HAKKININ KAYBI

A. Rücu Hakkından Vazgeçme

Kefilin halefiyet hakkından peşin olarak vazgeçmesi TBK m. 582/III¹⁴⁷ hükmü gereğince yasaklanmıştır. Kefalet sözleşmesi kurulurken kefilin rücu hakkından feragat etmesi mümkün değildir; ayrıca kefalet sözleşmesinde değişiklik yapılarak da kefilin halefiyetten yararlanamayacağı kararlaştırılmaz¹⁴⁸. Özellikle alacaklının kredi kuruluşu olması hâlinde, alacağın tamamı ödenmeden rücu hakkının bulunmadığı yönünde öngörülen hükümler geçersizdir¹⁴⁹. Kefilin kanunun emredici hükümlerine aykırı bu hükümlerin geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez¹⁵⁰. Ancak rücu hakkının doğumundan sonra kefilin bu hakkı kullanmaması mümkündür¹⁵¹. Borç muaccel olduğunda halefiyete dayanan rücu hakkının derhâl kullanılabilmesini engelleyen anlaşmalar geçerli değildir. Alacaklı tatmin oluncaya kadar kefilin rücu hakkından vazgeçtiğine ilişkin sözleşme kefilin bağlamaz¹⁵². Doktrinde aksi yönde, her ne kadar kefil ile alacaklı arasındaki rücu hakkının kullanımını engelleyici veya sınırlayıcı nitelikteki sözleşmeler geçersizse de kefil ve esaslı borçlunun rücu hakkını engelleyen anlaşmaları geçerli olarak yapabilmelerinin mümkün olduğu görüşü de savunulmaktadır¹⁵³.

B. Rücu Hakkının Kaybı

1. Genel Olarak

Rücu hakkı genel rücu ve özel rücu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım çerçevesinde özel rücu hakkı da iç ilişkiden kaynaklanan sebeplerle sona erebilir. Ayrıca TBK m. 592/III ve m. 597/II'de yer alan koşulların varlığı hâlinde kefilin rücu hakkını asıl borçlunun zararına sebep olacak şekilde kullanmasını engellemek maksadıyla rücu hakkı sona ermektedir¹⁵⁴.

¹⁴⁴ ÖZEN, *Kefalet*, s. 499.

¹⁴⁵ ÖZEN, *Kefalet*, s. 499.

¹⁴⁶ ÖZEN, *Kefalet*, s. 499. Yargıtay, 4. HD, T. 12.06.1978, E. 1978/5882, K. 1978/7829: “Davacı, adam kullanan sıfatıyla 3. kişiye ödediği paranın haleflik arasında rücu tahsilini istediğine ve davalı önceki davada davaya dâhil bulunmadığına göre, iadenin kapsamı: Davacının mahkum olup ödediği para ile kendisi hakkında açılan davanın sonunda verilen hükmün kesinleşmesine kadar işleyecek faiz ve önceki davada hükmedilen avukatlık parası ve yargılama giderlerinden ibarettir. Kendi kusurlu davranışı ile işin icraya düşmesine yol açan davacı, kendi savsaması sonunda yapılmış icra giderlerini ve hükmün kesinleşmesinden sonra geçen sürenin faizini isteyemez. Çünkü anılan giderlerle davalının eylemi arasında uygun sebep sonuç bağı yoktur. O halde mahkemece yapılacak iş, icra giderleri ile hükmün kesinleşmesinden sonra işlemiş olan faizlere ilişkin bölümün hesaplanıp reddine karar vermektir. Anılan ilkelere aykırı düşüncelerle isteğin tümünün hüküm altına alınmış bulunması usul ve yasaya aykırıdır.”.

¹⁴⁷ TBK m. 582/III: “Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez”.

¹⁴⁸ VISCHER, *CHK OR*, Art. 507, N. 1; PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507, N. 4; REİSOĞLU, *Kefalet Hukuku*, s. 226; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 216; TANDOĞAN, s. 789; EREN, s. 789; GRASSINGER, s. 405; REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 498-499; ÖZEN, *Kefalet*, s. 543; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 701; GÜMÜŞ, 2022, s. 601.

¹⁴⁹ PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507, N. 4.

¹⁵⁰ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 217.

¹⁵¹ GRASSINGER, s. 405; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 217.

¹⁵² PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507, N. 4; ÖZEN, *Kefalet*, s. 543.

¹⁵³ ÖZEN, *Kefalet*, s. 543; ÖZEN, *Özel Rücu*, s. 1466.

¹⁵⁴ ÖZEN, *Kefalet*, s. 544.

Halefiyetin bir sonucu olarak kanun koyucu asıl borçluya rücu edebilmesi için kefilin birtakım yükümlülükleri yerine getirmesi şartı öngörmüştür. Asıl borçluyu korumayı hedefleyen bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi rücu hakkının kaybı sonucunu doğururken bu hususu ispat yükü asıl borçlu üzerinde bırakılmıştır¹⁵⁵.

2. Rücu Hakkının Kaybedileceği Hâller

a. Asıl Borçluya Ait Defilerin Kefil Tarafından İleri Sürülmemesi

Kefil, TBK m. 591/I-1 hükmü gereğince asıl borçluya veya mirasçılara ait tüm defileri ileri sürme yükümlülüğü altındadır. Asıl borçlu, kendisine ait savunma imkânları ileri sürülmüş olsaydı kefilin borcun ifasından kısmen veya tamamen kurtulma olanağının bulunduğu hususunu ispatlamalıdır¹⁵⁶. Bu yükümlülüğü yerine getirmemesi hâlinde kefil, TBK m. 591/III¹⁵⁷ hükmü çerçevesinde rücu hakkını kaybeder. Kefilin sorumluluğunun ferî niteliğinin bir sonucu olarak asıl borçlu veya mirasçılarının sahip olduğu savunma imkânlarını kullanmak, kefil için hem bir hak hem de yükümlülüktür¹⁵⁸. Ancak kefilin alacaklıyla kişisel ilişkisinden doğan savunma sebeplerini ileri sürme yetkisi varsa da bunları ileri sürme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁵⁹. Kefil ile asıl borçlu arasındaki defiler de alacaklıya karşı ileri sürülemez¹⁶⁰.

Bahse konu hüküm “defi” ifadesi kullanmaktaysa da itiraz hakları da ileri sürülmediği takdirde kefilin rücu hakkını kaldıracağından bu ifadeyi savunma imkânları olarak anlamak gerektiği kabul edilmektedir¹⁶¹.

Defilerin ileri sürülmesi, esas itibarıyla, borcu sona erdirici nitelikteki defiler yönünden önem arz etmektedir. Zira ileri sürülmeyen defi sebebiyle, sona erebilecek bir borç ifa edilmekte, bu sebeple de rücu hakkının ortadan kalkması gündeme gelmektedir¹⁶². Ancak ifayı erteleyici nitelikteki defilerin ileri sürülmemesi hâlinde borç defi ileri sürülse de sona ermeyeceğinden, rücu hakkı da sona ermez; yalnızca ileri sürülmeyen ancak ifayı erteleyen süre boyunca askıda kalır¹⁶³.

Kefilin söz konusu defileri bilmesi veya bilmesi gerekmesi hâllerinin asıl borçlu tarafından ispat edilmesi durumunda, defileri ileri sürmeyen kefil ileri sürmediği defiler ölçüsünde rücu hakkını kaybeder¹⁶⁴. Kefilin rücu hakkını kaybı ile sonuçlanan kusurlu davranışının ortaya çıkmasının önlenmesi için asıl borçluya da kefilin aydınlatma külfeti getirilmiştir. Asıl borçlu, kefilin sahip olduğu savunmalar hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür¹⁶⁵. Aydınlatma yükümlülüğü kapsamına asıl borcu sona erdirici nitelik taşıyan asıl borcun geçerli olarak doğmadığı veya sonradan kısmen veya tamamen ortadan kalktığına ilişkin savunmalar girmektedir¹⁶⁶. Başka bir ifadeyle borcun doğumu, geçerliliği, dava edilebilmeleri ve hükümleri ile ilgili savunmalar bu kapsamda değerlendirilir¹⁶⁷.

¹⁵⁵ ÖZEN, *Kefalet*, s. 543.

¹⁵⁶ GRASSINGER, s. 408.

¹⁵⁷ TBK m. 591/III: “Kefil, asıl borçluya ait defilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu defileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemeden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder.”

¹⁵⁸ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 168; OLGAÇ, s. 41; ÖZEN, *Kefalet*, s. 543.

¹⁵⁹ TANDOĞAN, s. 783-784; ÖZEN, *Kefalet*, s. 549; AYAN, Serkan: *Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 377.

¹⁶⁰ AYAN, s. 377.

¹⁶¹ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 169; ÖZEN, *Kefalet*, s. 545.

¹⁶² GRASSINGER, s. 406-407; ŞAHAN, s. 69.

¹⁶³ ÖZEN, *Kefalet*, s. 546; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 219; TANDOĞAN, s. 782.

¹⁶⁴ ÖZEN, *Kefalet*, s. 546.

¹⁶⁵ ÖZEN, *Kefalet*, s. 548.

¹⁶⁶ TANDOĞAN, s. 781.

¹⁶⁷ REİSOĞLU, *Kefilin Rücu*, s. 494.

Asıl borçlunun, geçerli bir borcun doğmaması sebebiyle borçtan kurtulma imkânını kefile haber vermemesinin bir sonucu olarak kefil alacaklıyı tatmin ettiyse asıl borçlu aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediğinden kefilin rücu hakkı devam eder. Rücu hakkı, kefilin bilmesi veya bilmesi gerekmesi hâlinde ortadan kalkmakta iken aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmediği için bilemeyen kefilin bu bilgiye ulaşmamasında kusuru bulunmamaktadır¹⁶⁸.

b. Kefilin Yaptığı Ödemeyi Asıl Borçluya Bildirmemesi

TBK m. 597¹⁶⁹ hükmü gereğince borcu ödediğini borçluya bildirmek zorunda olan kefil, bu bildirim külfetini yerine getirmemesi sonucunda asıl borçlunun mükerrer ödeme yapması hâlinde asıl borçluya rücu hakkını kaybeder. Rücu hakkını kaybetmek istemeyen kefilin kısmen veya tamamen yaptığı ödemeyi asıl borçluya bildirmemesi, rücu hakkını kullanmanın bir koşulu olarak öngörülmüştür¹⁷⁰. Burada kefilin rücu hakkını muhafaza etme maksadının yanında mükerrer ifayı önleme maksadı vardır, yani alacaklının kötü niyetli olarak ikinci ödemeyi kabul etmesi hâlinde asıl borçlunun korunması hedeflenmektedir¹⁷¹.

Bildirim külfetini yerine getirmeyen kefil; rücu hakkını kaybeder, halefiyetten kaynaklanan teminatlardan yararlanamaz ve mükerrer ödeme yapılması söz konusu olduğunda alacaklı sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulur¹⁷².

Rücu hakkının ortaya çıkmasını sağlayan tüm ödemeler, faize ilişkin ödemeler de dâhil olmak üzere, kefilin bildirim yükü kapsamındadır¹⁷³. Bildirimi gerçekleştiren kefil, rücu hakkına sahip olmaya devam eder. Ancak bildirimden asıl borçlu, kefile yüklenmeyecek bir sebepten hiç haberdar olmamış veya geç haberdar olmuşsa rücu hakkının devam edip etmeyeceğine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, bu durumda rücu hakkının devam edeceğini ifade ederken¹⁷⁴ diğer görüş, iyi niyetli asıl borçluyu koruyarak rizikoyu kefile yüklemekte ve rücu hakkının devam etmeyeceğini ileri sürmektedir¹⁷⁵. Devam etmeyeceğini ileri süren görüş, buna TBK m. 186¹⁷⁶ gereğince halefiyet neticesinde alacağın kefile geçtiğini bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen asıl borçlunun alacaklıya ödeme yapması neticesinde kefilin rücu talebiyle muhatap olmadan borçtan kurtulmuş sayılacağı hükmüne uygun düşmesini gerekçe göstermektedir¹⁷⁷. Bu noktada kefilin sadece bildirmekle kalmaması ve asıl borçluya ulaştığını da sağlaması, bu sonucun engellenmesi bakımından önem arz eder. Kefilin yaptığı ödemeye rağmen asıl borçlunun iyi niyetli olarak yaptığı ödemeyi kabul eden alacaklı, rücu hakkının ortadan kalkmasına yol açmakta ancak kefilin sebepsiz zenginleşme talebi ile karşı karşıya gelmektedir¹⁷⁸. Asıl borçlunun kefilin ödemesine rağmen ödeme yaptığı ihtimalde kefil, alacaklının haklarına halef olmuş ve teminatları devralmıştır fakat rücu hakkının kaybı hâlinde kefilin bu teminatları talep etmesi hakkaniyete aykırı olarak değerlendirilmektedir¹⁷⁹. Kanaatimizce kefil, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmekle mükellef olduğundan ancak kendisine bağlı sebeplerden sorumlu-

¹⁶⁸ ÖZEN, *Kefalet*, s. 549.

¹⁶⁹ TBK m. 597: “Borcu tamamen veya kısmen ödeyen kefil, durumu borçluya bildirmek zorundadır. Kefil, bu bildirimde bulunmazsa ve ödemeyi bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen borçlu da alacaklıya ifada bulunursa, rücu hakkını kaybeder. Kefilin, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı saklıdır.”

¹⁷⁰ GRASSINGER, s. 410; ÖZEN, *Kefalet*, s. 550; REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 495.

¹⁷¹ REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 495.

¹⁷² REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 204; REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 495; GRASSINGER, s. 392-393.

¹⁷³ ÖZEN, *Kefalet*, s. 550.

¹⁷⁴ TANDOĞAN, s. 790.

¹⁷⁵ ÖZEN, *Kefalet*, s. 551-552.

¹⁷⁶ TBK m. 186: “Borçlu, alacağın devredildiği, devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya; alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyiniyetle ifada bulunarak borcundan kurtulur”.

¹⁷⁷ ÖZEN, *Kefalet*, s. 551-552.

¹⁷⁸ ÖZEN, *Kefalet*, s. 551-552.

¹⁷⁹ REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 495.

dur. Kendisine bağı olmayan sebeplerle asıl borçluya bildirim ulaşmaması hâlinde rücu hakkının sona erdiğini kabul etmek, kefilin sorumluluğunu gereksiz şekilde genişletmek sonucunu doğurur. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmak, kefil için rücu hakkına göre dezavantajlı bir durum yaratır. Kefilin rücu hakkının varlığı ile teminatları devralması alacağına kavuşabilmesi yönünden önem arz eder. Kanun kefile bildirim yükümlülüğü yüklemiş olmasına karşın kefilin sorumluluğunu genişleten bir yorum yapmak, asıl borçluyu kefile karşı korumak anlamını taşır. Asıl borçlu ve kefil arasında menfaat dengesi gözetilecekse -ki bu görüşlerden birinin kabulü, bu anlamı taşır- kefalet ilişkisinin doğası gereği korunması gereken taraf kefiledir.

Kefilin bildirim yükünü yerine getirmediğinin ve ikinci defa ödemenin yapıldığının ve bu ödeme ile bildirim yükünün yerine getirilmemesi arasında illiyet bağının mevcut olduğunun asıl borçlu tarafından ispatlanması gerekir¹⁸⁰. Bildirim yapıldığı hususu ise kefil tarafından ispatlanmalıdır¹⁸¹.

3. Rücu Hakkını Kaybeden Kefilin Durumu

Kefilin asıl borçluya rücu hakkını kaybedeceği hâllerden biri meydana geldiğinde, kefil malvarlığında meydana gelen azalmaya katlanmak zorunda kalmaz. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kefilin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanması mümkündür¹⁸².

Kefil, bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde defileri ileri sürmediği ölçüde rücu hakkını kaybeder. Asıl borcun geçersizliği veya ortadan kalmasına ilişkin defiler söz konusu ise ve buna rağmen kefil alacaklıya ödeme yaptı ise sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde alacaklıdan ödediği tutarı talep edebilir¹⁸³. Zira asıl borcun geçersizliği hâlinde kefilin de sorumluluğu bulunmayacağından olmayan borcun ifası sebebiyle sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak alacaklıdan ödeme tutarının iadesini talep edebilir¹⁸⁴.

Bildirim yükünü yerine getirmeyen kefilin bu sebeple ikinci defa ödeme yapan asıl borçluya karşı rücu hakkını kaybetmesine karşın, TBK m. 597 gereğince, sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkı mevcuttur. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kefil, hem rücu hakkını kaybeder hem de halefiyet dolaşısıyla asıl borçlu veya üçüncü kimselerin vereceği teminatlardan yararlanamaz¹⁸⁵ ancak mükerrer ödeme yapılması hâlinde alacaklıdan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talepte bulunabilir¹⁸⁶. Zira alacaklı kefil tarafından tatmin edilmesine rağmen asıl borçlu tarafından yapılan iyi niyetli ödemeyi kabul etmekle, halefiyetle kefile geçecek olan alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisi olmamasına karşın rücu hakkının kaybına yol açmakta ve kefil aleyhine sebepsiz zenginleşmektedir¹⁸⁷.

C. Rücu Hakkının Tabi Olduğu Zamanaşımı

Zamanaşımının belirlenmesinde esas alınacak hukuki ilişki, iç ilişkiye dayanan rücu hakkında taraflar arasındaki iç ilişkidir. Halefiyete dayanan rücu hakkında ise rücu hakkı alacaklının tatmin edilmesiyle doğar. Bu sebeple kefaletle dayanan rücu hakkının tabi olduğu zamanaşımı kefilin alacaklıyı tatmin ettiği anda başlar¹⁸⁸. Kefilin halef olduğu haklar, kefilin halefiyetinden kısa bir süre sonra za-

¹⁸⁰ ÖZEN, *Kefalet*, s. 552.

¹⁸¹ ÖZEN, *Kefalet*, s. 552-553.

¹⁸² ÖZEN, *Kefalet*, s. 553.

¹⁸³ ÖZEN, *Kefalet*, s. 553.

¹⁸⁴ ÖZEN, *Kefalet*, s. 553. Kefil, TBK m. 78'de aranan koşulların gerçekleşmesi neticesinde talebini ileri sürebilecektir. Kendisini borçlu sanarak borçlanılmamış edimi yerine getirdiğini ispat etmesine bağı olarak geri istemesi mümkün olabilecektir.

¹⁸⁵ KILIÇOĞLU, s. 17.

¹⁸⁶ REİSOĞLU, *Kefilin Rücuu*, s. 495.

¹⁸⁷ ÖZEN, *Kefalet*, s. 554.

¹⁸⁸ VISCHER, *CHK OR*, Art. 507, N. 9; KRAUSKOPF / STUBER, *OFK OR*, Art. 507, N. 7; WILDHABER, Isabelle / DEDE, Sevda: *Berner Kommentar Obligationenrecht, OR 139, Die Verjährung, Art. 127-142 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, Stämpfli Verlag, Bern, 2021, Art. 139, N. 84.

manaşımına uğrayabilir veya kefil zamaşımını kesecek bir fiili gerçekleştirmeden hemen önce zamaşımı gerçekleşebilir. Bunun gibi risklere karşı kanun koyucu kefilin korumasız bırakmış değildir. Türk ve İsviçre hukuklarında kanun koyucu zamaşımının başlangıç anını kefilin alacaklıya ifade bulunması anı olarak düzenleyerek alacaklıyı zamaşımına karşı korumuştur¹⁸⁹. Bu koruma olmasaydı, halefiyette yeni bir hak doğmayacağından, işlemeye başlamış bulunan zamaşımının devam etmesi gerekecekti¹⁹⁰.

Halefiyete dayanan kefilin rücu hakkına ilişkin olarak TBK m. 596/V¹⁹¹ hükmü ile zamaşımının başlangıç anı düzenlenmişse de özel bir zamaşımı süresi düzenlenmemiş olduğundan, genel zamaşımı süresi olan 10 yıllık süre uygulama alanı bulur¹⁹². İç ilişkiye dayanan rücu hakkında zamaşımı süresi de zamaşımı süresinin başlangıç anı da bu ilişkinin türüne göre belirlenir¹⁹³. İç ilişkinin vekalet sözleşmesi olması hâlinde, TBK m. 147/I-6 hükmü gereğince, beş yıllık zamaşımı uygulanır. Sebepsiz zenginleşme söz konusu ise TBK m. 82 hükmü çerçevesinde iki yıl ve on yıllık zamaşımı gündeme gelir. Vekaletsiz iş görmeye dayanan talep ise kefil ile asıl alacaklı arasındaki ilişkinin gerçek veya gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye niteliği taşımasına göre farklılık arz eder. Gerçek vekaletsiz işgörmeden doğan alacaklar 10 yıllık zamaşımına tabidir¹⁹⁴. Gerçek olmayan vekaletsiz işgörme bakımından zamaşımı süresi hakkında doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüş, TBK m. 72 veya m. 83 hükümlerine kıyasen iki yıllık kısa zaman aşımı uygulanması gerektiğini kabul etmektedir¹⁹⁵. İkinci görüşe göre ise TBK m. 146 hükmü gereğince 10 yıllık zamaşımı süresine tabidir¹⁹⁶.

Kefilin alacaklıyı tatmin etmesiyle birlikte halefiyet ilkesi gerçekleşir ve alacak yenilenerek kefile intikal eder ve bu intikal ile kefilin 10 yıllık zamaşımı süresi başlar¹⁹⁷. Kefil kısmı ifade bulunur ise kefile intikal eden kısım için rücu zamaşımı süresi işlemeye başlarken ifa edilmeyen kısım için alacaklının zamaşımı süresi işlemeye devam eder¹⁹⁸. TBK m. 593/III hükmü çerçevesinde alacaklının rızası ile veya asıl borçlunun vadeden önce borcunu ödemeye yetkili olduğu hâllerde kefilin borcun muacceliyetinden önce ifade bulunması hâlinde ise borcun zamaşımı süresinin beklenmesi gerekir¹⁹⁹.

SONUÇ

Teminat sözleşmelerinden şahsi teminat öngören kefalet sözleşmesinde kefil, bu ilişki çerçevesinde başkasının borcunu ödemeyi taahhüt etmektedir. Güven ilişkisi çerçevesinde kurulan kefalet sözleşmesinde, beklenti her ne kadar bunun yalnızca bir güvence olarak kalması ise de kefil fiilen bu mali yük ile karşı karşıya kalmaktadır. Kefilin güveni boşa çıktığında ve hukuki imkânlara başvurmamak durumunda kaldığında kefilin asıl borçluya rücuu karşımıza çıkmaktadır. Kefilin asıl borçluya rücuunda kanun koyucu halefiyete dayanan rücu hakkını öngördüğü TBK m. 596 düzenlemesiyle kefilin koruma-

¹⁸⁹ ÖZEN, *Kefalet*, s. 555.

¹⁹⁰ KILIÇOĞLU, s. 13.

¹⁹¹ TBK m. 596/V: “Kefilin rücu hakkına ilişkin zamaşımı, kefilin alacaklıya ifade bulunduğu anda işlemeye başlar”.

¹⁹² KRAUSKOPF / STUBER, *OFK OR*, Art. 507, N. 7; OLGAC, s. 128-129; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014 (2014), s. 441; GÜMÜŞ, 2022, s. 605.

¹⁹³ GÜMÜŞ, 2014, s. 441; GÜMÜŞ, 2022, s. 605.

¹⁹⁴ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1488.

¹⁹⁵ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1491.

¹⁹⁶ BAŞ SÜZEL, Ece / YASAN, Candan: “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 2, s. 369.

¹⁹⁷ GÜMÜŞ, 2014, s. 442; GÜMÜŞ, 2022, s. 605.

¹⁹⁸ VISCHER, *CHK OR*, Art. 507, N. 9; PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507, N. 12; ÖZEN, *Kefalet*, s. 555.

¹⁹⁹ TANDOĞAN, s. 787; PESTALOZZI, *BSK OR*, Art. 507, N. 5.

yı amaçlamaktadır. Böylece kefile, iç ilişkiye dayanan rücu hakkında karşılaşması olası ispat problemleri ile karşılaşmadığı ikinci bir yol sunulmaktadır.

Halefiyete dayanan rücu hakkı, kanunun düzenleme şekli itibarıyla halefiyetin genel düzenlemelerinden ayrılmakta ve bu sebeple doktrinde tartışmaya yol açmaktadır. Katıldığımız görüş çerçevesinde ise kefile iç ilişkiye dayanan ve halefiyete dayanan olmak üzere iki rücu hakkı tanınmıştır. Ancak bu iki imkânın temelinde kefilin katlanmak zorunda kaldığı mali yükü tazmin etme amacı bulunduğundan, aynı kapsamda her ikisine birden başvurmak mümkün değildir. Kefilin yarışan bu iki imkândan birini seçmesi gerekir. Somut olayın özelliği gereği tamamlayıcı olarak kullanılabilmesi mümkünse bunda bir beis yoktur.

İç ilişkiye dayanan ve halefiyete dayanan rücu hakları farklı zamanaşımı sürelerine tabidir. İç ilişkiye dayanan rücu hakkında belirleyici olan iç ilişkinin hukuki niteliği iken halefiyete dayanan rücu hakkında alacaklının tatmin edilmesiyle genel zamanaşımı süresi esas alınmaktadır. Her ne kadar halefiyette, kural olarak, alacağın halefe geçiş anı yeni bir zamanaşımı başlatmaya mahir değilse de kanun koyucunun kefilin koruma saikiyle düzenlediği hüküm, zamanaşımının başlangıcını alacaklının tatmin edilmesi ve kefilin halefiyetinin doğması anı olarak belirlemiştir. Bu hüküm, halefiyete dayanan rücu hakkının halefiyetin genel düzenlemelerinden ayrıştığını göstermektedir.

Kefilin asıl borçluya karşı korunması amacıyla kefilin kendisine tanınan haklardan peşinen feragat edemeyeceği hükmü getirilmiştir. Öte yandan kefile asıl borçluya ait defileri ileri sürme ve yaptığı ödemeyi asıl borçluya bildirme külfeti yüklenmiştir. Kefil, kanundan doğan rücu hakkından peşinen feragat edemez ancak mali yükü üstlendikten sonra rücu hakkını kullanmayabilir. Külfetleri yerine getirmez ise rücu hakkını kullanamamakta, yalnızca asıl borçlunun sebepsiz zenginleşmesi karşısında sebepsiz zenginleşmeden doğan talebini ileri sürebilmektedir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Özlem: *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- AKINTÜRK, Turgut: *Müteselsil Borçluluk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1971.
- AKİPEK ÖCAL, Şebnem: “Kefalet Sözleşmesi”, (Ed.) ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- AYAN, Serkan: *Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İleri Kitabevi, İzmir, 2013.
- BAŞ SÜZEL, Ece / YASAN, Candan: “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 2, s. 365-396.
- BİLGE, Necip: “Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1954, Cilt 11, Sayı 1, s. 281-295 (Halef).
- BİLGE, Necip: “Kefilin Mesuliyetinin Şumülü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1956, Cilt 13, Sayı 1, s. 86-171 (Mesuliyet).
- BİLGİN, Mahmut: *Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- CANYÜREK, Murat: *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003.
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- GRASSINGER, Gülçin Elçin: “Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1996, Cilt 55, Sayı 1-2, s. 389-412.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt II, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014 (2014).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022 (2022).
- HONSELL, Heinrich (Hrsg.): *Kurzkomentar Obligationenrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014 (Yazar, Kurzkomentar).
- HUGUENIN, Claire / MÜLLER-CHEN, Markus (Hrsg.): *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016 (Yazar, CHK OR).
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, Cilt 2, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefîyet*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm I*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- KORKMAZ, Ekin: *Türk Borçlar Hukukunda Halefîyet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta / WOLF, Stephan (Hrsg.): *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016 (Yazar, OFK OR).
- KÜÇÜK, Damla: “Borçluya Halefîyet”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Sayı 1, s. 55-90.
- MUTLU, Latif: *Hukuk Sözlüğü*, Akademi İstanbul Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- NOMER, Haluk N.: “Halefîyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortalının Rücu Hakları Bakımından Halefîyetin Rolü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1997, Cilt 55, Sayı 3, s. 243-260.
- OLGAÇ, Senai: *Kefalet*, Olgaç Matbaası, Ankara, 1978.

- ÖZEN, Burak: “Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Talebiyle İlişkisi”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1445-1480 (Özel Rücu).
- ÖZEN, Burak: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017 (Kefalet).
- ÖZEN, Burak: *Kefalet Sözleşmesi, Özellikler-Kuruluşu-Türleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (2008).
- REİSOĞLU, Seza: “Kefilin Rücu ile İlgili Meseleler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1961, Cilt 1, Sayı 4, s. 465-509 (Kefilin Rücu).
- REİSOĞLU, Seza: *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1992 (Kefalet).
- REİSOĞLU, Seza: *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964 (Kefalet Hukuku).
- ŞAHAN, Gökhan: *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- TANDOĞAN, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- TEKELİOĞLU, Numan: “Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Rücu Hakkı”, *Leges Hukuk Dergisi*, 2015, Cilt 7, Sayı 62, s. 31-50.
- TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- WIDMER LÜCHINGER, Corinne / OSER, David (Hrsg.): *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, 6. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020 (Yazar, BSK OR).
- WILDHABER, Isabelle / DEDE, Sevda: *Berner Kommentar Obligationenrecht, OR 139, Die Verjährung, Art. 127-142 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, Stämpfli Verlag, Bern, 2021.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022.
- YENER, Mehmet: “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 2012, Cilt 4, Sayı 7, s. 105-114.
- YENİCE, Özge: *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- YILDIRIR, Efe Can: *Birlikte Kefalet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 2. Baskı, Yorum Matbaacılık-Yayıncılık, Ankara, 1982.
- YILMAZ, Merve: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, Sayı 97, s. 155-170.
- YILMAZ, Merve: “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, Cilt 1, Sayı 7, s. 67-92 (Geçerlilik Şartları).



Denizyoluyla Yapılan Eşya Taşımaları Bakımından Türk Ticaret Kanunu'nda Taşıyan Lehine Düzenlenmiş Olan Muhtemel Sorumsuzluk Sebepleri^(*)



*Presumptive Exoneration Grounds in favor of the Carrier in
Turkish Commercial Code No. 6102 in Terms of
Transportation of Goods by Sea*

Ahmet Batuhan OYAL



Doktor Öğretim Üyesi

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Taşıyanın
Sorumluluğu,
Taşıyanın Muhtemel
Sorumluluk Sebepleri,
Denizyoluyla Eşya
Taşımada Zarar,
Deniz Tehlikeleri,
Taşıyan Lehine
Kusursuzluk Karinesi.

Öz

Taşıyan, eşya hâkimiyetinde bulunduğu sırada meydana gelmiş olması şartıyla yükte meydana gelen zıya ve hasar ile yükün geç teslimi nedeniyle oluşan zararlardan sorumludur. Bununla birlikte taşıyanın meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulması, bazı hallerde mümkün kılınmıştır. Taşıyan, zararın kendisinin veya adamlarının kastından veya ihmalden doğmadığını ispat ederek zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabilir. Fakat kusursuzluğunu taşıyan ispat etmek zorunda olduğundan, ispatsızlık rizikosunu da taşıyana yüklenmiştir. Kusursuzluğun ispatı her durumda kolay olmadığından, Kanun'da taşıyan lehine bazı mutlak ve muhtemel sorumsuzluk sebepleri kabul edilmiştir. Böylelikle zararı meydana getiren olayın bir mutlak veya muhtemel sorumsuzluk sebebi teşkil ettiği durumlarda, öngörülen bu düzenlemelerle taşıyanın kusursuzluğunu ispatı bakımından getirilmiş olan ağır ispat yükü yumuşatılmıştır. Bu çalışmada, Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca taşıyanın eşyanın zıya, hasarı ve geç tesliminden doğan sorumluluğuna genel olarak değinildikten sonra Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasında sekiz bent şeklinde düzenlenen taşıyanın kusursuzluk ve uygun illiyet bağı kurinelerinden yararlandığı haller incelenmiştir.

Keywords

Liability of the Carrier,
Presumptive
Exoneration Grounds
of Carrier,
Damage in the
Transport of the
Goods,
Perils of the Sea,
Presumption of
Faultlessness in Favor
of the Carrier.

Abstract

Under Turkish Commercial Code Nr. 6102, the carrier is liable for the loss, damage and delayed delivery of the Cargo, provided that the damage has occurred while goods were under the control of carrier. However, in some cases, it is possible for the carrier to be relieved of its liability for the damage caused. The carrier may be relieved of its liability for damage to the cargo by proving that the damage was not caused by the intent or negligence of himself or his men. Nevertheless, the carrier must prove his or his men's faultlessness. The proof of faultlessness is not easily fulfilled. Therefore, some excepted perils have been accepted in Turkish Commercial Code in favor of the carrier to soften the heavy burden of proof in regard to faultlessness. In this study, carrier's liability arising from the loss, damage and late delivery of the goods and the cases where the carrier benefits from the presumptions of faultlessness and appropriate causal link, which is regulated as eight subparagraphs in the first paragraph of Article 1182 of the Turkish Commercial Code, are examined.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 03.11.2023, Kabul Tarihi: 18.12.2023.

GİRİŞ

Taşıyanın yükü ilgili sorumluluğunun tarihsel gelişimi incelendiğinde, 19. yüzyıldan itibaren ticari faaliyetlerin artmasına bağlı olarak deniz yoluyla taşımalarda daha büyük gemilerin kullanılmaya başlandığı, taşınan yük miktarı ve hacmi arttığı için taşıma sırasında bir zarar meydana gelmesi durumunda ödenecek tazminat yükünün de haliyle arttığı, buna bağlı olarak da ekonomik olarak gücü elinde bulunduran donatanların birlikte hareket etmek suretiyle iktisadi açıdan daha güçsüz durumda olan yükü ilgililere karşı yükte meydana gelecek zarardan doğacak sorumluluklarını bertaraf eden sözleşme şartlarını kabul ettirdikleri tespit edilmektedir. Taşıyan ile yükü ilgili arasındaki menfaat dengesi, taşıyan lehine kararlaştırılan sorumsuzluk anlaşmaları nedeniyle yükü ilgili aleyhine bozulmuş ve yükü ilgili taşınan eşyada zarar meydana gelmesi durumunda bu zararını tazmin edemez hale gelmiştir. Taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması için öncelikle Amerika Birleşik Devletleri'nde 1893 tarihli *Harter Act*, 1921 tarihinde Milletlerarası Hukuk Derneği (*International Law Association*) tarafından Lahey'de düzenlenen kongrede "Lahey Kuralları"¹ olarak anılan kurallar kabul edilmiştir. Bu kurallar bağlayıcı olmadığından, bazı değişiklikler yapıldıktan sonra bir milletlerarası anlaşma haline getirilmiş ve 25.08.1924 tarihli Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkında Milletlerarası Sözleşme olarak kabul edilmiştir. Lahey Kuralları olarak anılan bu milletlerarası sözleşmeyle taşıyanın ticari kusurdan ileri gelen ve geminin başlangıçtaki elverişsizliği nedeniyle sorumluluğu emredici olarak düzenlenmiş, geminin sevkine ve başkaca teknik idaresine ilişkin kusurdan sorumlu olmadığı kabul edilmiştir.

Lahey Kuralları, taşıyanın sorumluluğuna ilişkin Alman Ticaret Kanunu hükümleri üzerinde etkili olmuş ve Alman kanun koyucu, taşıyanın sorumluluğu bakımından milletlerarası anlaşmadaki genel esasları benimsemiştir. Alman Ticaret Kanunu hükümleri, iktibas yoluyla mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na² alınmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda³, mülga 6762 sayılı Kanun'da benimsenen sorumluluk rejimi büyük oranda korunmuştur. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, uluslararası alandaki gelişmeler dikkate alınmak suretiyle modern ihtiyaçları karşılayabilmek amacıyla mülga Türk Ticaret Kanunu hükümlerinden farklı veya daha ayrıntılı bazı düzenlemeler yapılmıştır.

Taşıyanın eşyanın zıyaı, hasarı veya teslimindeki gecikme nedeniyle doğan sorumluluğu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1178. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Taşıyan, eşya hâkimiyetinde bulunduğu sırada meydana gelmiş olması şartıyla yükte meydana gelen zıya ve hasar ile yükün geç teslimi nedeniyle oluşan zararlardan sorumlu kılınmıştır. Bununla birlikte taşıyanın bazı hallerde meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulmasına imkân tanınmıştır. Taşıyan, zararın kendisinin veya adamlarının kastından veya ihmalden doğmadığını ispat ederek yükü ilgili zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabilir (TTK m. 1179/I). Fakat kusursuzluğunu taşıyan ispat etmek zorunda olduğundan, ispatsızlık rizikosunu da taşıyana yüklenmiştir. Kusursuzluğun ispatı her durumda kolay olmadığından, taşıyan lehine bazı mutlak ve muhtemel sorumsuzluk sebepleri kabul edilmiştir. Böylelikle zararı meydana getiren olayın bir mutlak veya muhtemel sorumsuzluk sebebi teşkil ettiği durumlarda, öngörülen bu düzenlemelerle taşıyanın kusursuzluğunu ispatına yönelik genel ilke yumuşatılmıştır.

Bu çalışmada, taşıyanın meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulmasının hangi koşullar altında mümkün olduğu üzerinde durulmuştur. Daha sonra doktrinde "muhtemel sorumsuzluk sebepleri" olarak da anılan, Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasında sekiz bent şeklinde düzenlenen taşıyanın kusursuzluk ve uygun illiyet bağı karinelerinden yararlandığı haller incelenmiştir. Bu incelemede farklı hukuk sistemlerindeki yargı içtihatları ve doktrindeki görüşlerden

¹ Bu hususta bkz. KARAN, Hakan: *The Carrier's Liability Under the International Maritime Conventions: The Hauge, Hague-Visby, and Hamburg Rules*, Edwin Mellen Press, Lewiston, Queenston and Lampeter, 2004, s. 23-24; BETZEL, Torsten: *Die Reform der Haager Regeln - unter besonderer Berücksichtigung des Zusammenspiels Verfrachterhaftung/Haftpflichtversicherung des Verfrachters einerseits und Seewarenversicherung andererseits*, Frank Verlag, München, 1975, s. 33-36.

² 09.06.1956 tarihli ve 9353 sayılı Resmî Gazete.

³ 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

ayrıntılı olarak istifade edilmiştir. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin üçüncü fıkrasında taşıyan lehine düzenlenen karine ile somut olayda zarara bir muhtemel sorumsuzluk sebebinin yanı sıra taşıyanın veya adamlarının kusurunun etki ettiği hallerde taşıyanın sorumluluğunu ve ispat yükünü düzenleyen Kanun'un 1183. maddesi üzerinde de durulmuştur.

I. TAŞIYANIN EŞYANIN ZIYAI, HASARI VEYA GEÇ TESLİMİNDEN DOĞAN SORUMLULUKTAN KURTULMASI

A. Genel Olarak Taşıyanın Sorumluluğu

Taşıyan bakımından öngörülen sorumluluk sebeplerine, Türk Ticaret Kanunu'nda deniz ticaretine ilişkin beşinci kitabın farklı maddelerinde yer verilmiştir. Taşıyanın gemiyi başlangıçta denize, yola ve yüke elverişli halde bulundurmaması (TTK m. 1141), eşyayı taşıyanın izni olmaksızın başka bir gemiye yüklemesi veya aktarması (TTK m. 1150), eşyayı izinsiz şekilde güverte taşıması veya küpeşteye asması (TTK m. 1151), rotadan haklı bir sebep olmaksızın ayrılması (TTK m. 1220) gibi sebeplerden ötürü meydana gelen zararlardan doğan sorumluluğunun yanı sıra, fiilî taşıyanın sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır (TTK m. 1191).

Taşıyan, ayrıca eşyanın hâkimiyetinde bulunduğu sırada meydana gelen zıya, hasar ve teslimindeki gecikmelerden⁴ sorumlu tutulmuştur (TTK m. 1178/2). Eşya taşıyanın hâkimiyetindeyken meydana gelen zıya, hasar veya teslimdeki gecikmeden doğan zararın taşıyanın veya adamlarının kusurundan ileri geldiği ve taşıyanın bu zarardan sorumlu olduğu karine olarak kabul edilmiştir. Taşıyan, kendi hâkimiyetinde bulunan eşyanın zararından doğan sorumluluğundan söz konusu karineyi çürütmek suretiyle kurtulabilir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 1179. maddesinde taşıyanın, zararın kendisinin veya adamlarının kastından veya ihmalden doğmayan sebeplerden ileri geldiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmiştir⁵. Bunun yanı sıra Türk Ticaret Kanunu'nun 1179 ilâ 1182. maddelerinde taşıyan bakımından bazı mutlak ve muhtemel sorumsuzluk sebepleri düzenlenmiştir.

Çalışmamızın kapsamını aştığından, sadece mutlak sorumsuzluk hallerine ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 1150, 1151/4, 1180, 1181, 1185/5 ve 1220. maddelerindeki düzenlemelere işaret etmekle yetiniyoruz⁶.

B. Taşıyanın Eşyanın Zıyayı, Hasarı veya Teslimdeki Gecikmesinden Kaynaklı Zararlardan Doğan Sorumluluğundan Kurtulması

Taşıyan, hâkimiyetindeki eşyada meydana gelen zarardan mutlak suretle sorumlu tutulmamıştır. Taşıyana, meydana gelen zarardan doğan sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır. Meydana gelen zararın, taşıyanın veya adamlarının kusurundan ileri gelmediğini taşıyanın ispat etmesi gerektiği Türk Ticaret Kanunu'nun 1179. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde açıkça hükme bağlanmıştır. Kusursuzluğun ispatı, her durumda kolay değildir. Zira öncelikle meydana gelen zarara sebebiyet ve-

⁴ Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1061. maddesinde taşıyanın sadece eşyanın zıya ve hasarından sorumlu olduğu düzenlenmişti. Taşıyanın, eşyanın geç teslimi nedeniyle doğan zararlardan kaynaklanan sorumluluğunun ise genel hükümlere tabi olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. SEVEN, Vural: *Taşıyıcının Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Zıya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 26; ÇAĞA, Tahir / KENDER, Rayegân: *Deniz Ticareti Hukuku II - Navlun Sözleşmesi*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık Levha, İstanbul, 2010, s. 132-133; KENDER, Rayegân: "Türk Hukukunda Denizde Mal Taşıyanın Sorumluluğu", *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1984, s. 76-77; ÜLGNER, M. Fehmi: *Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri*, Der Yayınları, İstanbul, 1991 (Sorumluluk Halleri), s. 72; OKAY, Sami M.: *Deniz Ticareti Hukuku II*, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1971, s. 215; AKINCI, Sami: *Deniz Ticareti Hukuku Dersleri - Navlun Mukaveleleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968, s. 303; YAZICIOĞLU, Emine: "Deniz Yolu ile Eşya Taşımalarında Geç Teslimden İleri Gelen Zararlardan Sorumluluk", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, Cilt 22, Sayı 2 (Geç Teslim), s. 1052; YETİŞ ŞAMLI, Kübra: *Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Teslimden Doğan Sorumluluğu*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık Levha, İstanbul, 2013 (Sorumluluk), s. 39. Türk Ticaret Kanunu'nun 1178. maddesinde zıya ve hasarın yanı sıra geç teslimden doğan zararlar da açıkça zikredilerek taşıyanın tüm zarar türlerinden doğan sorumluluğu aynı rejime tabi kılınmıştır.

⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 58 vd.

⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SEVEN, s. 18 vd.; ÜLGNER, *Sorumluluk Halleri*, s. 73 vd.

ren olayın veya fiilin tespit edilmesi, daha sonra da bu olay veya davranış bakımından taşıyanın ve adamlarının kusurlu olmadıklarının ortaya konması gerekir. Oysa çoğu zaman zarara neden olan olayın veya davranışın dahi hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesi mümkün olmamaktadır. Zira taşıma işi, niteliği itibarıyla dışarıdan gelen tehlikelere daha açık bir faaliyettir. Bu dış tehlikeler; hava muhalefeti veya denizciliğin kendisine özgü tehlikeler gibi insanlar tarafından kontrol edilmesi mümkün olmayan tehlikeler olabileceği gibi üçüncü kişilerin taşıyana, yüke ve/veya gemiye müdahaleleri gibi fiillerden kaynaklanan ve fakat taşıyan tarafından mümkün olan tüm önlemler alınmış olsa bile önüne geçilemeyecek tehlikeler de olabilir⁷.

Zarar, taşıyanın veya adamlarının kusuru nedeniyle oluşabileceği gibi bu tehlikelerden birisinin somut olayda gerçekleşmesi sonucunda da ortaya çıkabilir. Fakat uygulamada, zarar ile zarar veren fiil veya olay arasındaki illiyet bağının ispatı noktasında sorunlar ortaya çıkmaktadır⁸. Çünkü taşınan yükte bir zararın meydana geldiği, kural olarak boşaltma limanında ve boşaltma sırasında anlaşılmaktadır. Denizyoluyla yapılan eşya taşımalarının uzun sürdüğü göz önünde bulundurulduğunda, meydana gelen zararın ne zaman meydana geldiğini ve bu zarara neyin sebep olduğunu belirlemek kolay değildir ve bu hususta çoğunlukla *ex post* bir değerlendirme yapılması zorunlu hale gelmektedir. Ayrıca birden fazla muhtemel sebebin zarara neden olmuş olabileceği durumlar da söz konusu olmaktadır. Bu gibi durumlarda zararın, sebeplerin birleşmesinden dolayı mı meydana geldiği yoksa bir sebebin, zarar ile diğer sebep(ler) arasındaki illiyet bağına kesip kesmediği değerlendirilmek suretiyle bir sonuca varılmalıdır.

Taşınan eşyada bir zarar meydana geldiği durumlarda, ispat hukuku kuralları ve taşıyan ile yükle ilgilinin çatışan menfaatleri gözetilmek suretiyle, uygulamada ortaya çıkan bu sorunlara bir çözüm bulunması gerekmiştir. Bir taraftan yükle ilgili, eşyayı taşıyanın hâkimiyetine bırakmaktadır ve taşıma süresince eşyanın ve taşımanın durumuna ilişkin neredeyse hiçbir bilgiye sahip değildir. Gemide olmadığından, eşyanın zarar görüp görmediğini, zarar meydana gelmişse bu zararın ne zaman meydana geldiğini bilmesi veya tespit etmesi mümkün olmadığı gibi gemiye erişimi olmadığından, bu hususlarda delil toplaması da mümkün değildir. Bu bakımından zararın meydana gelmesinde kusuru olmadığını ispat etmesi gereken taraf olarak taşıyanın belirlenmesi ve ispat külfetinin taşıyana yüklenmesi isabetlidir. Öte yandan hemen yukarıda bahsedildiği üzere taşıma işi dış tehlikelere daha açık bir faaliyetdir. Tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni gösterse bile taşıyanın, teknik olarak veya fiilen taşıma sırasında yüke zarar verebilecek tüm rizikoları bertaraf edecek şekilde taşıma işini planlaması ve gerçekleştirilmesi mümkün değildir⁹. Mevcut ispat hukuku kuralları kapsamında kusursuzluğun ispatı kolay olmadığından, ispat yükünü yerine getirmediğinden ötürü taşıyanın her durumda meydana gelen zararlardan sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı olacağı gibi ekonomik gerçeklerle de örtüşmez. Zira taşıyan, Türk Ticaret Kanunu'nda yüke özen yükümlülüğü bakımından öngörülmüş olan özen derecesine uygun olarak hareket etmesine rağmen (katı bir şekilde uygulanan) ispat hukuku kuralları çerçevesinde kusursuzluğunu veya zararın nedenini ispat edemediği için meydana gelen zarardan hukukî olarak sorumlu tutulursa, iktisadi olarak bu rizikoyu üstlenen müteşebbis sayısı azalır,

⁷ KOLLER, Ingo: "Der 'Risikobereich' im HGB-Frachtrecht", *Versicherungsrecht*, 2012, Cilt 63, Sayı 22, s. 952; CANARIS, Claus Wilhelm: *Handelsrecht*, 24. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2006, s. 501.

⁸ *Wüstendörfer*, taşıyanın zarara neden olan somut sebebi ortaya koymasının ve ayrıca zararın ortaya çıkmasında kendisinin veya adamlarının hiçbir kusuru olmadığını ispat etmesinin kolaylıkla bir şeytan beyyesine (*probatio diabolica*) dönüşeceğini, böyle bir ispat yükünün yerine getirilmesinin neredeyse imkânsız olduğunu ifade etmiştir (WÜSTENDÖRFER, Hans: *Neuzzeitliches Seehandelsrecht mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und des internationalen Rechts*, Karl F. Wede Verlag, Tübingen, 1950, s. 275). Aynı yönde bkz. ÜLGNER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 142-143. Aynı yönde ayrıca bkz. LOTTER, Wolfgang Friedrich: *Beweislast im Seefrachtrecht*, De Gruyter, Berlin, 1969, s. 53. *Schlegelberger / Liesecke* ise zararın hangi sebepten ileri geldiğinin aydınlatılamaması nedeniyle oluşan ispatsızlık rizikosunu taşıyanın taşıdığı, ancak taşıyanın ispat külfetinin çok katı yorumlanmaması gerektiğini, somut olayda belirli bir olayın yüksek ihtimalle zarara neden olduğunu ilk görünüş ispatı ilkelerine göre ortaya koymasının yeterli olduğunu ifade etmiştir (SCHLEGELBERGER, Franz / LIESECKE, Rudolf: *Seehandelsrecht*, 2. Baskı, De Gruyter, Berlin/Frankfurt a. M., 1964, § 606, Kn. 18).

⁹ Bu nedenle "tedbirli bir taşıyanın dikkat ve özeni" ölçütü öngörülerek, taşıyanın eşyanın ziya veya hasara uğramasına veyahut gecikmeli olarak teslim edilmesine sebep olabilecek her türlü rizikoyu ortadan kaldıracak önlemi alması değil, alınması makul olan önlemleri alması yeterli sayılmıştır (YAZICIOĞLU, Emine: *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu - Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırılmalı Olarak*, Ofset, İstanbul, 2000 (Hamburg Kuralları), s. 96-97; YETİŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 66).

navlun ücretleri pahaladır ve bu da tüm ürün ve hizmet fiyatlarına yansıtacağından, toplumun gelişmesine ve refah düzeyine olumsuz şekilde etki eder¹⁰.

Taraflar arasındaki çatışan bu menfaatlerin dengelenmesi için genel olarak taşıma hukukunda ispat kurallarıyla doğrudan ilgili düzenlemeler yapılmaktadır¹¹. Navlun sözleşmeleri bakımından tüm bu düzenlemelerin incelenmesi çalışmamızın kapsamını aşacağından, çalışmamızın devamında sadece taşıyanın muhtemel sorumsuzluk sebepleri incelenecektir¹².

C. Taşıyanın Kusursuzluk ve Uygun İliyet Bağı Karinelerinden Yararlandığı Haller

1. Genel Olarak

Zararın, Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasında (a) ilâ (h) bentleri arasında sayılmış olan bir veya birden fazla sebepten ileri gelmesi halinde taşıyan ve adamlarının kusursuz sayılacağı öngörülmüştür. Bu haller, doktrinde baskın olarak "muhtemel sorumsuzluk sebepleri" olarak ifade edilmektedir¹³. Anılan düzenlemede 8 bent halinde sayılan bu zarar verici sebeplerin, genel olarak taşıyanın ve adamlarının kusuruna dayanmayan ve bazı tipik denizcilik tehlikelerine ilişkin oldukları söylenebilir¹⁴. Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Taşıyanın mesul olmaması" kenar başlıklı 1063. maddesinde ise zararın anılan maddede sayılan sebeplerden birisinden ötürü meydana gelmiş olması durumunda taşıyanın zarardan sorumlu olmadığı düzenlenmişti. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin kenar başlığının "Taşıyanın kusursuzluk ve uygun illiyet bağı karinelerinden yararlandığı haller" olarak değiştirilmesi ve anılan madde metninde taşıyan ve adamlarının "kusursuz sayılacağına" ilişkin bir ifadeye yer verilmesi, doktrinde anılan ifade ile ne kastedildiği hususunda görüş ayrılığına neden olmuştur.

Doktrinde bir görüşe göre, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasında "taşıyan ... kusursuz sayılır" denilerek hatalı bir ifade kullanılmıştır¹⁵. Zira "kusursuz sayılma" ifadesi borcun doğmayacağı anlamına gelmektedir. Oysa bu görüşe göre, söz konusu düzenleme borcun doğumuna ilişkin değil, taşıyanın sorumluluğuna etki eden bir düzenleme olduğundan, anılan kararın hükmündeki sebeplerden birinin varlığı halinde de taşıyanın borçtan kurtulmasının amaçlanmamakta, bu düzenleme borç doğmasına rağmen sadece taşıyanın sorumlu tutulamayacağına ilişkindir. Bu görüşe göre Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesi, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, Nobel İlaç Pazarlama ve Sanayi Ltd. Şti. Başvurusu (AYM, *Nobel İlaç Pazarlama ve Sanayi Ltd. Şti.*, B. No. 2016/4887, T. 03.07.2019) kapsamında taşıma hukukunda öngörülmüş olan sınırlı sorumluluk ilkesini Anayasa'nın 35. maddesiyle teminat altına alınmış olan mülkiyet hakkı bakımından değerlendirmiştir. Anılan bu kararda, kanun koyucunun uluslararası taşımacılığın geliştirilmesi gibi birtakım amaçları gözeterek sınırlı sorumluluk ilkesini kabul etmesinin, doğrudan anayasal mülkiyet hakkının ihlaline neden olmayacağını vurgulamıştır.

¹¹ ÜLGNER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 142, 144; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 229; TEKİN, Safa Murat: *Navlun Sözleşmelerinde Taşıyanın Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık Levha, İstanbul, 2017, s. 109.

¹² Taşıyanın sorumluluğunun tarihi gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÜLGNER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 31 vd.; SEVEN, s. 30 vd.; WÜSTENDÖRFER, s. 266 vd.

¹³ ÜLGNER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 95; YAZICIOĞLU, Emine: *Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022 (*Deniz Ticareti Hukuku*), s. 401; DENİZ KANER, İnci: *Deniz Ticareti Hukuku I-II*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 381; KARA, Hacı: *Deniz Ticareti Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık Levha, İstanbul, 2020, s. 251; KENDER, Rayegân / ÇETİNGİL, Ergon: *Deniz Ticareti Hukuku*, 11. Baskı, On İki Levha Yayıncılık Levha, İstanbul, 2009, s. 149; KAYIHAN, Şaban: *Deniz Ticareti Hukuku*, 3. Baskı, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2022, s. 195; AKAN, Pınar: *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 82 vd.; ATEŞ, Ebru: *Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen "Konişmentolu Taşımalar Hakkında Bazı Kuralların Birleştirilmesine Dair 1924 Brüksel (Lahey) Konvansiyonu'nun" Türk Hukukuna Etkisi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 87; BİCAN, Buğrahan: *Denizde Yük Taşımacılığında Konteyner Kaynaklı Zarardan Doğan Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 148; ŞEKER, Hakan: *Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 76.

¹⁴ DENİZ KANER, s. 381; AKAN, s. 83; BİCAN, Buğrahan: *Denizde Yük Taşımacılığında Konteyner Kaynaklı Zarardan Doğan Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 148; ŞEKER, s. 76. *Yetiş Şamlı*, Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinde yer alan sebeplerin iki ana başlık altında toplanmasının mümkün olduğunu, anılan düzenlemede (a) ilâ (d) bentlerinde sayılan hallerin kusursuz ifa engelleri; (e) ilâ (h) bentlerinde yer alan hallerin ise alacaklının sebep olduğu ifa engelleri olduğunu ifade etmiştir (YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 227. Aynı yönde bkz. TÜRKEN, Şafak: *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Eşyanın Zıyatı, Hasarı ya da Geç Tesliminden Doğan Sorumluluğu*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2019, s. 174).

¹⁵ SÖZER, Bülent: *Deniz Ticareti Hukuku Cilt I*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 566.

1063. maddesinden netice itibarıyla farklı değildir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinde sayılmış olan sebeplerden birisinin somut olayda meydana gelmiş olması, kendiliğinden taşıyan lehine bir karine doğurmaz. Taşıyanın söz konusu maddede sayılan sebeplerden birinin gerçekleşmiş olduğunu ve zararın bu sebepten ileri gelmiş olmasının muhtemel olmasını ispat etmesi gereklidir.

Doktrindeki diğer bir görüşe göreyse Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinde mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1063. maddesinin lafzından farklı bir ifade benimsenmiş olması, düzenlemenin esas işlevine uygundur¹⁶. Zira Kanun'da öngörülen özel hallerden birisinin somut olayda mevcut olması durumunda ispat yükünün yer değiştirdiğini vurgulaması bakımından bu değişiklik isabetlidir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasında öngörülmüş olan sebepler, sınırlı sayı ilkesine (*numerus clausus*) göre sayılmıştır¹⁷. Başka bir ifadeyle anılan madde hükmündeki sebeplere benzer olsalar da¹⁸ anılan bu hükümde sayılmamış olan bir sebep nedeniyle meydana gelen zarar için taşıyanın Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinde öngörülen kuraldan yararlanması mümkün değildir.

2. Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. Maddesinde Düzenlenmiş Olan Muhtemel Sorumsuzluk Sebepleri

a. Denizin veya Geminin İşletilmesine Elverişli Diğer Suların Tehlike ve Kazaları (TTK m. 1182/I-a)

Bir muhtemel sorumsuzluk sebebi olarak deniz tehlikeleri Lahey/Visby Kuralları'nın 4. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde yer almaktadır. Yükte meydana gelen zarara neden olan olayın hangi durumlarda “denizin veya geminin işletilmesine elverişli diğer suların tehlike ve kazaları” (*Gefahren der See, perils of the sea*) kapsamında değerlendirilebileceği konusu, farklı hukuk sistemlerinde ayrı şekilde değerlendirilmektedir.

Alman hukukunda doktrinde, deniz tehlikelerini bir muhtemel sorumsuzluk sebebi olarak düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi lafzı nedeniyle eleştirilmektedir. Anılan düzenleme uyarınca “denizin veya geminin işletilmesine elverişli diğer suların tehlike ve kazaları” ifadesi lafız olarak oldukça geniş olduğundan, bu kavramın kapsamının belirlenmesinde lafzî yorumla sonuca ulaşılmasının pek de mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁹. Alman doktrinindeki baskın görüşe göre deniz tehlikeleri kavramı dar yorumlanmalıdır²⁰. Bir deniz tehlikesinden bahsedilebilmesi için olağandışı ve somut olayda tedbirli bir taşıyanın öngöremeyeceği bir tehlikenin söz konusu olması gerekir. Başka bir ifadeyle taşıyanın deniz tehlikesi muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak yükte meydana gelen sorumluluğundan kurtulabilmesi için zarara neden olan sebebin somut olayda öngörülmesi ve tedbirli bir taşıyanın özeni gösterilse dahi engellenmesi mümkün olmamalıdır. Taşıyanın sefere başlarken, gerçekleşmesi durumunda yükte meydana gelecek zarardan sorumlu tutulamayacağını bilebileceği olaylar deniz tehlikesi olarak kabul edilebilir. Yani öyle bir tehlike söz konusu olmalıdır ki taşıyan seyrüsefere başlarken sefer kapsamında üstlendiği tüm rizikolar içinden bu rizikonun gerçekleşmesi durumunda meydana gelen zarardan sorumlu olmayacağını bilerek bu rizikoyu üstlenmelidir²¹. Dolayısıyla deniz tehlike-

¹⁶ YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 221; ÖRSEL, Sercan: *Navlun Sözleşmeleri Bakımından Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Teslimden Kaynaklanan Sorumluluğu ve Sorumluluğun Sınırlandırılması*, On İki Levha Yayıncılık Levha, İstanbul, 2019, s. 36, dn. 38.

¹⁷ ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 95; SÖZER, s. 567; ŞEKER, s. 77; BOLCA, Tunca: *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Sorumluluktan Kurtulduğu Haller*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 104-105; ATEŞ, s. 86.

¹⁸ Ülgener, muhtemel sorumsuzluk sebeplerinin yeteri kadar geniş düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda, hükmün genişletilmesine ihtiyaç olmadığını, yorum yoluyla çeşitli olayların özellikle deniz tehlikeleri kavramı kapsamına dahil edilebileceğini ifade etmiştir (ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 95).

¹⁹ RABE, Dieter/BAHNSEN, Kay Uwe (Hrsg.): *Seehandelsrecht*, 5. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2018 (YAZAR, Rabe/Bahnsen), § 499, Kn. 20; SCHMIDT, Christine (Red.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. 7*, 5. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2023 (YAZAR, MüKo-HGB), § 499, Kn. 10; HENNSLER, Martin (Hrsg.): *beck-online.Grosskommentar zum Handelsrecht*, C. H. Beck Verlag, München, 2023 (Yazar, BeckOGK-HGB), § 499, Kn. 16.

²⁰ HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 10; PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 17. Abraham, tehlikenin “olağandışı (*außergewöhnlich*)” olmak zorunda olmadığı görüşündedir (ABRAHAM, Hans Jürgen: *Schaps- Abraham - Das Deutsche Seerecht*, 3. Baskı, De Gruyter, Berlin, 1962, § 608, Kn. 10).

²¹ PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 20.

sinin, denizde gerçekleşmesi muhtemel her rizikoyu değil, sadece özel koşullara sahip istisnai durumları kapsar. Ayrıca zarara neden olan olayın denize özgü olması gerektiği kabul edilmektedir²².

Öte yandan Alman doktrininde *Bahnsen*, bir tehlikenin öngörülebilir veya olağan olup olmadığına göre bir değerlendirme yapmanın isabetli olmadığını ifade etmiştir²³. Denizlerde ve okyanuslarda meydana gelebilecek tehlikelerin az çok “bilinir” ve bu nedenle bu tehlikelerin aslında her hâlükârda “öngörülebilir” ve olağan olduğunu vurgulamıştır. Bunun yanı sıra okyanus ve hava gözlemleriyle sadece ortalama ve kaydedilen en yüksek/düşük değerlerin elde edildiğini ancak bu değerlerin zararın meydana geldiği andaki duruma ilişkin sadece yaklaşık bir sonuç çıkarmaya yaradığını ifade ederek, somut olayda bir deniz tehlikesi olup olmadığının muhtemel sorumsuzluk sebeplerinin amacı gözetilerek belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre bu muhtemel sorumsuzluk sebebinin sınırları belirlenirken kanun koyucunun deniz tehlikelerini bir muhtemel sorumsuzluk sebebi olarak düzenleme sebebinden hareket edilmeli ve bu kavramın taşıyanın yüke özen borcunun bir tamamlayıcısı olduğu gözetilmelidir. Bu nedenle taşıyanın bir deniz tehlikesi nedeniyle meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabilmesi için söz konusu tehlike, denize, yola ve yüke elverişli bir gemiyi işleyemez hale veya usûlüne uygun şekilde yapılmış yüklemeyi faydasız hale getirmelidir²⁴. *Bahnsen*'e göre kanun koyucu, taşıyandan tekniğin bilinen durumuna göre henüz kontrol edilemeyen ve üzerinde tahakküm kurulamayan tehlikeleri önlemesini beklememektedir. Eğer somut olayda ortaya çıkan tehlikenin engellenmesi için alınması gereken önlem, özen yükümlülüğünü yerine getirmiş bir taşıyanın altından kalkamayacağı nitelikteyse doğan zararlar bakımından taşıyanın deniz tehlikeleri muhtemel sorumluluk sebebine dayanabileceği kabul edilmelidir²⁵.

Alman mahkemeleri ise denizcilik kapsamında karşılaşılabilecek olağan olan tehlikeleri aşan ve somut olay özelinde öngörülmesi mümkün olmayan tehlikelerin bir muhtemel sorumsuzluk sebebi olarak değerlendirilebileceği içtihat etmiştir²⁶.

Fransız hukukunda deniz tehlikeleri özel bir muhtemel sorumsuzluk sebebi olarak kabul edilmiştir. 2010 yılında yürürlüğe giren ve tüm taşıma araçlarıyla yapılan taşımalar bakımından uygulanan Fransız Taşıma Kanunu'nun (*Code des Transports*) L5422-12(3) maddesinde taşıyanın, “kendisine atfedilemeyen olaylar” (*événement[s] non imputable au transporteur*) nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumlu olmadığı hükme bağlanmıştır²⁷. Buna göre deniz tehlikeleri, denizden kaynaklanan olaylar ile deniz kazalarıdır. Fırtınalar, sis, akıntılar, gelgitler, resifler, sığılıklar veya kıyı kayalıklarında karaya oturma ve çarpışmalar bu tür tehlikelere örnektir²⁸.

²² ABRAHAM, § 608, Kn. 10. Bremen ilk derece mahkemesi (*Landgericht Bremen*), Muson yağmurlarının bir deniz tehlikesi teşkil etmediğini, zira Muson yağmurlarının karayoluyla yapılan taşımalara da olumsuz şekilde etki ettiğini içtihat etmiştir (*Hansa-International Maritime Journal*, 1958, s. 2443).

²³ BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 24. Aynı yönde bkz. NINTEMANN, Thomas: “Zur Seefahrt im Sinne von §608 Abs. 1. Nr. 1 HGB”, *Transportrecht*, 2004, Sayı 6, s. 245.

²⁴ BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 25. Lahey Kuralları bakımından aynı yönde bkz. BETZEL, s. 74.

²⁵ Aynı yönde bkz. OETKER, Hartmut (Hrsg.): *Handelsgesetzbuch - Kommentar*, 7. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2021 (YAZAR, Oetker-HGB), § 499, Kn. 3.

²⁶ Örneğin “... Yükin usûlüne uygun şekilde yüklenmiş olduğu, taşıyanın yükün korunması için gerekli önlemleri aldığı ve denize ve yola elverişli bir geminin yılın belirli bir zamanında, belirli bir rotada gerçekleştirdiği seyir sırasında ortaya çıkabilecek ve seyre bağlı günlük olayları aşan durumlarda Alman Ticaret Kanunu'nun [mülga] 608. maddesinin birinci fıkrasının 1 no.lu bendinin uygulama alanı bulacağı kabul edilebilir. Taşıyanın ve adamlarının, bu tür gündelik tehlikelere karşı hazırlıklı olmaları gerekir ...” OLG Hamburg, 27.07.1972, 6 U 30/72 (MDR, 1972, s. 956). “... Zararın meydana geldiği seferde karşılaşılan hava, ne olağandışı ne de öngörülemezdir. Bununla birlikte somut olayda davalı haklı olarak Alman Ticaret Kanunu'nun [mülga] 608. maddesinin birinci fıkrasının 1 no.lu bendine dayanabilir. Zira gerekli klas sertifikasına sahip bir geminin gövdesinin fırtına nedeniyle sızdırması her hâlükârda öngörülemez bir durumdur. Bu, normalde hiçbir taşıyanın hesaba katmak zorunda olmadığı olağandışı, beklenmedik ve rastgele bir olaydır ...” OLG, 14.06.1976, 6 U 149/75 (VersR, 1976, 1152). Aynı yönde benzer kararlar için bkz. OLG Hamburg, 03.03.1977, 6 U 68/76 (VersR, 1978, 618); OLG Hamburg, 20.12.1979, 6 U 108/79 (VersR, 1980, 377).

²⁷ 02.04.1936 tarihli Kanun'da Lahey Kuralları'nda yer alan bu muhtemel sorumsuzluk sebebi, “tesadüfî olaylar veya mücbir sebep (*cas fortuit ou de force majeure*)” olarak ifade edilmişken, 1966 tarihli Kanun'la yapılan değişiklikle 2010 tarihli Fransız Taşıma Kanunu'na benzer bir ifadeye yer verilmiş ve deniz tehlikeleri “taşıyana atfedilemeyen olaylar” sorumsuzluk sebebi altında değerlendirilmeye başlamıştır (KATSIVELA, Mare: “Perils of the sea under English, French and Greek law; A Perilous Venture?”, *The Journal of International Maritime Law*, 2014, Sayı 20 (A Perilous Venture), s. 349).

²⁸ KATSIVELA, *A Perilous Venture*, s. 348.

Fransız hukukunda genel olarak deniz tehlikeleri kavramı mücbir sebep kavramı içinde değerlendirilmektedir. Bu nedenle Fransız mahkemeleri, öngörülebilir veya taşıyan tarafından öngörülemediği olsa da tedbirli bir taşıyanın öngörmesi gereken bir sebep nedeniyle yükte bir zarar meydana geldiğinde, taşıyanın bundan doğan sorumluluğundan kurtulabileceği fikrini reddetmektedir²⁹. Fransız doktrinindeki bazı yazarlar, bu katı görüş yerine, öngörülebilir olsa bile önüne geçilmesi mümkün olmayan bir sebep nedeniyle meydana gelen zararlarda da taşıyanın mücbir sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulabilmesi gerektiğini ileri sürmektedir³⁰.

Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki ülkelerde deniz tehlikeleri kavramının deniz suyunun tesadüfen ambara girmesi, akıntılar, fırtınalar, gelgit veya geminin karaya oturması gibi “denize özgü” olayları ifade ettiği kabul edilmektedir³¹. Başka bir ifadeyle geminin denizde bulunduğu süre içinde meydana gelen ve fakat hırsızlık, gemideki fare veya diğer kemirgenlerin yükte zarar vermesi, geminin kazanının patlaması ya da aşırı yağış gibi denize özgü olmayan sebeplerin yükte bir zarar meydana getirmesi gibi durumlar deniz tehlikesi olarak değerlendirilmemektedir. Bununla birlikte bu hukuk sistemine dâhil farklı ülkelerde deniz tehlikesi kavramının kapsamı konusunda bir görüş birliği olduğunu söylemek mümkün değildir.

Amerika Birleşik Devletleri mahkemeleri özellikle somut olaydaki hava koşullarının bir deniz tehlikesi teşkil edip etmediğini değerlendirirken, “öngörülebilirlik” kriterine önem vermektedir³². Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Edwin I. Morrison* davasında³³, Massachusetts ve Georgia arasında yapılan bir taşıma sırasında meydana gelen şiddetli ve fırtınalı hava nedeniyle taşınan yükte deniz suyundan ileri gelen bir hasara ilişkin olarak, somut olaydaki vakıaların değerlendirilmesinde geminin karşılaştığı hava olayına kış sezonunda o bölgede karşılaşılmamasının olağan olduğunu belirterek, bu fırtınalı havanın bir deniz tehlikesi olarak değerlendirilemeyeceğini içtihat etmiştir. Amerika Birleşik Devletleri Mahkemeleri, taşıyanın deniz tehlikesi sebebine dayanarak yükte meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabilmesi için somut olayda üç koşulun sağlanması gerektiğini kabul etmektedir. Buna göre taşıyan; tehlikenin denize özgü olduğunu, öngörülebilir olmadığını ve gerekli özen gösterilmiş olsa bile önüne geçilmesinin mümkün olmadığını ispat etmelidir³⁴.

Birleşik Krallık hukukunda ise taşıyanın deniz tehlikesi sorumsuzluk sebebine dayanabilmesi için, öngörülebilirlik kriteri yerine, somut olayda denize, yola ve yükte elverişli bir geminin varlığına ve taşıyanın yükte özen borcunu yerine getirmesine rağmen üstesinden gelemediği ve önüne geçemediği bir tehlikenin gerçekleşmiş olması şartı aranmaktadır³⁵. Zarara neden olan sebebin bir deniz tehlikesi

²⁹ KATSIVELA, *A Perilous Venture*, s. 349-350.

³⁰ Bkz. KATSIVELA, *A Perilous Venture*, s. 350, dn. 68’de anılan yazarlar.

³¹ KATSIVELA, *A Perilous Venture*, s. 345-346; BATSON, Dustin Wentz: “Taming the Perilous Seas: Conflicting Interpretations of the Perils of the Sea Defense to Shipowner Liability and Signs of Reconciliation”, *Loyola Maritime Law Journal*, 2008, Cilt 6, s. 140, 144-145. Bu denize özgü olayların aynı zamanda öngörülemez, engellenemez ve deniz sergüzeştinin olağan olayların bir sonucu olmaması gerektiği yönündeki tanım için bkz. FOXTON, David / BENETT, Howard / BERRY, Steven / SMITH, Christopher / WALSH, David: *Scrutton on Charterparties and Bill of Lading*, 24. Baskı, Sweet&Maxwell, London, 2020, § 128, Kn. 11-060; TREITEL, Sir Guenter / REYNOLDS, Francis M.B.: *Carver on Bill of Lading*, 2nd. Edt., Sweet&Maxwell, London, 2005, s. 609, Kn. 9-213.

³² APOSTOLAKOPOULOS, Harry: “Navigating in perilous waters: examining the peril of the sea exception to carrier’s liability under COSGA for cargo loss resulting from severe weather conditions”, *South Texas Law Review*, 2000, Cilt 41, Sayı 4, s. 1442; DAVIES, Martin / DICKEY, Anthony: *Shipping Law*, 4th Edt., Thompson Reuters, Sydney 2016, s. 282.

³³ Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Edwin I. Morrison*, 153 U.S. 199, 1894 (justia). Aynı yöndeki 2 No.lu Bölge Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal for Second Circuit*) kararı için bkz. *Thyssen, Inc. v. S/S Eurounity*, 21 F.3d 533, 1994 (casetext). Aynı yöndeki 7 No.lu Bölge Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal for SEVENth Circuit*) kararı için bkz. *R. T. Jones Lumber Co. v. Roen S. S. Co.* (The Hilda I), 213 F.2d 370, 1954 (justia). Aynı yöndeki 4 No.lu Bölge Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal for Fourth Circuit*) kararı için bkz. *Artemis Maritime Co. v. Southwestern Sugar & Molasses Co.*, 189 F.2d 488, 1951.

³⁴ BATSON, s. 140; TETLEY, William: *Marine Cargo Claims I*, 3rd Edt., International Shipping Publications, Montreal, 1988, s. 432; TREITEL / RENOLDS, s. 610, Kn. 9-214.

³⁵ KATSIVELA, Marel: “The treatment of the sea peril exception of the Hague-Visby Rules in common law and civil law jurisdictions”, *WMU Journal of Maritime Affairs*, 2017, Cilt 16 (the treatment of the sea peril exception), s. 24-25; BATSON, s. 142; DOCKRAY, Martin: *Cases & Materials on the Carriage of Goods by Sea*, 3rd Edt., Routledge, London, 2004, s. 34; COOKE, Julian / YOUNG, Tim / ASHCROFT, Michael / TAYLOR, Andrew / KIMBALL, John / MARTOWSKI, David / LAMBERT, LeRoy / STURLEY, Michael: *Voyage Charters*, 4th Edt., Routledge, New York 2014, s. 1084, Kn. 85.285; AIKENS, Richard / LORD, Richard / BOOLS, Michael: *Bills of Lading*, 2nd Edt., Routledge, New York, 2016, Chapter 10, Kn. 10.241. Aynı yönde bkz. “*Xantho*” davası (HL), *Thomas Wilson, Sons & Co. v. Owners of the Cargo per Late Steamship “Xantho”*, 12 App Cas 503, 1887 (vlex).

olup olmadığı değerlendirilirken somut olayın özellikleri bir bütün olarak ele alınmaktadır. Bu nedenle öngörülebilir olmakla birlikte taşıyanın gerekli tüm özeni göstermesine rağmen önüne geçilmesi mümkün olmayan bir olay da deniz tehlikesi olarak kabul edilmektedir³⁶. Doktrinde ayrıca, bazı kararlarda kullanılan “doğa şartlarının şiddetli eylemi (*violent action of the elements*)” ifadesinin “beklenmeyen (*unexpected*)” veya “seyrüseferin olağan seyri dışında (*out of the ordinary course of the adventure*)” ifadeleriyle değiştirilmesi gerektiği zira atmosferik bir olayın deniz tehlikesi olabilmesi için mutlaka “şiddetli” olması gerekmediği belirtilmektedir³⁷.

Avustralya hukukunda Birleşik Krallık hukukuna benzer şekilde bir olayın deniz tehlikesi kavramı kapsamında değerlendirilebilmesi için mutlaka “öngörülemez” olması gerekmediği kabul edilmektedir. Avustralya Yüksek Mahkemesi, *Bunga Seroja* kararında kötü hava şartlarının önceden öngörülebilir ve hatta kaptan tarafından somut olayda öngörülmüş olmasının, bu nedenle meydana gelen zararın deniz tehlikesi kapsamında değerlendirmesine engel olmayacağına hükmetmiştir³⁸. Avustralya hukukunda taşıyan, yükteki zarara neden olan olayın “tesadüfi bir kaza veya deniz zayıyatı (*sea-damage*)” olduğunu ortaya koyarak sorumluluktan kurtulabilir³⁹. Başka bir ifadeyle bir olayın deniz tehlikesi kapsamında değerlendirilebilmesi için o olayın öngörülebilir veya önlenebilir nitelikte olup olmadığı değil, denize özgü ve tesadüfi, kazara ortaya çıkan veya beklenmeyen nitelikte olması önem arz etmektedir⁴⁰.

Kanada hukukunda ise deniz tehlikeleri kavramına yaklaşım, Amerikan ve İngiliz hukuklarındaki kadar katı değildir. Kanada Federal Mahkemesi, *Keystone Transport Ltd. v. Dominion Steel & Coal Corp. Ltd.* kararında, yapılan sefer sırasında karşılaşılan rüzgarların “canlı (*fresh*)” ve “güçlü (*strong*)” olarak kaydedildiği için bu rüzgarların bir deniz tehlikesi olarak kabul edilebileceğine hükmetmiştir⁴¹. Bununla birlikte bu kararı takip eden iki kararda Mahkeme, *Keystone* kararındaki kadar anlayışlı bir tutum sergilememiştir. Bu iki kararda da⁴² hava kötü olmasına rağmen taşıyanın yükün bundan kaynaklanan zarar görme tehlikesinin seyrüsefer kapsamında karşılaşılmaması olağan olmayan, öngörülemez veya önüne geçilemeyecek nitelikte olduğunu ispat edemediği gerekçesiyle taşıyanın deniz tehlikesi sorumsuzluk sebebine dayanarak yükte meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulmasına izin vermemiştir. Yükte meydana gelen zarara neden olan olayın “öngörülebilirliği”, Kanada hukukunda da önem arz etmekle birlikte, bir olayın deniz tehlikesi teşkil edip etmediği belirlenirken rüzgârın şiddeti, seferin yılın hangi zamanında yapıldığı, geminin coğrafi konumu, olayın gemiyi ve yakındaki diğer deniz araçlarını nasıl etkilediği gibi hususlar da dikkate alınmaktadır⁴³.

³⁶ Örneğin, *Pandorf* davasında gemi Burma ile Almanya arasında seyredirken bir farenin borulardan birisini kemirerek bir delik açtığı ve bu delikten sızan suyun taşınan pirinç yüküne zarar verdiği ve aslında bu tür bir durumun olağan kabul edilebileceği bir olayda Yargıç *Magnaghten*, “... bu şartlar altında hasara neden olan olay, bana göre istisnai tehlike veya kazalardandır ve taşıyanın bu istisnadan yararlanmaması için bir sebep bulunmamaktadır. Bu, makul bir özen gösterilmesiyle önlenemeyecek, tesadüfi ve öngörülemeyen bir deniz tehlikesidir [...]” demek suretiyle taşıyanın deniz tehlikesi sorumsuzluk haline dayanarak pirinç yükünde meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabileceğine hükmetmiştir. Yargıç *Fitzgerald* da kazanın tesadüfi, öngörülemez ve bilinmeyen olmasının, “bir deniz tehlikesi oluşturması için kazanın veya olayın öngörülemez nitelikte olması gerektiği” anlamına gelmediğini eklemiştir. (HL, Hamilton, Fraser & Co. v Pandorf & Co (1887), 12 App. Cas. 518). Doktrinde, anılan bu kararda her ne kadar “hiç kimsenin kusurundan ileri gelmeyen (*nobody's fault*)” ve denizde gerçekleşen deniz zararı” şeklinde ifade kullanılmış olsa da zarara neden olan sebebin taşıyan dışında bir başkasının kusurundan ileri geldiği durumların da deniz tehlikesi olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir (FOXTON / BENNETT / BERRY / SMITH / WALSH, § 128, Kn. 11-061).

³⁷ FOXTON / BENNETT / BERRY / SMITH / WALSH, § 128, Kn. 11-061; COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, s. 1086, Kn. 85.288.

³⁸ Great China Metal Industries Co. Ltd. V. Malaysian International Shipping Corporation Berhad, 1 Lloyd's Rep. 512, 1999. Ayrıca bkz. Shipping Corp of India Ltd v Gamlen Chemical Co (A/Asia) Pty Ltd (1980), 147 CLR 142, 166.

³⁹ ASHTON, Ralph: “A Comparison of the Legal Regulation of Carriage of Goods by Sea under Bills of Lading in Australia and Germany”, *Maritime Law Association of Australia and New Zealand Journal*, 1999, Cilt 14, Sayı 2, s. 55.

⁴⁰ KATSIVELA, *the treatment of the sea peril exception*, s. 24; DAVIES / DICKEY, s. 282.

⁴¹ “... kazanın olağanüstü nitelikte olması veya karşı konulamaz bir güçten ileri gelmesi gerekmediği açıktır. Denizde yüke verilen zararın, rüzgâr ve dalgaların şiddetli etkisiyle meydana gelmesi ve zararın herhangi bir kimsenin ihmaline bağlanamayacağı haller deniz tehlikesinin varlığı için yeterlidir ...” Supreme Court of Canada, 03.11.1942, [1942] SCR 495 (decisions.scc-csc.ca).

⁴² Bkz. Supreme Court of Canada, *Bruck Mills Ltd. v. Black Sea Steamship Co.*, [1973] 2 Lloyd's Rep. 531; Supreme Court of Canada, *The “Washington”*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 453.

⁴³ TETLEY, s. 439.

Türk hukuk doktrinindeki ağırlıklı görüşe göre Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde ifade edilen tehlikeler, taşıyan veya gemi adamları tarafından öngörülmesi mümkün olmadığından önlenemeyen ve denizde veya sefer halinde olmaları sebebiyle gemiyi veya yükü tehdit eden, deniz yolculuğuna özgü tehlikelerdir⁴⁴. Çatma⁴⁵, karaya oturma, fırtına⁴⁶, buz istilası veya sis içinde rotadan çıkılması gibi olaylar tipik deniz tehlikelerine örnek olarak verilmektedir⁴⁷. Ancak söz konusu deniz tehlikeleri bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin ikinci fıkrasını önemle vurgulamak gerekir. Muhtemel sorumsuzluk sebebi olan deniz tehlikesine taşıyanın sorumlu olduğu bir olay sebep olmuşsa, taşıyan söz konusu muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak sorumluluktan kurtulamaz (TTK m. 1182/2). Bu nedenle taşıyanın kusuruna dayanan çatma, karaya oturma veya rotadan çıkılması nedeniyle yükte zarar meydana gelirse, taşıyan deniz tehlikesi muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak sorumluluktan kurtulamaz.

Yükün zararına neden olan bir olayın deniz tehlikesi olarak kabul edilebilmesi için bu olayın fiziksel bir şekilde gelişmesi gerekir⁴⁸. Ancak deniz tehlikesinin doğrudan yüke etki ederek zarara neden olması gerekmez. Başka bir ifadeyle doğrudan zararların yanı sıra deniz tehlikesi nedeniyle oluşan dolaylı zararlar da (örneğin fırtına nedeniyle yolculuğun uzamasına bağlı olarak yükün bozulması⁴⁹) bu muhtemel sorumsuzluk sebebi kapsamında değerlendirilir⁵⁰.

Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, deniz tehlikesi ile geminin elverişsizliği çoğu zaman yakından ilişkilidir ve geminin elverişsizliğinin sabit olduğu bir olayda, taşıyanın deniz tehlikesi muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak yükte meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulması mümkün değildir⁵¹. Ancak taşıyan, yükte meydana gelen zarar ile geminin elverişsizliği arasında illiyet bağı bulunmayan hallerde, deniz tehlikesi muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak sorumluluktan kurtulabilir. Başka bir ifadeyle geminin elverişsizliği somut olayda zarara neden olmamış, aksine yükte meydana gelen zarar bir deniz tehlikesinin sonucu olarak ortaya çıkmışsa, geminin elverişsizliği ileri sürülerek taşıyanın bu zarardan sorumlu tutulması mümkün değildir.

Tesadüfîlik unsurunun deniz tehlikesi kavramının bir parçası olup olmadığı konusunda doktrinde bir görüş birliği yoktur. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, yükte zarara neden olan bir olayın deniz tehlikesi olarak kabulü için söz konusu olayın denizcilik tarihinde ilk defa ortaya çıkan ve daha önce hiç yaşanmamış bir olay olmasına gerek yoktur⁵². Tesadüfîlik ile kastedilen, ortaya çıkan olayın somut taşıma bakımından olağan ve öngörülebilir olup olmadığıdır. Doktrinindeki baskın görüşe göre taşıyanın önceden tahmin edilebileceği bir olayın neden olduğu zarardan doğan sorumluluğundan deniz tehlikesi

⁴⁴ ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 97; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 222, dn. 652; SÖZER, s. 567; ŞEKER, s. 77; AKAN, s. 85; TÜRKEN, s. 177.

⁴⁵ Bu hususta bkz. ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 106.

⁴⁶ "... geminin ... Körfezi'nin güney girişinde fırtınalı havaya maruz kaldığı, gemi adamlarının seyir sırasında geminin sert hava deniz koşullarında seferine devam etmesi durumunun kusur olarak nitelendirilemeyeceği, yolculuğun başlamasından 8 gün sonra meydana gelecek denizde fırtına tehlikesinin öngörülebilir olmadığı, gemi kaptanı tarafından alınması mümkün söz konusu önlemlerin alındığı, fırtına çıktığında geminin varma limanı esas olarak güvenli rota tercih edebileceği ancak "en güvenli rota" diye de geri dönmemesinin beklenemeyeceği, bu kapsamda davalı tarafından "alınması beklenen önlemlerin gemi tarafından yerine getirilmiş olduğu ve ... 1063/1. fıkra 1. bend kapsamında muhtemel sorumsuzluk sebebinin gerçekleştiği gerekçesiyle davanın reddine Karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma Kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir ..." Yargıtay, 11. HD, T. 10.10.2018, E. 2017/101, K. 2018/6208 (Lexpera, ET: 19.10.2023). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 07.03.2011, E. 2009/9538, K. 2011/2397 (Lexpera, ET: 19.10.2023).

⁴⁷ SÖZER, s. 567; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 222, dn. 652; BOLCA, s. 105; ŞEKER, s. 77-78; AKAN, s. 87; OKAY, s. 224-225; TEKİL, Fahiman: *Deniz Ticaret Hukuku*, Ofset, İstanbul, 1970, s. 633.

⁴⁸ ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 98; BOLCA, s. 108. Merkezi karada olan bir depremin deniz üzerindeki etkileri de deniz tehlikesi olarak değerlendirilir (ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 104).

⁴⁹ Aynı yönde bkz. SÖZER, s. 568; TÜRKEN, s. 178.

⁵⁰ YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 222, dn. 652; ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 98.

⁵¹ ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 105; SÖZER, s. 568; BOLCA, s. 108; OKAY, s. 225. Alman hukukunda aynı yönde bkz. PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 23.

⁵² ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 112; BOLCA, s. 107.

muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak kurtulması mümkün değildir⁵³. Doktrindeki diğer bir görüşe göreyse bir olayın deniz tehlikesi kavramı kapsamında kabul edilebilmesinde belirleyici unsur, taşıyanın yükü söz konusu olayın sonuçlarından etkin şekilde koruyabilmesi için gereken önlemleri alabilmesinin mümkün olup olmadığıdır⁵⁴.

Kanaatimizce anılan ikinci görüşe öncelik vermek gerekir. Zarara neden olan olayın deniz tehlikesi olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilirken, öngörülebilirlik (tesadüfilik) de muhakkak dikkate alınacak hususlardan birisidir. Ancak meydana gelen olayın öngörülebilir olduğu durumlarda, somut olayın diğer özellikleri değerlendirilmeksizin, sadece öngörülebilirlik nedeniyle taşıyanın deniz tehlikesi muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanamayacağı kabulü kanaatimizce isabetli değildir. Zira bu kabul, taşıyanın yükte meydana gelen zararlardan doğan sorumluluğundan kurtulmasına izin veren Türk Ticaret Kanunu'nun 1179. maddesiyle de uyumsuz olur. Taşıyan, tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özeni göstermiş olmasına rağmen yükte zarara neden olan olayın önüne geçememiş olabilir. Bu durumda Türk Ticaret Kanunu'nun 1179. maddesine dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkündür. Kanun'un 1179. maddesinin birinci fıkrası ile muhtemel sorumsuzluk sebeplerine ilişkin Kanun'un 1182. maddesi arasındaki en önemli fark, ispata ilişkindir. Kanun'un 1179. maddesinin birinci fıkrası kapsamında taşıyan, zararın kendisine yüklenemeyecek bir sebepten ileri geldiğini ispat yükü altındadır. Kanun koyucu, kusursuzluğun ispatı bakımından tam ispat aramıştır. Oysa muhtemel sorumsuzluk sebeplerinde taşıyan, muhtemel sorumsuzluk sebebinin varlığını ve zararın bundan ileri gelmiş olduğunu yaklaşık ispatla ortaya koyabilirse kanuni karinenin sonucundan yararlanabilir (TTK m. 1182/3). Hemen yukarıda açıklandığı üzere, kusursuzluğun ispatı her zaman mümkün değildir. Bu nedenle Kanun'da, genel hayat tecrübesine göre zarara neden olabilecek bazı hususlar bakımından taşıyan lehine ispat kolaylığı getiren özel düzenlemelere yer verilmiştir. Somut olayda taşıyan, öngörülebilir tehlikelere karşı yükte özen borcu kapsamında tedbirli bir taşıyanın alması gereken tüm önlemleri almasına rağmen zarar meydana gelmiş olabilir. Örneğin seferin yapıldığı güzergâhta ve mevsimde olağan kabul edilen bir hava olayı nedeniyle ve taşıyan bu tür hava olaylarına karşı alınması gereken tüm önlemleri almasına rağmen yükte bir zarar meydana gelmişse, söz konusu hava olayının sadece "öngörülebilir" olduğu gerekçesiyle bir deniz tehlikesi teşkil etmediğini ve dolayısıyla taşıyanın muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanamayacağını söylemek kanaatimizce isabetli değildir. Alman doktrininde *Bahnsen*'in de haklı olarak ifade ettiği üzere, deniz tehlikesinin kapsamı belirlenirken, bu muhtemel sorumsuzluk sebebinin taşıyanın yükte özen borcunun bir tamamlayıcısı niteliğinde olduğu unutulmamalıdır. Zarar, somut olayda olağan ve öngörülebilir bir olay/tehlike nedeniyle meydana gelmişse, taşıyanın bu öngörülebilir olaya karşı tedbirli bir taşıyanın alması gereken önlemleri aldığını ortaya koyması gerekir. Aksi halde olağan ve öngörülebilir bir olayın deniz tehlikesi olarak nitelendirilmesi zaten mümkün olmaz. Ancak somut olayın özellikleri gözetilmeksizin, zarara neden olan olay, sadece olağan ve öngörülebilir olduğu için peşinen taşıyanın deniz tehlikesi muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanamayacağı kabulü de hükmün amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle somut olayın tüm özellikleri bir bütün olarak değerlendirilmeli ve zarara neden olan olayın bir deniz tehlikesi teşkil edip etmediği belirlenirken taşıyanın üzerine düşen özen yükünü yerine getirmesine rağmen bu olayın önüne geçilmesinin mümkün olup olmadığına göre bir sonuca varılmalıdır⁵⁵.

Deniz tehlikesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise ambar buğusudur (*Schiffsschweiß, Dampswat*). Ambar buğusunun bir deniz tehlikesi olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle somut olayda ambar buğusunun kaynağının belirlenmesi gerekir. Eğer gemideki havalandırmanın arızalı olması veya uygun şekilde çalışmaması ya da istif gereçlerinin yetersizliğinden kaynaklanmışsa oluşan ambar buğusunun yükte özen borcunun ihlalinden kaynaklandığının kabulü gerekir⁵⁶. Bu durumda taşıyanın deniz tehlikesi muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanması mümkün de-

⁵³ ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 112; AKAN, s. 87; TÜRKEN, s. 177; SÖZER, s. 567.

⁵⁴ YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 222, dn. 65.

⁵⁵ YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 222, dn. 65.

⁵⁶ ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 107; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 22.

ğildir⁵⁷. Öte yandan hava basıncının artması nedeniyle nem oranının normalin üzerine çıkması veya ani ısı değişimleri nedeniyle yükte terleme meydana gelebilir. Bu gibi durumlarda taşıyanın deniz tehlikesi muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanması mümkündür⁵⁸.

b. Harp Olayları, Karışıklık ve Ayaklanmalar, Kamu Düşmanlarının Hareketleri, Yetkili Makamların Emirleri veya Karantina Sınırlamaları

aa. Harp Olayları

Harp olayları, iki veya daha fazla egemen devletin birbirlerine karşı silahlı kuvvet kullanmasını ifade eder⁵⁹. Taşıyanın harp olayları muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanabilmesi için devletler hukuku anlamında resmî olarak ilan edilmiş bir savaşın varlığına gerek yoktur. Harp olayları bakımından belirleyici unsur, silah kullanılmasıdır⁶⁰. Sadece diplomatik ilişkilerin kesilmesi yeterli değildir⁶¹. Doktrinde egemen devlet niteliğinde olmayan ve fakat örgütlü bazı toplulukların hareketlerinin de harp olayı kavramı kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir⁶².

Anglo-Amerikan hukukunda harp olayları bakımından iki farklı kavram gündeme gelmektedir. Lahey/Visby Kuralları'ndan önce navlun sözleşmelerinde veya konişmentolarda "kral'ın/kraliçe'nin düşmanlarının eylemleri" (*king's/queen's Enemies*) kavramı kullanılırken, daha sonra monarşinin olmadığı devlet rejimleri de gözetilerek "savaş olayları" (*act of war*) ve "kamu düşmanlarının hareketleri" (*acts of public enemies*) kavramları da kullanılmaya başlanmıştır⁶³. Kral'ın/Kraliçe'nin düşmanlarının eylemleri kavramına sadece İngiltere'nin savaş halinde olduğu diğer devletlerin eylemlerinin dahil olduğu, öte yandan deniz haydutluğu veya diğer hain grupların fiillerinin bu kavram kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁴. Bunun yanı sıra bir çarterpartide veya konişmentoda yer alan "savaş" klozunun devletler hukuku anlamında bir savaşı ifade etmediği, bu kavramın ticari bir bağlamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵.

Türk hukuk doktrininde, iç savaşın da harp olayları kavramının kapsamında olduğu kabul edilmektedir⁶⁶. Öte yandan Alman hukukunda doktrinde iç savaşın, harp olayı olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu, ancak taşıyanın iç savaş nedeniyle meydana gelen zararlardan ötürü her hâlükârda kamu düşmanlarının hareketleri muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanabileceği gözetildiğinde, iç

⁵⁷ Ancak ortaya çıkan hava muhalefeti nedeniyle, havalandırma sistemi çalışamaz hale gelmişse veya istifleme gereçleri zarar görmüşse, bu durumda ortaya çıkan ambar buğusunun deniz tehlikesi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Aynı yönde bkz. "... Taşıyan, yükün kaçınılmaz olarak terleme eğilimi gösterdiğini veya hava koşullarının yükün düzgün bir şekilde havalandırılmasını imkânsız hale getirdiğini gösterirse, ambar buğusu nedeniyle oluşan hasarın yeterince aydınlandığının kabul edileceğini düşünmüyoruz. Kanaatimizce, herhangi bir gerekçesi olmaksızın yeterli havalandırma sağlanmazsa veya yükün uygun olmayan şekilde istiflenmesi terlemeye katkıda bulunursa veya yükün taşınmasında başka bir ihmâkarlık yapılmışsa, taşıyan sorumlu olmaya devam eder. O halde ambar buğusu, ancak ondan kaçınmak için mevcut ve makul tüm önlemler alındığında bir deniz tehlikesi olarak kabul edilebilir ..." Amerikan 2 No.lu Bölge Temyiz Mahkemesi, *Wessels v. The Asturias*, 126 F.2d 999-1000, 1942 (justia).

⁵⁸ ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 107; TEKİL, s. 633; BATSON, s. 141, 149-150; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 22; ABRAHAM, § 608, Kn. 10.

⁵⁹ ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 117; SÖZER, s. 568; OKAY, s. 225; TEKİL, s. 634; TÜRKEN, s. 178; BOLCA, s. 110; ŞEKER, s. 78; AKAN, s. 89.

⁶⁰ GÜNAY, M. Barış: *Hazırlık Çalışmaları Işığında Lahey/Visby Kuralları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 157; PASCHKE, *BekOGK-HGB*, § 499, Kn. 25.

⁶¹ TEKİL, s. 634.

⁶² SÖZER, s. 568; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 223, dn. 653; ŞEKER, s. 78.

⁶³ FOXTON / BENETT / BERRY / SMITH / WALSH, § 125, Kn. 11039; COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, s. 1090, Kn. 85.305; TREITEL / RENOLDS, s. 610, Kn. 9-216; KARAN, s. 303.

⁶⁴ FOXTON / BENETT / BERRY / SMITH / WALSH, § 125, Kn. 11039; DAVIES / DICKEY, s. 285.

⁶⁵ FOXTON / BENETT / BERRY / SMITH / WALSH, § 125, Kn. 11039; COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, s. 1090, Kn. 85.301.

⁶⁶ ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 118; SÖZER, s. 568; KARAN, s. 302-303; OKAY, s. 225; TEKİL, s. 634; TÜRKEN, s. 178; BOLCA, s. 110; AKAN, s. 89; GÜDEN, Faysal: *Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri*, On İki Levha Yayıncılık Levha, İstanbul, 2017, s. 108. Aynı yönde bkz. AIKENS / LORD / BOOLS, Chapter 10, Kn. 10.247; COLINVAUX, Raoul: *Carver's Carriage by Sea Vol. I*, Stevens & Sons, London, 1982, s. 379, Kn. 536.

savaşın bir “harp olayı” olarak mı yoksa “kamu düşmanlarının hareketi” olarak mı nitelendirildiğinin pratikte fazla bir öneme sahip olmadığı ifade edilmiştir⁶⁷.

Taşıyanın yükte meydana gelen zarardan doğan sorumluluktan harp olayları muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak kurtulabilmesi için yükün taşındığı geminin bir savaş tehlikesine doğrudan maruz kalması gerekmez⁶⁸. Zararın, dolaylı olarak da olsa tipik bir harp olayının sonucu olarak meydana gelmesi yeterlidir⁶⁹. Örneğin seferin yarıda kesilmesi, savaş nedeniyle varna limanına giriş çıkışlar kapatıldığı için limana yanaşamaması, tarafsız yüke harp kaçağı olarak el konması⁷⁰ gibi durumlar, harp olaylarının dolaylı bir sonucudur. Bununla birlikte taşıyan harp olayları ve buna bağlı rizikoları bilerek taşımayı üstlenmişse, harp olaylarının doğrudan veya dolaylı olarak yükte neden olduğu zararlar bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine dayanarak bu zarardan doğan sorumluluğundan kurtulamaz⁷¹. Bir savaş gemisiyle çatma yaşanması durumunda, taşıyanın harp olayları kapsamında çatma sonucu yükte meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabilmesi için çatmanın somut olayda savaş gemisinin savaşla ilgili bir görevi sebebiyle gerçekleşip gerçekleşmediği incelenerek bir sonuca varılması gerekir⁷².

bb. Karışıklık ve Ayaklanmalar

Halkın sayıca azımsanamayacak bir bölümünün, kamu düzenini ve huzuru bozacak şekilde kişilere veya mallara karşı şiddet eylemlerinde bulunması ve fakat bu eylemlerin bir iç savaş veya isyan düzeyine ulaşmaması hali, karışıklık ve ayaklanma olarak ifade edilmektedir⁷³. Terör olayları, bu kapsamda değerlendirilir. Doktrinde bazı yazarlar, bu şiddet eylemlerinin silahlı şekilde gerçekleşmesi gerektiği görüşündedir⁷⁴.

Alman hukukunda karışıklık ve ayaklanma arasında bir ayırım yapılmamıştır. Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin birinci fıkrasının iki numaralı bendinde sadece karışıklık (*Unruhe*) kavramına yer verilmiştir. Alman doktrininde karışıklık kavramının, ayaklanmayı da içeren bir üst kavram olduğu belirtilmektedir⁷⁵. Karışıklık herhangi bir sebeple ortaya çıkabilirken ayaklanmada anayasal hükümete karşı cebren bir isyanın söz konusu olduğu vurgulanmaktadır.

Taşıyanın karışıklık veya ayaklanmanın varlığını bildiği halde taşımayı üstlenmesi durumunda, bu durumdan kaynaklanan zararlardan doğan sorumluluğundan kurtulması mümkün değildir.

cc. Kamu Düşmanlarının Hareketleri

Kamu düşmanlarının hareketleri, deniz haydutlarının (korsanların) veya silahlı soyguncuların yük vereceği zararları kapsayan bir muhtemel sorumsuzluk sebebidir⁷⁶. Özellikle deniz korsanlarının hareketleri, bazı rotalarda gemilerin ve yükün güvenliği bakımından önemli bir tehlike oluşturmaktadır.

⁶⁷ HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 12; ABRAHAM, § 608, Kn. 12; GÖTZ, Hans Norbert: *Das Seefrachtrecht der Haager Regeln*, Deutscher Heimat Verlag, Bielefeld, 1960, s. 112.

⁶⁸ Bu tür tehlikeler örnek olarak geminin bir savaş denizaltısının torpiliyle vurulması sonucu batması veya savaşın taraflarından birisinin denize döktüğü mayına çarpması verilebilir (SÖZER, s. 568; TÜRKEN, s. 178).

⁶⁹ YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 223, dn. 653; BOLCA, s. 110; PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 25.

⁷⁰ Bir Rus tüccara ait buğday yükü Meckleburg Dükü'ne ait bir gemide İngiltere'ye taşınırken, Dük Danimarkalılarla savaşta olduğu için Danimarkalıların tarafından Dük'ün gemisine el konulduğu bir davada, yüke el konulması nedeniyle doğan zarar bakımından İngiliz Hukuk Mahkemesi bu durumun konişmentoda yer alan “Kraliçe'nin Düşmanlarının hareketleri (*Acts of Queen's Enemies*)” sorumsuzluk sebebi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir (Court of Common Pleas, Russell and Others v. Niemann, 17 CB (NS) 163, 1864 (vlex)).

⁷¹ SÖZER, s. 568; OKAY, s. 226; TÜRKEN, s. 178; BOLCA, s. 111; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 25; PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 26; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 12. Aksi yönde bkz. ÜLGNER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 119. Götz ise somut olayda taşıyanın bilerek üstlendiği riziko, gelişen harp olayları nedeniyle önemli ölçüde artmış ve yükteki zarar bu nedenle meydana gelmişse, taşıyanın harp olayları muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanabileceğini ifade etmiştir (GÖTZ, s. 112).

⁷² BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 25; PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 27; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 13; ABRAHAM, § 608, Kn. 12.

⁷³ SÖZER, s. 568; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 223, dn. 654; KARAN, s. 303; TEKİL, s. 634; BOLCA, s. 111; TÜRKEN, s. 178.

⁷⁴ SÖZER, s. 568; TÜRKEN, s. 178; ŞEKER, s. 79.

⁷⁵ ABRAHAM, § 608, Kn. 13; PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 28; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 14. Aynı yönde bkz. ÜLGNER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 118.

⁷⁶ ÜLGNER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 118; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 224, dn. 655; OKAY, s. 226; AKINCI, s. 445; GÜNAY, s. 157; AKAN, s. 90; TÜRKEN, s. 179; BOLCA, s. 111.

Anglo-Amerikan hukukuna bakıldığında, kamu düşmanlarının hareketlerinin ayrı bir sorumsuzluk nedeni olarak düzenlenmediği görülmektedir. İngiliz hukukunda yürürlükte olan 1971 tarihli Eşyanın Denizyoluyla Taşınması Hakkında Kanun'da (*Carriage of Goods by Sea Act 1971*) kamu düşmanlarının hareketleri veya deniz korsanlarına ilişkin özel bir sorumsuzluk sebebine yer verilmemiştir. İngiliz doktrininde *Scrutton*, deniz korsanlarının eylemlerinin 1971 tarihli Eşyanın Denizyoluyla Taşınması Hakkında Kanun uyarınca “deniz tehlikesi” kavramı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir⁷⁷. Doktrinde ayrıca deniz korsanlarının bir eylemi nedeniyle yükte zarar meydana geldiği durumlarda, bu zararın geminin elverişsizliğinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının araştırılması gerektiği, zira korsanlığa karşı gemi mürettebatına gerekli eğitimin verilmemesinin veya geminin deniz korsanlarına karşı (ShipLoc gibi) yeterli bir güvenlik donanımına sahip olmamasının geminin elverişsizliğine neden olacağı ve bu nedenle taşıyanın yükte meydana gelen zarardan sorumlu olacağı ifade edilmektedir⁷⁸.

dd. Yetkili Makamların Emirleri

Yetkili makamların emirleriyle, Devletin veya yabancı başka devletlerin idari makamlarının verdikleri emir ve kararlar doğrultusunda gemiye veya yüke el konması, bunların müsadere edilmesi veya yahut ülkeye giriş çıkışının yasaklanması gibi kısıtlamalar ifade edilmektedir⁷⁹. Egemen bir devlet tarafından yetkilendirilmemiş, resmî bir sıfata sahip olmayan kişi veya kurumların verdikleri emirler ve kararlar bu bent kapsamında değildir. Bu kısıtlamaların devletler hukuku bağlamında hukuka uygun olup olmaması, taşıyanın sorumluluktan kurtulması bakımından önem arz etmez. Ancak getirilen bu kısıtlamaların, seyrüsefere sadece kısa bir süre engel olması bu muhtemel sorumsuzluk sebebi kapsamında değerlendirilmez⁸⁰.

Doktrinde yetkili makamların emirlerinin gerek doğrudan gerekse dolaylı sonuçlarının bu sorumsuzluk sebebi kapsamında değerlendirileceği kabul edilmektedir⁸¹. Örneğin taşıyanın malvarlığına veya gemi adamlarına karşı zorlayıcı önlemlere başvurulacağı tehdidiyle yükün teslimi için baskı yapılması durumunda, yükü yetkili idareye teslim eden taşıyanın yükün zıyaından doğan sorumluluktan bu sorumsuzluk sebebi kapsamında kurtulabileceği ifade edilmiştir.

Yetkili makamların emirleri nedeniyle yükte meydana gelen zarardan doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için taşıyanın, yetkili makamın zarara neden olan emrinin verilmesi bakımından herhangi bir kusuru olmaması gerekir. Başka bir ifadeyle, taşıyanın kusurundan ileri gelen bir sebep nedeniyle yetkili makamlar, yükün zararına neden olacak bir önlem almak zorunda kalmışlarsa, taşıyanın Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Taşıyan abluka, ambargo veya başka bir kısıtlamayı bilmesine rağmen taşımayı üstlenirse Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine dayanamaz⁸².

Alman hukuk doktrininde, fiilî olarak uygulanmayan ve sadece kâğıt üzerinde kalan abluka (*Papierblockade, paper blockade*) hallerinde taşıyanın abluakanın fiilen uygulandığına inanması makul ise, “yetkili makamların emirleri” muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanabileceği kabul edilmektedir⁸³.

⁷⁷ FOXTON / BENETT / BERRY / SMITH / WALSH, § 130, Kn. 11-082. Aksi yönde ARGANO, Giulia: “Pirates... A Charterers' Peril of the Sea”, *Southampton Student Law Review*, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s. 178; TREITEL / RENOLDS, s. 609, Kn. 9-213; COLINVAUX, s. 379, Kn. 537. *Aikens / Lord / Bools*, deniz korsanlarının bir “kamu” düşmanı olmadıklarını zira korsanlık faaliyetinin özü itibarıyla şahsi bir menfaat elde etme amacına dayalı olduğunu, bu nedenle korsanların bir “kamu” düşmanı olarak değil, uluslararası birer suçlu olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir (AIKENS / LORD / BOOLS, Chapter 10, Kn. 10.249).

⁷⁸ KASI, Arun: *The Law of Carriage of Goods by Sea*, Springer, Singapore, 2021, s. 213; TREITEL / RENOLDS, s. 610, Kn. 9-217; AIKENS / LORD / BOOLS, Chapter 10, Kn. 10.242.

⁷⁹ ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 120; SÖZER, s. 569; BOLCA, s. 111; TÜRKEN, s. 179; OKAY, s. 226; TEKİL, s. 635; ABRAHAM, § 629, Kn. 1; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 32-33.

⁸⁰ HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 12; ABRAHAM, § 629, Kn. 1; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 32.

⁸¹ YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 224, dn. 656; PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 30; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 34.

⁸² OKAY, s. 227.

⁸³ BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 33.

Yetkili bir makamın verdiği bir karar, taşıyan bakımından somut taşımanın kârlılığının düşmesine veya yitirilmesine neden olabilir. Ancak taşıyan bakımından doğurduğu ekonomik sonuçlardan bağımsız olarak verilen karar, taşımanın yapılmasını engellemiyorsa, taşımanın yapılması gerekir⁸⁴. Taşımanın kârlılık düşüncesiyle yapılmaması veya geciktirilmesi nedeniyle yükte bir zarar veya gecikme zararı meydana gelirse taşıyan bu zararlardan sorumlu olur.

ee. Karantina Sınırlamaları

Karantina sınırlamaları, bulaşıcı hastalıklar gibi sebeplerle alınan önlemleri ifade eder⁸⁵. Alınan bu önlemler gemiye veya gemide bulunan kişilere ya da eşyaya yönelik olabilir.

12.03.2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilen COVID-19 salgını kapsamında alınan bazı idari önlemler nedeniyle geminin limandan çıkamaması veya varma limanına yanaşamaması nedeniyle yükte meydana gelen bozulmaya bağlı zıya ile yükün geç teslimi gibi konularda, taşıyanın bu zararlardan doğan sorumluluğundan kurtulup kurtulamayacağı tartışma konusu olmuştur. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasında “salgın hastalıklar” bir muhtemel sorumsuzluk sebebi olarak düzenlenmediğinden, COVID-19 pandemisinin doğrudan bir muhtemel sorumsuzluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir⁸⁶. Bununla birlikte COVID-19 pandemisi veya herhangi başka bir salgın hastalık nedeniyle gemi karantina altına alındığı veya karantina nedeniyle geminin limandan ayrılması veya limana yanaşması yasaklandığı için yükte gecikme dâhil bir zarar meydana gelmişse, “karantina sınırlamaları” bir muhtemel sorumsuzluk sebebi olarak düzenlenmiş olduğundan, taşıyan, meydana gelen zararın karantina sınırlamalarından ileri geldiğini ortaya koyarak sorumluluktan kurtulabilir.

COVID-19 pandemisi, bir salgın hastalık ortaya çıktığında ve bunun belirli bir bölgede veya tüm Dünya'da yayıldığı hallerde, hastalığın etkilerinin uzun bir süre devam edebileceğini göstermiştir. Dolayısıyla salgın hastalık nedeniyle getirilen her karantina sınırlamasının, taşıyanın yükte meydana gelen zararından doğan sorumluluktan kurtulmasına imkân vereceği şeklinde anlaşılması gerekir. Zira muhtemel sorumsuzluk sebepleri, taşıyanın yüke özen borcuyla birlikte değerlendirilmelidir⁸⁷. Aniden ortaya çıkan ve öngörülmesi mümkün olmayan bir karantina sınırlamasının söz konusu olduğu durumlarda, taşıyanın alternatif bir limana yönelmemesi veya yükün sözleşmede öngörüldüğü şekilde ve sürede teslim edilebilmesi için alınması mümkün olan başka bir önlem almaması durumunda yüke özen borcunu ihlal ettiği söylenemez. Öte yandan karantina sınırlamaları yaygın ve/veya öngörülebilirse, bunun da ötesinde tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen gösterildiğinde yükün sözleşmeye uygun şekilde ve sürede teslimi mümkünse, taşıyanın gerekli özeni göstermemesi nedeniyle yükte ilgili meydana gelen zarardan doğan sorumlu-

⁸⁴ HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 19.

⁸⁵ ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 121; SÖZER, s. 569; TEKİL, s. 635; TÜRKEN, s. 179; BOLCA, s. 112; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 35; PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 31; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 21. *Akan*, karantinanın hükümet tarafından getirilen bir kısıtlama olduğunu, bu kavramsal farklılık nedeniyle ayrı bir bentte ele alınmasında yarar görül-
düğünü ifade etmiştir (AKAN, s. 91).

⁸⁶ YETİŞ ŞAMLI, Kübra: “COVID-19 Pandemisinin Taşıyanın Sorumluluğu ve Navlun Alacağı Üzerindeki Etkileri”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 78, Sayı 2 (Pandemi), s. 315.

⁸⁷ *Yetiş Şamlı*, Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca anılan hükmün birinci fıkrasında sayılan hallerden birisinin ortaya çıkmasına taşıyanın sorumlu olduğu bir olayın yol açtığına ispatlanması durumunda sorumluluktan kurtulamayacağına ilişkin düzenlemeye atıf yaparak, örneğin, taşıyanın karantina sınırlaması olan liman yerine güvenli bir limana zamanında yönelmesinin mümkün olduğunu ve bunu yapmayan taşıyanın zararın meydana gelmesinde kusurlu bulunduğunu yükte ilgilinin ortaya koyması gerektiğini ifade etmiştir (YETİŞ ŞAMLI, *Pandemi*, s. 316). Kanaatimizce burada ispat külfetine ilişkin bahsedilen husus, taşıyanın yüke özen borcunu usulüne uygun şekilde yerine getirmesiyle alakalıdır. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin ikinci fıkrasının lafzı incelendiğinde, birinci fıkrada sayılan muhtemel sorumsuzluk sebeplerinin ortaya çıkmasına “taşıyanın sorumlu olduğu bir olayın yol açması” şartı aranmıştır. Ancak salgın hastalık gemiden yayılmadığı sürece, genel bir salgın hastalığın sonucu olarak getirilen karantina sınırlaması nedeniyle geminin limandan çıkışının yasaklanması veya limana yanaşmasına izin verilmemesi gibi durumların “taşıyanın sorumlu olduğu bir olaydan” kaynaklandığını söylemek mümkün olmaz. Dolayısıyla bu gibi durumlarda taşıyanın yükte meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kurtulamayacağını söylemek mümkün değildir.

luğundan Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca kurtulamayacağı'nın kabulü gerekir⁸⁸.

c. Mahkemelerin El Koyma Kararları

Mahkemelerin de kendi görev alanlarına ilişkin birer “yetkili makam” oldukları gözetildiğinde, bunların verdikleri kararların “yetkili makamların kararları” muhtemel sorumsuzluk sebebi kapsamında değerlendirilmesi düşünülebilir. Ancak “mahkemelerin el koyma kararları” kavramıyla özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle mahkemelerin verdikleri kararlar kastedildiğinden⁸⁹, mahkemelerin verdiği el koyma kararları Kanun'da ayrı bir muhtemel sorumsuzluk sebebi olarak düzenlenmiştir. İdari makamlar tarafından verilen müsadere veya el koyma kararları, Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilmelidir⁹⁰. Zira müsadere veya idari bir makâmın emri sonucunda yüke veya gemiye el konulmasının temelinde idarenin bir işlemi yatmaktadır⁹¹. Öte yandan Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca anılan el koyma kararları ile ihtiyati haciz, icraî haciz ve ihtiyati tedbir kararları kastedilmektedir. Mahkemenin vereceği karar, gemiye ilişkin⁹² olabileceği gibi gemideki yüke ilişkin de olabilir.

Doktrinde verilen bu türden kararların, objektif ve önceden tahmin edilemeyen bir engel mahiyetinde olması gerektiği ifade edilmiştir⁹³. Taşıyan kendi aleyhine yükle ilgili bir zarara neden olacak şekilde mahkeme kararı alınmasına sebebiyet vermişse, başka bir ifadeyle alınan karar bakımından kusurluysa, zarar nedeniyle doğan sorumluluğundan Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine dayanamaz. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca muhtemel sorumsuzluk sebeplerinin ortaya çıkmasına taşıyanın sorumlu olduğu bir olayın yol açtığı ispatlanırsa taşıyan sorumluluktan kurtulamaz. Öte yandan donatan olmayan taşıyan, gemiye icraî haciz nedeniyle el konduğu durumlarda, hacze konu borç gemi malikine ait olduğundan ve taşıyanın bu borcun oluşmasında veya takibinde bir kusuru olmadığından, yüke dair zarardan sorumlu olmaz⁹⁴. Doktrinde ihtiyatî haciz kararı verilen durumlarda, haciz kararının uygulanması ve teminat gösterilmesi suretiyle haciz kararının kaldırılması arasında belirli bir süre geçtiğine vurgu yapılarak, bu süre içinde meydana gelen zarardan taşıyanın sorumlu olmadığı ifade edilmiştir⁹⁵.

⁸⁸ Karayoluyla yapılan eşya taşımaları bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun taşıyıcı lehine öngördüğü muhtemel sorumsuzluk sebeplerini düzenleyen 878. maddesinde “karantina sınırlamaları” gibi bir sorumsuzluk sebebi düzenlenmemiştir. bununla birlikte COVID-19 salgını nedeniyle karantina da dâhil olmak üzere alınan bazı idarî tedbirler nedeniyle yükle ilgili ortaya çıkan zararlar bakımından, salgının etkilerinin Türk Ticaret Kanunu'nun 876. maddesi kapsamında “taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınmayacağı ve sonuçlarını öngöremeyeceği bir sebep” olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin tartışmalarda, doktrindeki baskın görüş, kanaatimizce de haklı olarak pandemiyin ilk ortaya çıktığı zaman ile sonraki süreç arasında bir ayırım yapmaktadır. Bu görüşe göre, pandemi ilk ortaya çıktığında salgın hastalığın kendisi ve buna bağlı alınan önlemler en yüksek özeni gösterilmiş olsa bile taşıyıcı tarafından öngörülemmez ve önlenemez nitelikte bir sebep olarak görülmesi ve bu sebepten ileri gelen zararlardan taşıyıcının sorumlu olmadığı kabul edilmelidir. Öte yandan ilerleyen süreçte alınan önceki tarihli tedbirler, başvurulabilecek alternatif güzergâhlar ve önlemler gibi hususlar netleştiği için pandemi ve buna bağlı önlemlerin “öngörülemmez ve önlenemez” olmaktan çıktığı, dolayısıyla taşıyıcının salgın nedeniyle alınan tedbirlerden ötürü yükle ilgili bir zarar meydana geldiğinde sadece salgının veya alınan tedbirin “en yüksek özeni gösterilmesine rağmen öngörülemmez ve önlenemez” bir sebep olduğunu ileri sürerek sorumluluğundan kurtulamayacağı vurgulanmıştır. Bu hususta bkz. ŞENOCAK, Kemal: “Kara Taşıma Hukuku Açısından COVID-19 Tedbirlerinin Değerlendirilmesi”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal, *COVID-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 405-406; SİLAHTAROĞLU, Elvin Kerime: “Covid Salgınının Karayolu ile Eşya Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Eşyanın Geç Tesliminden İleri Gelen Sorumluluğuna Etkisinin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında Değerlendirilmesi”, (Edts.) SUR, Melda/KASAPOĞLU Turhan, Mine, *COVID-19 ve Hukuk Sempozyumu*, İstanbul, 2021, s. 140-141.

⁸⁹ SÖZER, s. 569; ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 132; TÜRKEN, s. 179-180; BOLCA, s. 113; ABRAHAM, § 608, Kn. 16; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 36; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 22.

⁹⁰ YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 224, dn. 658; BOLCA, s. 113.

⁹¹ ABRAHAM, § 608, Kn. 16; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 36; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 22.

⁹² Gemiye ilişkin haciz kararının bu muhtemel sorumsuzluk sebebi kapsamında değerlendirilemeyeceği, haciz kararının sadece yüke ilişkin olması durumunda taşıyanın bu muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanabileceğine ilişkin Amerikan yargı kararlarının eleştirisi için bkz. GÖTZ, s. 113.

⁹³ TEKİL, s. 635; TETLEY, s. 449.

⁹⁴ ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 125.

⁹⁵ ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 124.

Hatalı olarak haczedilen bir eşyayı icra memuruna teslim ederek haciz kararının gereğini yerine getiren taşıyan, bu konuda bir kusuru bulunmadığı sürece (örneğin haciz kararının hatalı olduğunu bilmesi vs.) söz konusu muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak yükün elinden çıkması nedeniyle oluşan zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabilir⁹⁶.

d. Grev, Lokavt veya Diğer Çalışma Engelleri

Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde grev, lokavt veya diğer çalışma engelleri birer muhtemel sorumsuzluk sebebi olarak düzenlenmekle birlikte bu kavramların tanımına yer verilmemiştir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun⁹⁷ (6356 sayılı Kanun) 58. maddesinin birinci fıkrasında grev, "*işçilerin topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmaları*" şeklinde tanımlanmıştır. Lokavt ise 6356 sayılı Kanun'un 59. maddesinin birinci fıkrasında "*işyerinde faaliyetin tamamen durmasına neden olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi kararıyla veya bir kuruluşun verdiği karara uyarak, işçilerin topluca işten uzaklaştırılması*" şeklinde tanımlanmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca taşıyanın bu muhtemel sorumsuzluk sebebinden yararlanabilmesi için tüm işçilerin greve gitmesi veya lokavt ilan edilmesi gerekmez. Navlun sözleşmesinin ifasını önemli ölçüde engelleyecek sayıda işçinin greve katılması veya lokavt ilan edilmesi yeterlidir⁹⁸. İstifçiler gibi taşıyanın yardımcılarının grev yapması nedeniyle yüklenme ve boşaltmanın önemli ölçüde güçleşmesi veya olağandan çok daha uzun sürmesi durumunda da taşıyan, anılan bu bende dayanarak, zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabilir⁹⁹.

Diğer çalışma engelleriyle, grev ve lokavtın dışında kalan olayların ifade edildiği açıktır. Doktrinde bu tür olaylara örnek olarak gemi adamlarının hastalanarak belirli bir süre çalışmamaları veya savaş riski nedeniyle gemi mürettebatının sefere çıkmayı reddetmesi gibi haller verilmektedir¹⁰⁰.

Yabancı doktrinde gemi adamlarının hastalanmaktan korkmaları nedeniyle çalışmaktan kaçınmalarının bir çalışma engeli teşkil edip etmeyeceği konusunda görüş birliği yoktur. Alman hukuk doktrininde, hastalanma korkusu nedeniyle gemi adamlarının çalışmamalarının da "diğer çalışma engeli" kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir¹⁰¹. İngiliz hukuk doktrininde ise hastalanma korkusuyla gemi adamlarının işi bırakmalarının "diğer çalışma engeli" kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda bir görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre gemi adamlarının hastalanma korkusuyla çalışmamaları "diğer çalışma engeli" kapsamında değerlendirilemez¹⁰². Diğer bir görüşe göreyse gemi adamlarının hastalanma korkusuyla çalışmamalarından ötürü yükte meydana gelen zarar nedeniyle taşıyan, bundan doğan sorumluluğundan "diğer çalışma engeli" muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak kurtulabilir¹⁰³.

Eğer işçilerin grev yapmasında kendisinin bir kusuru yoksa taşıyan, kendi işletmesinde yapılan greve de dayanabilir. Zira taşıyandan sözleşmenin ifasına devam edilebilmesi için işçilerin tüm taleplerini kabul ederek grevi derhâl sona erdirmesi beklenemez. Taşıyanın yüke özen borcu kapsamında

⁹⁶ HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 23; PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 32; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 36.

⁹⁷ 07.11.2012 tarihli ve 28460 sayılı Resmî Gazete.

⁹⁸ ÜLGNER, *Sorumluluk Halleri*, s. 128; TÜRKEN, s. 181; OKAY, s. 227.

⁹⁹ OKAY, s. 227; KARAN, s. 307; s. ABRAHAM, § 608, Kn. 17; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 37; PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 33; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 24.

¹⁰⁰ ÜLGNER, *Sorumluluk Halleri*, s. 128; SÖZER, s. 569-570; TÜRKEN, s. 181; BOLCA, s. 114.

¹⁰¹ BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 37; PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 33; ABRAHAM, § 608, Kn. 17; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 24.

¹⁰² FOXTON / BENETT / BERRY / SMITH / WALSH, § 129, Kn. 11-079.

¹⁰³ COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, s. 1096, Kn. 85.324.

çalışma engellerinin ve bunların sonuçlarının ortadan kaldırılması için gerekli önlemleri alıp almadığı değerlendirilirken, sadece taşıyanın alması beklenebilecek makul önlemler dikkate alınmalıdır¹⁰⁴.

Taşıyanın lokavt ilan etmesi, somut olayda iktisadi olarak bir savunma önlemi teşkil ediyorsa taşıyan, lokavt nedeniyle doğan zararlardan sorumlu olmaz¹⁰⁵. Dolayısıyla ilan edilen lokavtın Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenirken ihtiyatlı davranılması ve taşıyanın haklı iktisadi menfaatlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Alman hukuk doktrininde, navlun sözleşmesi akdedildiği sırada taşıyanın işletmesinde bir grev riskinin olduğu ve fakat grev kararının henüz alınmadığı durumlarda, sözleşme akdedildikten sonra grev kararı alınması durumunda taşıyanın "grev" muhtemel sorumsuzluk sebebinden yararlanabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁶.

e. Yükleten, Taşıtan veya Eşyanın Maliki ile Bunların Temsilcilerinin ve Adamlarının Fiil veya İhmalleri

Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde düzenlenen bu muhtemel sorumsuzluk sebebi, taşıyanın yükümlülüğünde olmayan ve yükleten, taşıtan veya eşyanın maliki tarafından gerçekleştirilen her türlü davranışa ilişkindir¹⁰⁷. Zira taşıyan, yükle ilgililerin kendi üzerlerine düşen her türlü yükümlülüğü usûlüne uygun ve kusursuz şekilde yerine getireceklerine güvenebilmelidir. Bu nedenle yükle ilgili, üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirirken kusurlu bir davranışıyla yüke ilişkin bir zararın meydana gelmesine neden olursa, bundan doğan sorumluluğun kendisine ait olması doğaldır.

Bu muhtemel sorumsuzluk sebebi, sadece kendisi veya adamları kusurlu davranan yükle ilgilinin eşyası bakımından geçerlidir. Yükle ilgilinin veya adamlarının kusurlu bir davranışı nedeniyle gemide bulunan ve başka bir taşıtana ait yükte bir zarar meydana gelmesi durumunda taşıyan, kusurlu davranarak yüke zarar veren diğer yükle ilgilinin kusuruna dayanarak Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca diğer yükün ilgisine karşı doğan sorumluluğundan kurtulamaz¹⁰⁸.

Taşıyanın Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca sorumluluktan kurtulabilmesi için sadece belli bir yükümlülüğün yükle ilgilide olduğunu ortaya koyması yeterli değildir. Aynı zamanda yükle ilgilinin söz konusu yükümlülüğü bakımından kusurlu davranarak bu yükümlülüğü ihlal ettiğini ve bu kusurlu davranıştan kaynaklanan ihlalin yükün zararına neden olduğunu da ispat edebilmelidir¹⁰⁹.

Alman hukuk doktrininde, taraflar arasındaki sözleşme uyarınca veya kanunen yükle ilgili taraftan gerçekleştirilen yükleme, istifleme veya boşaltmanın hatalı yapılması nedeniyle yükün zarara uğradığı hallerin bu muhtemel sorumsuzluk sebebi kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir¹¹⁰. Ancak kanaatimizce zararın meydana gelme anı bakımından bir ayırım yapılmaması, taşıyanın yüke özen borcunun başlangıç ve bitiş anını gözetmediğinden hatalıdır. Zira sözleşmeyle yüklemenin, istiflemenin veya boşaltmanın yükle ilgili taraftan gerçekleştirileceğinin kararlaştırıldığı durumlarda taşıyanın yüke özen borcu, duruma göre yüklemenin ya da istiflemenin sona ermesiyle başlar ve yükün boşaltılabilmesi için yükle ilgiliye eşyaya erişiminin sağlanmasıyla sona erer¹¹¹. Bu nedenle yük-

¹⁰⁴ PASCHKE, *Oetker-HGB*, § 499, Kn. 4.

¹⁰⁵ PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 33; ABRAHAM, § 608, Kn. 17; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 24.

¹⁰⁶ Aynı yönde bkz. GÜDEN, s. 110; AKAN, s. 93.

¹⁰⁷ HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 40; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 49; PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 36.

¹⁰⁸ YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 225, dn. 660; KARAN, s. 307.

¹⁰⁹ PASCHKE, *Oetker-HGB*, § 499, Kn. 5; PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 35.

¹¹⁰ PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 38; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 40; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 54; ABRAHAM, § 608, Kn. 18.

¹¹¹ Uygulamada navlun sözleşmelerinde sıklıkla FIO(S)(T) kayıtlarına yer verilmektedir. Bu kayıtlar konarak taşıyan; eşyanın yüklenmesi, istifi, dengelenmesi veya boşaltılması gibi yükümlülüklerini de yükle ilgililere aktarmaktadır. Bu gibi durumlarda eşya; yükleme, istif-

leme veya istifleme henüz devam ederken ya da varma limanında boşaltma için eşya yükü ile ilgili tasarrufuna bırakıldığı andan itibaren taşıyanın yüke özen borcunun mevcudiyetinden bahsedilemez¹¹². Dolayısıyla bu işlemler devam ederken yükü ile ilgili kusuru nedeniyle eşyada bir zarar meydana gelirse, taşıyan zaten bu zarardan sorumlu olmaz.

Türk hukuk doktrininde, kaptanın istife nezaret yükümlülüğü kapsamında yükleme ve istif, yükü ile ilgili veya yükü ile ilgili ifa yardımcısı tarafından yapılıyor olsa bile bu işlemlerin hatalı şekilde yapıp yapılmadığını kaptanın denetlemesi gerektiği, aksi halde yükleme ve istifteki hatalar nedeniyle yükte zarar meydana gelse bile taşıyanın sorumluluktan kurtulmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir¹¹³. Sözleşmesel olarak yükleme ve istifin taşıyan tarafından yapılmamasının kararlaştırıldığı durumlarda kaptanın istife nezaret yükümlülüğünün geminin denize, yola ve yüke elverişliliğinin korunmasını sağlamakla sınırlı olduğunun kabulü gerektiğini düşünüyoruz. Dolayısıyla geminin elverişliliğini etkilemeyen hataların yükte meydana getirdiği zarardan taşıyanın sorumlu tutulmasının, başka bir ifadeyle yükü ile ilgili kusuru nedeniyle meydana gelen zarara ilişkin sorumluluğunun kaptanın istife nezaret yükümlülüğü üzerinden tekrar taşıyana aktırılmasının hatalı olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle yükü ile ilgili tarafından yapılan yükleme ya da istifleme sırasında eşya henüz taşıyanın hâkimiyetine girmemiş veyahut boşaltma bakımından taşıyanın hâkimiyetinden çıkmış sayılacağından, taşıyanın Türk Ticaret Kanunu'nun 1178. maddesi uyarınca bu zarardan sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulmaya ihtiyacı yoktur.

Öte yandan yükü ile ilgili yüklemeyi veya istiflemeyi hatalı yapmasından ötürü zarar, eşya taşıyanın hâkimiyetine bırakıldıktan sonra ortaya çıkarsa, taşıyanın anılan muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak, bu sorumluluktan kurtulması mümkündür. Ancak, hemen yukarıda belirtildiği üzere, taşıyanın sadece yükü ile ilgili kusurlu davranmış olduğunu ispat etmesi yeterli değildir, ayrıca yükü ile ilgili zararın bu kusurlu davranıştan ileri geldiğini de makul şekilde ortaya koymalıdır.

Sözleşmeyle yükleme, istifleme veya boşaltma gibi yükümlülüklerin yükü ile ilgili tarafından yerine getirileceği kararlaştırılmamış olmasına rağmen bu işlemler fiilen yükü ile ilgili tarafından yerine getirilirse taşıyan, söz konusu muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak sorumluluktan kurtulabilir. Zira bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi sırasında doğan zararlar bakımından belirleyici husus, fiilen bu yükümlülüğü kimin kusurlu şekilde yerine getirdiğidir¹¹⁴.

leme ve/veya dengeleme işlemlerinin sona ermesiyle birlikte taşıyanın hâkimiyetine girer (SEVEN, s. 72; ATAMER, Kerim: "Yeni Türk Hukuku Uyarınca Incorporation, FIOST ve Arbitration London Kayıtları ile Bazı Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", Deniz Hukuku Dergisi, 2012 Cilt 11, Sayı 1-4, s. 320; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 50; SÜZEL, Cüneyt: Deniz Ticaret Hukukunda Taşıyan ve Yükleme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 317-318; ÖRSEL, s. 17). Boşaltma bakımından da benzer bir değerlendirme yapmak gerekir. Navlun sözleşmesiyle boşaltmanın yükü ile ilgili tarafından gerçekleştirilmesi kararlaştırılmışsa taşıyanın eşyanın zararından doğan sorumluluğu, eşya boşaltılmadan, henüz gemideyken boşaltmanın yapılabilmesi için yükü ile ilgiliye teslim edilmesiyle sona erer (SEVEN, s. 78; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 54; SÜZEL, s. 317-318; MİSİLİ, Sinan: "İstifçinin Taşıyanın Sınırlı Sorumluluk ve Sorumluluktan Kurtulma Hükümlerine Başvurması: 'Himalaya Klozu'", *Legal Hukuk Dergisi*, 2016, Cilt 14, Sayı 166, s. 5511).

¹¹² Ancak doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, eşyanın yüklenmesi ve/veya boşaltılması ya da istif ve/veya dengelenmesi gibi yükümlülüklerin yükü ile ilgili tarafından gerçekleştirileceği taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olmasına rağmen anılan işlemler fiilen taşıyan tarafından gerçekleştirilirse taşıyan, bu işlemler sırasında meydana gelen zararlar bakımından FIO(S)(T) kaydını ileri sürerek, yükün henüz hâkimiyetinde olmadığını veyahut hâkimiyetinden çıkmış olduğunu ileri süremez (YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 50; AMASYA, Serap: "FOB ve CIF Satışlarda Alıcı ve Satıcının Taşıma İlişkisindeki Sıfatları ve FIOST Kaydının Etkisi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 20, Sayı 2, s. 1884; BOLCA, s. 48, dn. 141. Aynı yönde bkz. "... Konşimentodaki 'Free Out' klotuna rağmen şayet, geminin varış limanında buna aykırı olarak tahliyeyi taşıyıcı üstlenmiş ise, artık, taşıyan konşimentodaki 'Free Out' klotuna dayanarak tahliyedeki hasardan sorumlu olmadığını ileri süremez. Bir başka deyişle, 'Free Out' klotuna uygun bir tahliye yapılması durumunda, taşıyanın tahliye sırasında yükte meydana gelen hasarlardan sorumlu olmayacağı ilke olarak doğrudur ..." (Yargıtay, 11. HD, T. 16.09.2014, E. 2014/5832, K. 2014/13843, Lexpera, ET: 14.09.2023). Yargıtay, 11. HD, T. 06.06.2002, E. 2002/5101, K. 2002/5859 (Lexpera, ET: 14.09.2023).

¹¹³ BOLCA, s. 115; TÜRKEN, s. 183. Doktrinde, kaptanın istife nezaret yükümlülüğü nedeniyle (TTK m. 1091) eşyanın yüklenmesi, istifi ve/veya boşaltılmasının sözleşmeyle yükü ile ilgili faaliyet sahasına aktarılması durumunda da taşıyanın navlun sözleşmesinin ifası kapsamında eşyanın yüklenmesi, istifi ve boşaltılması yükümlülüklerinden doğan sorumluluğundan tam olarak kurtulmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir (SÖZER, s. 471-472; KULA DEĞİRMENCİ, Nil: *Taşıyanın Sorumluluğu ve Akdedeceği Sorumsuzluk Anlaşmaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 85; KARA, s. 203; AKAN, s. 44; BOLCA, s. 49).

¹¹⁴ Alman hukukunda da aynı yönde bkz. HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 41.

Yükle ilgilinin verdiği bir talimatın yerine getirilmesi nedeniyle eşya zarara uğrarsa taşıyan bu zarardan doğan sorumluluğundan Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine dayanarak kurtulabilir. Ancak yükle ilgili tarafından verilen talimatın yüke zarar vereceği açıksa veya talimatın makul olmadığı taşıyan tarafından anlaşılabilirse, taşıyanın talimatı teyit etmesi, çekincesini yükle ilgiliye karşı ifade etmesi veya yeni bir talimat almak üzere yükle ilgiliye başvurması gerekir. Zira yükle ilgilinin verdiği talimat, taşıyanın yüke özen borcunu ortadan kaldırmaz. Taşıyan talimatın yükle ilgili bir zarara sebep olacağını öngörmesine rağmen talimata uyar ve zarar ortaya çıkarsa, bundan doğan zarara ilişkin sorumluluğundan Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kurtulamaz.

Eşyanın taşınmaya başlamadan önce işlem görmesini gerektiren durumlar da bu muhtemel sorumsuzluk sebebi kapsamında değerlendirilir¹¹⁵. Örneğin gıda yükünün soğutulmuş şekilde taşıyana teslim edilmesi gerektiği halde yükün taşıyana oda sıcaklığında teslim edildiği ve bu nedenle taşıma sırasında bozulduğu bir olayda, taşıyanın bu zarardan doğan sorumluluğundan Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine dayanarak kurtulması mümkündür.

Yükle ilgilinin taşıyana eşyayla ilgili yanlış veya eksik bilgi vermesi nedeniyle oluşan zararlardan da taşıyan Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine dayanarak kurtulabilir¹¹⁶. Örneğin eşyanın sürekli olarak belirli bir derece taşınması gerektiğine ilişkin taşıyana bilgi verilmemişse, taşıma sırasında derecenin değişiklik göstermesi nedeniyle oluşan zarar bakımından taşıyan, taşıyanın eşyanın salimen taşınabilmesi için gerekli şartlara dair tam bilgi vermediğini ortaya koyarak zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabilir.

Eşyanın cinsine veya kıymetine ilişkin kasten yanlış bilgi verilmesi durumunda Türk Ticaret Kanunu'nun 1186. maddesinin beşinci fıkrası uygulanır. Anılan bu düzenleme uyarınca yükleten eşyanın cinsini veya değerini kasten gerçeğe aykırı bildirmişse taşıyan, herhalde, eşyanın uğradığı veya eşyaya ilişkin zıya veya hasar nedeniyle sorumlu olmaz¹¹⁷. Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamına sehven yanlış bilgi verilmesi halleri girmektedir¹¹⁸.

Taşıyanın haricen belli olan zararlara rağmen taşıyan ile anlaşarak "temiz konişmento" düzenlemesi durumunda¹¹⁹, Türk Ticaret Kanunu'nun 1239. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca eşyanın tanımına güvenerek konişmentoyu iyiniyetle devralan gönderilen dâhil üçüncü kişilere karşı eşyanın konişmentoda yazılı şekilde teslim alınmadığı ileri sürülemez. Bu nedenle taşıyanın bu durumda Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Ancak eşyadaki gizli kusurlar nedeniyle sorumsuzluğunu ileri sürebilir¹²⁰.

f. Hacim veya Tartı İtibarıyla Kendiliğinden Eksilme veya Eşyanın Gizli Ayıpları ya da Eşyanın Kendisine Özgü Doğal Cins ve Niteliği

aa. Hacim veya Tartı İtibarıyla Kendiliğinden Eksilme

Uygulamada "fire" olarak tabir edilen eksilme, yük teslim alındıktan sonra varma limanına gelinceye kadar geçen sürede herhangi bir dış etkenin tesiri olmaksızın yük miktarındaki azalmayı ifade

¹¹⁵ PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 38; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 53; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 42.

¹¹⁶ ÜLGNER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 131; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 225, dn. 660; SÖZER, s. 570; OKAY, s. 228; TÜRKEN, s. 182; BOLCA, s. 115.

¹¹⁷ Kasten yanlış beyanda bulunulduğunu ispat yükü taşıyandır (OKAY, s. 231; TÜRKEN, s. 182).

¹¹⁸ ÜLGNER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 132, dn. 112; TEKİL, s. 637; BOLCA, s. 115.

¹¹⁹ Temiz konişmento ile taşınan eşyanın haricen belli olan nitelik ve niceliği hakkında herhangi bir çekince içermeyen konişmento ifade edilmektedir. Temiz konişmentoya ilişkin detaylı bilgi için bkz. TOPSOY, FEVZİ: "Garanti Mektubu Karşılığında Düzenlenen Temiz Konişmentolardan Dolayı Taşıyanın Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 2, s. 547 vd.; TUNCA ÖZCAN, Zeynep: *Uluslararası Deniz Ticareti Hukukunda Temiz Konişmento*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 55 vd.

¹²⁰ ÜLGNER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 132; SÖZER, s. 570; GÜDEN, s. 111-112.

etmektedir¹²¹. Fire bakımından önemli olan husus, eşyada meydana gelen eksilmenin dış etkenlerden bağımsız olarak, eşyanın kendi niteliğinden ileri gelmesidir.

Uygulamada bazı odalar, hacim ve tartı itibarıyla kendiliğinden eksilmeler hususunda eşyanın cinsine göre fire oranları açıklayarak oranlar bakımından belirli bir standardın oluşturulmasını sağlamaya çalışmaktadır. Yargıtay, bazı kararlarında fire oranının belirlenmesinde bilirkişiye başvurulması gerektiğini ifade etmektedir¹²². Bazı kararlarda ise fire oranının bilirkişilerce belirlenmesinin yanı sıra ayrıca ilgili meslek kurumu veya kuruluşundan da görüş alınması gerektiği ifade edilmektedir¹²³.

bb. Eşyanın Gizli Ayıpları

Yük taşıyan tarafından teslim alındığı anda mevcut olmakla birlikte gözle görülür nitelikte olmayan ve taşıma sırasında yükte zarar meydana gelmesine neden olan kusur ve eksiklikler, gizli ayıp niteliğindedir¹²⁴. Taşıyanın, eşyanın gizli ayıbı muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak sorumluluğundan kurtulabilmesi için yükü teslim alırken yükü inceleme veya muayene etme yükümlülüğünü yerine getirmesi ve zarara neden olan ayıbın bu inceleme ve muayene kapsamında tespit edilemiyor olması gerekir¹²⁵.

cc. Eşyanın Kendisine Özgü Doğal Cins ve Niteliğinden Doğan Diğer Zararlar

Eşyanın kendisine özgü doğal cinsi ve niteliği sebebiyle sadece hacminde veya ağırlığında bir eksilme meydana gelmesi söz konusu olmaz. Bazı yükün yapısı nedeniyle kolayca kırılması, bozulması, paslanması veya kendiliğinden ısınması veya yanması söz konusu olabilir. Bunun gibi yine eşyanın kendisine özgü doğal cins ve niteliğinden ötürü meydana gelen ve fakat fire kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan zararlar da Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi kapsamındadır.

Taşıyanın yükte meydana gelen zarardan, zararın eşyanın “kendisine özgü doğal cinsi ve niteliğinden” kaynaklandığını ileri sürerek kurtulabilmesi için deniz yoluyla yapılan taşıma sürecinde eşya-ya etki eden (örneğin denizde kalınan süre, değişen dış sıcaklıklar, deniz iklimi ve tuzlu su, nem, geminin ağır denizdeki hareketleri gibi) tipik dış etkenlere karşı usulüne uygun şekilde ambalajlanmış olmasına ve gereken özen gösterilmesine rağmen taşınan eşyanın “doğası gereği daha kolay zarar görmesi”¹²⁶ söz konusu olmalıdır¹²⁷. Taşıyan, tedbirli bir taşıyanın özenini göstermesine rağmen eşya-

¹²¹ ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 137; SÖZER, s. 570; TÜRKEN, s. 183; TEKİL, s. 646; BOLCA, s. 115; GÜDEN, s. 112; ŞEKER, s. 80; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 58.

¹²² “... Uyuşmazlığın çözümü için dökme yükteki firenin hangi oranla makul sayılacağına tespiti gerektiğinden, mahkemece öncelikle taşınan emtianın dökme olarak taşınması halinde makul fire oranının ne olduğunun ilgili ...yla, bulunmadığı takdirde ise ...yla yapılacak yazışmayla görüş alındıktan sonra, aralarında maden yüksek mühendisi ile taşıma konusunda uzmanlar bulunan bilirkişi kurulundan alınacak raporla belirlenmesi ve böylece eksik olduğu iddia edilen kömür miktarının kantar ölçüm işlemleri de nazara alınarak ortaya çıkacak eksik yük miktarından davalı taşıyıcının sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespiti gerekirken, draft sövreydeki hata oranını fire oranı olarak kabul eden bilirkişi raporu benimsenmek suretiyle hüküm tesisi doğru olmadığından ...” Yargıtay, 11. HD, T. 21.04.2016, E. 2015/8225, K. 2016/4534 (Lexpera, ET: 16.10.2023);.

¹²³ “... Bu durumda, mahkemece öncelikle buğdayın dökme olarak taşınması halinde makul fire oranı konusunda ticari teamülün ne olduğunun ilgili kurum ve kuruluşlarla yapılacak yazışmayla tespitiyle aralarında ziraat mühendisi ve taşıma konusunda uzmanlar bulunan bilirkişi kurulundan alınacak raporla eksik olduğu iddia edilen buğday miktarının kantar ölçüm işlemleri de nazara alınarak belirlenmesiyle ortaya çıkacak eksik yük miktarından davalı taşıyıcının sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespiti gerekirken, konunun uzmanı olmayan bilirkişiden alınan rapora göre hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir ...” Yargıtay, 11. HD, T. 18.11.2011, E. 2010/4773, K. 2011/15474. Yargıtay başka bir kararında İstanbul Ticaret Odası'nca belirlenen fire ve zayıf oranlarını esas alan bilirkişi raporunun yerel mahkemece kabulünün isabetli olduğunu içtihat etmiştir, bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 09.09.2019, E. 2019/2728, K. 2019/5111 (Lexpera, ET: 23.10.2023).

¹²⁴ SÖZER, s. 570; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 225, dn. 662; BOLCA, s. 118; GÜDEN, s. 113.

¹²⁵ ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 139; TEKİL, s. 650; SÖZER, s. 571; TÜRKEN, s. 184; BOLCA, s. 118; GÜDEN, s. 113.

¹²⁶ Alman hukukunda 2013 yılında yürürlüğe giren Deniz Ticareti Hukukunun Revizyonuna İlişkin Kanun (*Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts*) ile yeniden düzenlenen taşıyanın muhtemel sorumsuzluk sebeplerine ilişkin Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde, bu tür yük “zarara yatkın eşya (*schadensgeneigtes Gut*)” olarak ifade edilmiştir (RegE BT-Drucks., 17/10309, s. 80).

¹²⁷ BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 58; PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 40; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 44. İngiliz hukukunda da, taşıyanın göstermesi gereken özeni göstermesine rağmen eşyanın “içten gelen kusurundan (*inherent vice*)” doğan zararlardan taşıyanın sorumlu olmadığı ifade edilmektedir (FOXTON / BENNETT / BERRY / SMITH / WALSH, § 127, Kn. 11-055).

nın kendi niteliğinden ötürü eşyada meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz. Ancak eşyanın kendi cins ve niteliğinden doğan zararlara ilişkin muhtemel sorumsuzluk sebebi, taşıyanın yüke özen borcunun kapsamı ve Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin ikinci fıkrası hükmüyle birlikte değerlendirilmelidir. Yükle ilgili, taşınan eşyanın zararına neden olabilecek yapısı ve niteliğine ilişkin olarak taşıyana gerekli bilgilendirmeyi yapmışsa, taşıyanın yüke özen borcunun kapsamının buna göre belirlenmesi gerekir. Taşıma sırasında yükün niteliği sebebiyle meydana gelebilecek zararların engellenmesi için taşıyanın alabileceği genel nitelikte önlemler varsa, bunları alması gerekir. Ayrıca sözleşmeyle taşıyan, yükün niteliği itibarıyla taşınması bakımından bazı yükümlülükler üstlenmişse (düzenli olarak havalandırma, taşınanın sabit olarak belirli bir derecede yapılması vs.) bunları da yerine getirmiş olmalıdır. Aksi halde yükte meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan, Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendine dayanarak kurtulamaz.

Eşya niteliği itibarıyla değerli olabilir ve bu nedenle çalınma ihtimali, diğer yüke göre daha yüksek olabilir. Ancak bu husus, niteliği itibarıyla değerli yükte hırsızlık sonucunda meydana gelen zararların Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi kapsamında değerlendirilmesini gerektirmez. Zira bu durumda zarar, doğal şekilde eşyanın yapısı sebebiyle değil, suç teşkil eden bir eylem sonucunda ortaya çıkar¹²⁸.

Alman hukukunda, Deniz Ticareti Hukukunun Revizyonuna İlişkin Kanun (*Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts*) kapsamında taşıyanın muhtemel sorumsuzluk sebeplerini düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinde firenin kaynaklanabileceği bazı sebepler, doğrudan anılan hükmün birinci fıkrasının (6) numaralı bendinde sayılmıştır¹²⁹. Anılan hükümde “*özellikle kırılma, pas, bozulma, kuruma, sızıntı, olağan fire yoluyla hacim veya ağırlığında eksilme gibi kolayca zarar görmesine yol açan eşyanın doğal cinsi ve özelliği*” denilerek eşyanın cinsinden ve niteliği sebebiyle zarara neden olan tipik haller doğrudan kanun hükmünde örnekseme yoluyla sayılmıştır. Taşıyıcının yükle ilgili meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulmasına imkân tanınan özel halleri düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde benzer bir düzenleme yer almaktadır. Karayoluyla ve denizyoluyla yapılan taşımalara ilişkin düzenlemeler arasında yeknesaklık sağlanması bakımından *de lege ferenda* Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde de eşyanın cinsinden ve niteliği sebebiyle zarara neden olan tipik hallere (tahdid olmamak üzere) hükmün metninde yer verilmesi kanaatimizce isabetli olacaktır.

g. Ambalajın Yetersizliği

Ambalajın yetersiz olması nedeniyle yükte bir zarar meydana gelmişse, taşıyan meydana gelen zarardan doğan sorumluluktan Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi uyarınca kurtulabilir¹³⁰. Ambalajın amacı taşıma sırasında yükü taşımanın tehlikelerine karşı korumak-

¹²⁸ PASCHKE, *BeckOGK-HGB*, § 499, Kn. 45; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 65.

¹²⁹ Ayrıca Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin üçüncü fıkrasında taşıyanın navlun sözleşmesi uyarınca yükü ısı, soğuk, sıcaklık dalgalanmaları, nem, titreşim veya benzeri etkilere karşı koruma yükümlülüğünü üstlenmişse, özellikle özel ekipmanların seçimi, bakımı ve kullanımıyla ilgili önlemler başta olmak üzere durumun şartına göre gerekli tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uymuş olması koşuluyla eşyanın kendine özgü niteliğinden kaynaklanan zararlara ilişkin muhtemel sorumsuzluk şartına dayanabileceği hükme bağlanmıştır.

¹³⁰ Alman hukukunda 2013 yılında yürürlüğe giren Deniz Ticareti Hukukunun Revizyonuna İlişkin Kanun (*Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts*) ile Alman Ticaret Kanunu'nun 484. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Anılan bu düzenlemede taşıyanın eşyayı cinsine ve kararlaştırılan taşımaya uygun şekilde ambalajlaması ve eşyanın sözleşmede öngörüldüğü şekilde elden geçirilebilmesi için işaretlenmesi gerektiği hallerde işaretlemesi, ayrıca eşya konteyner içinde teslim ediliyorsa, eşyanın konteyner içinde yapılacak taşımaya uygun şekilde istiflemesi ve sabitlemesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Ambalajlama ve işaretleme yükümlülüğü taşıyanın yükümlülüklerinden biri olarak düzenlendiğinden, taşıyanın muhtemel sorumsuzluk sebeplerini düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 449. maddesinin birinci fıkrasının beş numaralı bendinde “*özellikle taşıyan veya yükleten tarafından yapılan yetersiz ambalajlama veya işaretleme gibi*” taşıyanın veya yükletenin fiil ve ihmallerinden doğan zararlardan taşıyanın sorumlu olmadığı öngörülmüştür. Başka bir ifadeyle Reform Kanunu'yla ambalajlamaya ve işaretlemeye ilişkin yükümlülük kanunen yükle ilgili tarafından yerine getirilmesi gereken bir borç haline getirilmiştir. Dolayısıyla ambalajlama ve işaretleme yükle ilgili tarafından yapılacağından, bu işlemlerdeki kusurlar “yükle ilgilinin fiili veya ihmali” kapsamında görülmektedir. Bu nedenle Alman Ticaret Kanunu'nda yapılan değişiklikle hukukumuzdan farklı olarak ambalajlamanın veya işaretlerin yetersizliği Alman hukukunda ayrı bir muhtemel sorumsuzluk sebebi olarak düzenlenmemiştir. Ambalajlamanın ve işaretlerin yetersizliği de taşıyan veya yükletenin fiil ve ihmalleri kapsamına dâhildir.

tır. Bu nedenle eşya, taşınmak üzere taşıyana teslim edilmeden önce kural olarak taşıtan tarafından eşyanın cinsine ve niteliğine göre olağan bir deniz yolculuğundan zarar görmeyecek şekilde paketlenmeli veya uygun bir koruyucuya konmalı ya da sarılmalıdır¹³¹. Ambalajın yetersiz olup olmadığı değerlendirilirken izlenecek rota, seyrüseferin gerçekleştirildiği mevsim, denizyoluyla yapılan taşıma boyunca yükün maruz kalacağı muhtemel ve olağan koşullar (örneğin güneş ışığı, deniz suyu vs.) dikkate alınır¹³². Başka bir ifadeyle yük, denizyoluyla yapılan taşımalar bakımından olağan olan tehlikelere dayanacak şekilde ambalajlanmışsa, ambalajın yeterli olduğu kabul edilir. Ambalaj, ticari teamüle uygun olmakla birlikte deniz sergüzeştinin olağan tehlikelerine dayanacak nitelikte değilse, taşıyan yükte meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan ambalajın yetersizliğinin zarara sebebiyet verdiğinin muhtemel olduğunu ortaya koyarak kurtulabilir¹³³. Yargıtay da ambalajın “deniz taşımasına uygun” olacak şekilde yapılması gerektiğini ifade etmektedir¹³⁴.

Doktrinde ambalajın eşyanın hırsızlığa karşı korunması bakımından yetersiz olmasının Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında olmadığı, bu nedenle eşyanın ambalajının eşyayı olası bir hırsızlığa karşı korumadığı ve eşyanın bu nedenle çalınmak suretiyle zayı olduğu durumlarda, taşıyanın eşyanın zıyaından doğan sorumluluğundan bu hükmeye dayanarak kurtulamayacağı kabul edilmektedir¹³⁵.

Taşıyanın Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine dayanabilmesi için zarar gören eşyanın, sorunsuz şekilde taşınması için ambalajlanmasının zorunlu olması gerekir. Başka bir ifadeyle ambalajlanmaksızın da taşınması mümkün olan ve bu nedenle ambalajsız şekilde taşıyana teslim edilen eşya bakımından taşıyanın yetersiz ambalaj muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak eşyada meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulması mümkün değildir¹³⁶.

Ambalajın yetersiz olduğu çıplak gözle dahi anlaşılabilirse¹³⁷ taşıyanın yükle ilgiliyi bu konuda uyarması, ambalajın iyileştirilmemesi veya değiştirilmemesi diğer yük bakımından bir tehlike arz ediyorsa yetersiz ambalajlı eşyayı kabul etmemesi gerekir¹³⁸. Taşıyan, ambalajın kusurları veya gözle

¹³¹ Türk Ticaret Kanunu'nda taşıtanın yükü taşımaya uygun şekilde ambalajlamakla yükümlü olduğuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Alman hukukunda, 2013 yılında yürürlüğe giren Alman Ticaret Kanunu'nun 484. maddesinde taşıtanın eşyayı cinsini de göz önünde bulundurarak zayı olmasına ve hasarlanmasına karşı, ayrıca taşıyana da zarar vermeyecek şekilde ambalajlamakla yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Taşıtanın ambalajlama yükümlülüğüne ilişkin bu açık düzenleme yürürlüğe girmeden önce de Alman hukukunda taşıtanın sözleşmenin ifasına katılma külfeti kapsamında eşyayı taşımaya uygun şekilde ambalajlayarak ve işaretleyerek taşıyana teslim etmesi gerektiği kabul edilmekteydi (PÖTSCHKE, *MüKo-HGB*, § 484, Kn. 2; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 484, Kn. 2). Hukukumuz bakımında da eşyanın zarar görmemesi veya birlikte taşındığı diğer eşyalara zarar vermemesi için ambalajlanmasının zorunlu olduğu hallerde, eşyanın ambalajlanmasının taşıtanın ifaya katılma külfeti kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Taşıtanın bu külfete katılmaması durumunda alacaklı temerrüdü söz konusu olur.

¹³² YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 226, dn. 664; BOLCA, s. 118-119; GÜNAY, s. 162. Alman hukukunda doktrinde de ambalajın “deniz yolculuğuna uygun (*zum Seetransport geeignet*)” olması gerektiği ifade edilmektedir (BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 40; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 28). Aynı yönde BAHNSEN, Maximilian: “Die Verfrachterhaftung für Containertransporte - Stiefkind des Seehandelsrechts?”, *Recht der Transportwirtschaft*, 2019, Sayı 7, s. 249-250.

¹³³ Akan ise ambalajın ticari teamüle veya yolculuğun şartlarına uygun yapılmış olmasının yeterli olduğunu ifade etmiştir (AKAN, s. 97).

¹³⁴ “... ayrıca gönderenin de eşyayı düz-flat rack konteynere deniz taşımasına uygun olmayan ambalaj ve sabitlemeyle yüklemesi nedeniyle kusurlu oldukları nazara alınıp ...” Yargıtay, HGK, T. 02.11.2021, E. 2017/3080, K. 2021/1312 (Lexpera, ET: 23.10.2023).

¹³⁵ ÜLGENER, *Sorumluluk Halleri*, s. 133; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 41; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 29; FOXTON / BENNETT / BERRY / SMITH / WALSH, Kn. 14-080.

¹³⁶ YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 226, dn. 664; BAHNSEN, s. 250; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 29. Aynı yönde SÖZER, s. 571.

¹³⁷ Alman hukukunda doktrinde, somut olayda ambalajdaki yetersizliğin haricen belli olup olmadığı tespit edilirken, ambalajın incelendiği saatin (örn. gündüz veya gece gibi) ve mevsim ve hava şartlarının da (örneğin, kışın yoğun kar yağışı altında veya yazın güneşli ve sissiz bir havada gibi) dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir (BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 43).

¹³⁸ BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 43; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 33. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, ambalaj eksikliğinin haricen anlaşılmasına rağmen yükü bu şekilde teslim alan taşıyanın meydana gelen hasarda en azından müterafik kusurlu olduğuna hükmetmiştir: “... Mahkemece, emtianın üzerinde bulunduğu açık (flat) konteynirin gemi güvertesinin en üstüne konulduğu ve konteynir üzerine başka bir yük konmadığı dolayısı ile davalı taşıyıcının konteynirin istiflenmesini doğru yaptığı, buna göre meydana gelen hasardan sorumlu olmadığı, hasarın yükün konteynir iye sabitlenmemesi ve ambalajın yetersiz olmasından meydana gelmesi nedeniyle kusurun davacıda olduğu belirtilerek yazılı şekilde hüküm tesis edilmiş ise de, taşıyıcının yükün sağlıklı taşınabilmesi ve hasara uğramaması için yükleme ve istiflemeyi gözetmesi, hatalı bir yükleme veya ambalaj eksikliği varsa buna karşı çıkması ve yükün güvenli taşınabilmesi için gereken her türlü tedbiri alması basiretli bir taşıyıcıdan beklenen bir davranış olup, buna uymayan ve sonuça taşımaya üstlenen taşıyıcının meydana gelen zarardan dolayı en azından müterafik kusurlu kabul edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, mahkeme-

görülür nitelikteki yetersizliği hususunda konişmentoya çekince (ihtirazî kayıt) koymalıdır. Aksi halde zararın ambalajın yetersizliğinden kaynaklandığını ileri sürerek eşyada meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulması mümkün değildir¹³⁹.

Yetersiz ambalajlı veya ambalajlanması gerektiği halde ambalajsız olarak teslim edilmek istenen eşya, gemideki diğer yükü tehlikeye atacak nitelikteyse taşıyanın bu yükü kabulü gemiyi yüke elverişsiz hale getirir¹⁴⁰. Diğer yük sahiplerine karşı sorumlu olmamak için gözle görülür ambalaj yetersizliğinde taşıyan, bu eksikliğin giderilmesi için taşıtana ihbarda bulunmalıdır.

Ambalaj yetersizliği bakımından ayrıca konteyner içinde taşınan yük bakımından da bir değerlendirme yapılması gerekir. Eğer somut olayda bir *Less-than-Container Load* (LCL) yük taşınması¹⁴¹ söz konusu ise, burada yük konteynere taşıyan tarafından istiflendiği ve sabitlendiği için, konteyner yükün ambalajı olarak kabul edilemeyeceği gibi istif ve sabitleme taşıyan tarafından yapıldığından, eşyanın konteyner içinde hatalı istif ve/veya sabitleme nedeniyle uğradığı zararlardan taşıyan sorumludur¹⁴². Öte yandan *Full Container Load* (FCL) yük taşınmasında, konteyner taşınan yükün ambalajı niteliğindedir¹⁴³. İstifin ve/veya sabitlemenin hatalı yapılması nedeniyle eşya, konteyner içinde zarar görürse taşıyanın bu zarar bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine dayanması mümkündür.

Konteyner taşıyan tarafından temin edilmiş olsa bile eşyanın konteynere yüklenmesi kural olarak taşıtanın yükümlülüğünde olduğundan, yükü ve özelliklerini (taşıyana kıyasla) en iyi bilen/tanıyan kişi olarak taşıtanın, somut yükün tedarik edilen konteynerde taşınmaya elverişli olup olmadığını denetlemesi gerekir. Dolayısıyla taşıyanın yükün taşındığı konteyneri tedarik etmiş olsa bile yükü ilgili zararlarda yetersiz ambalaj muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanması kural olarak mümkündür¹⁴⁴.

h. İşaretlerin Yetersizliği

Taşınan eşyanın işaretlenmesi, bu eşyanın diğer yükten ayırt edilebilmesi ve doğru varma limanında hızlı ve sağlam şekilde boşaltılabilmesi bakımından özel bir öneme sahiptir. İşaretin “yetersizliği” kavramı, işaretin hiç konmamış olması, yanlış olması veya işlevini yerine getiremeyecek kadar yetersiz olması hallerini kapsar¹⁴⁵. Öte yandan işarettaki küçük bir yanlışlık, eşyanın diğer yükten ayırt edilmesine engel teşkil etmiyorsa, yani işaretle yanlışlık yapılmasına rağmen eşya kolayca teşhis edilebiliyorsa, taşıyan işaretin yanlışlığı nedeniyle yükün zarara uğradığını (örneğin yanlış varma lima-

ce, polyester levhaların konteynere iyi sabitlenmemesi ve ambalaj eksikliği nedeniyle dağılması sonucu hasarın meydana geldiği kabul edildiğine göre, davalı taşıyıcının buna ilişkin gözetim görevini ihmal etmesi nedeniyle müterafik kusurlu olduğu gözetilerek bu çerçevede dahilinde bir hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir ...” Yargıtay, 11. HD, T. 17.03.2015, E. 2014/5908, K. 2015/3673 (Lexpera, ET: 24.10.2023).

¹³⁹ ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 132; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 226, dn. 664; BOLCA, s. 119; TÜRKEN, s. 186; FOXTON / BENETT / BERRY / SMITH / WALSH, § 127, Kn. 11-056. Aksi yönde bkz. HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 35. Lahey Kuralları bakımından aynı yönde COLINVAUX, s. 381.

¹⁴⁰ Ülgener de ambalajının yetersizliği nedeniyle taşınan diğer yükte zarara meydan olacağı açık olan eşyanın diğer yükün yanına istiflenmesi ve zararın engellenmesi için taşıyan tarafından hiçbir önlem alınmadığından öngörülen zararın meydana geldiği durumlarda, taşıyanın diğer yükteki zarardan sorumlu olacağını ifade etmiştir (ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 133).

¹⁴¹ Alman hukukunda doktrinde *Ramming, less than a container load* kavramının aslında yanıltıcı olduğunu, zira LCL yük taşımalarında taşıyanın veya taşıyıcının kısmen yüklenmiş bir konteyneri teslim almadığını, aksine herhangi bir konteyner dahi teslim almadığını, sadece ambalajsız şekilde yükü teslim aldığını ifade etmiştir (RAMMING, Klaus: “FCL - und LCL-Verschiffungen”, *Recht der Transportwirtschaft*, 2019, Sayı 11, s. 401).

¹⁴² YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 226, dn. 664; UHLMANN, Gene-Eric: “Die Haftung für Drittschäden aufgrund der unzureichenden Sicherung des Gutes im Container”, *Recht der Transportwirtschaft*, 2019, Sayı 8, s. 297; RAMMING, s. 407.

¹⁴³ YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 226, dn. 664; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 31; RAMMING, s. 407. *Deniz*, konteynerle yapılan taşımalarda konteynerin öncelikli amacının yüklemeye ve boşaltmanın kolay bir şekilde gerçekleştirilmesi olduğu, eşyanın konteyner içinde daha sağlam şekilde taşınmasının ve konteynerin bu açıdan bir ambalaj vazifesi görmesinin ikincil nitelikte olduğu gerekçeyle konteynerin ambalaj sayılmasının mümkün olmadığı görüşündedir (DENİZ, İnci: *Konteyner Taşımacılığı ve Hukuki Sorunlar*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 5). Aynı yönde ayrıca bkz. HEPGÜLERLER, Ezgi, *Deniz Yolu ile Gerçekleştirilen Konteyner Taşımacılığının Yüklemeye, İstif, Boşaltma ve Teslim Aşamalarında Görev Alanların Hukuki Sorumlulukları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 28).

¹⁴⁴ BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 42; HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 29; BAHNSEN, s. 250.

¹⁴⁵ HERBER / HARM, *MüKo-HGB*, § 499, Kn. 37; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 47.

nında boşatıldığını) ileri sürerek bundan doğan sorumluluğundan kurtulamaz. Tek bir gönderi kapsamında birden fazla paket varsa işaretleme buna göre yapılmalıdır. Eşyanın üzerinde daha önceki bir taşımadan kalan ve artık bir anlam ifade etmeyen işaretlerin silinmesi, kazınması veya eşyanın üzerinden çıkarılması gerekir.

İşaretlemenin, taşıma sırasında yüke etki edebilecek dış etkenlerden etkilenmeyecek şekilde yapılması gerekmektedir¹⁴⁶. Başka bir ifadeyle işaretlerin varma limanına kadar herhangi bir silinme, düşme, kopma veya okunamaz hale gelmeksizin yükün üzerinde kalmaya devam etmesi gerekir. Aksi halde taşıma sırasında işaretlerin silinmesi nedeniyle yük yanlış boşaltma limanında boşatıldığı veya karıştırıldığı için zayı olursa taşıyan, bu zarardan doğan sorumluluğundan Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi uyarınca kurtulabilir. Öte yandan yetersiz işaretleme taşıyanın bir kusurundan ileri gelmişse, Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin ikinci fıkrası doğrultusunda taşıyanın sorumluluktan kurtulması mümkün olmaz. İşaretlerin yetersiz olduğu taşıyan tarafından fark edilmiş ve bunun üzerine aldığı talimat doğrultusunda işaretlemeyi kendisi yanlış yapmışsa¹⁴⁷ işaretlerin yetersizliği muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanması mümkün değildir. Aynı şekilde yeterli işaretlerle teslim edilen eşya üzerindeki bu işaretler, taşıyanın veya adamlarının kusuruyla silinir, kopar veya başka bir şekilde yetersiz hale gelirse, işaretlerin yetersizliğine taşıyan sebep olmuş olacağından, bundan doğan zararlardan kaynaklanan sorumluluktan kurtulması mümkün olmaz.

Eşya üzerindeki işaretlerin, konişmentoya kaydedilenlerle örtüşmesi gerekmektedir. Konişmentoya işaretler bakımından hiçbir çekince konulmamışsa taşıyanın işaretlerin yetersizliği muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanabilmesi için bu işaret yetersizliğinin haricen belli olmadığını ispat etmesi gerekir¹⁴⁸. Aksi halde yetersiz işaret nedeniyle doğan zararlardan da sorumlu kalmaya devam eder.

III. TAŞIYAN BAKIMINDAN ÖNGÖRÜLMÜŞ OLAN İSPAT KOLAYLIĞI (TTK M. 1182/III)

Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasında, eşyayla ilgili zararın anılan düzenlemede sekiz bent olarak sayılan hallerden birisinden ileri geldiği durumda taşıyanın ve adamlarının oluşan zarar bakımından kusursuz olduğu hükme bağlanmıştır. Taşıyanın, yüke ilişkin meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan Kanun'un 1182. maddesinin birinci fıkrasına dayanarak kurtulabilmesi için somut olayda yükle ilgili doğan zararın, anılan hükümde sayılan hallerden birisinden ileri geldiğini ispat etmesi gerekir. Fakat yukarıda da ifade edildiği üzere, yükle ilgili olarak meydana gelen zararın, hangi sebepten kaynaklandığının veya ne zaman meydana geldiğinin tespiti her zaman mümkün olmayabilir.

Kanun koyucu, ispata ilişkin ortaya çıkabilecek sorunları da gözeterik Kanun'un 1182. maddesinin üçüncü fıkrasında, somut taşıma bakımından zararın, durumun gereğine göre anılan hükmün birinci fıkrasında yazılı sebeplerden birisinden ileri gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, zararın bu sebepten ileri gelmiş sayılacağını öngörerek, taşıyan bakımından bir ispat kolaylığı düzenlemiştir. Hukukî niteliği itibarıyla bu düzenleme, kusur bakımından taşıyan lehine öngörölmüş kanunî bir karinedir¹⁴⁹.

¹⁴⁶ ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 133-134; SÖZER, s. 571; BOLCA, s. 120; TÜRKEN, s. 186-187; GÜDEN, s. 115; ŞEKER, s. 82.

¹⁴⁷ Özellikle konteynerlerin dış görünüş itibarıyla birbirinde ayırt edilmesi mümkün olmadığından taşıyan, taşıtandan konteynerin diğer konteynerlerden ayrılacak şekilde işaretlenmesini talep etme hakkına sahiptir (YEŞİLOVA, Ecehan: *Konışmentonun İspat Kuvveti*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2006, s. 110; DEMİRKIRAN, H. Murat: *Taşıyanın Konışmento İçeriğinden Sorumluluğu*, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2008, s. 116). Konteynerin taşıyana teslim edildikten sonra işaretlenmediği fark edilmişse, taşıyan taşıtandan aldığı talimat doğrultusunda işaretlemeyi yapabilir.

¹⁴⁸ YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 227, dn. 665; ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 134; BOLCA, s. 120. Ayrıca bkz. COLINVAUX, s. 81.

¹⁴⁹ SEVEN, s. 163; YAZICIOĞLU, *Deniz Ticareti Hukuku*, s. 401; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 228; ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 141; KARA, s. 251; DEMİR, İsmail: *Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 346; BOLCA, s. 102; TÜRKEN, s. 173; KAYIHAN, s. 195; ATEŞ, s. 87; ABRAHAM, § 608, Kn. 3; WÜSTENDÖRFER, s. 276.

Kanun'un 1182. maddesinin üçüncü fıkrasında illiyet bağı bakımından da bir karine (nedensellik bağı karinesi) öngörülmüştür¹⁵⁰. Taşıyan, anılan hükmün birinci fıkrasındaki hallerden birinin zarara sebep olmasının muhtemel olduğunu ortaya koyabilirse, bu sebebin zarara sebep olmuş olduğu varsayılır. Başka bir ifadeyle taşıyan, somut olayda mevcut olan muhtemel sorumsuzluk halinin zarara sebebiyet vermesinin muhtemel olduğunu ortaya koyabilirse muhtemel sorumsuzluk sebebinin meydana gelen zarar bakımından nedensel olduğu kanun gereği varsayılır. Böylelikle taşıyan, muhtemel sorumsuzluk sebebi ile zarar arasındaki nedensellik bağına da kesin olarak ispat etme yükünden kurtarılmıştır.

Taşıyanın Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasında anılan muhtemel sorumsuzluk sebeplerinden birisine dayanarak, taşınan yükte meydana gelen sorumluluğundan kurtulabilmesi için bu hallerden birinin varlığını soyut olarak ileri sürmesi (iddia etmesi) yeterli değildir¹⁵¹. Başka bir ifadeyle taşıyanın muhtemel sorumsuzluk sebeplerinden birisinin somut taşıma sırasında mevcut olduğunu iddia ve ispat etmesi gerekir. Taşıyanın nedensellik bağı karinesinden yararlanabilmesi içinse somut olayda mevcut olan muhtemel sorumsuzluk sebebinin somut zarara sebep olmuş olmasının muhtemel olduğunu ilk görünüş ispatı (*Anscheinsbeweis*) yoluyla¹⁵² ispat etmesi gerekir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin üçüncü fıkrasında taşıyan lehine ikili bir karine öngörülmüş olduğundan, meydana gelen zarar nedeniyle taşıyanın sorumluluğuna başvurmak isteyen yükle ilgili, kural olarak, bunu kanuni karinelerin aksini ispat etmek suretiyle yapabilir. Yükle ilgilinin karineleri çürütebileceği birkaç alternatif mevcuttur¹⁵³. Somut olayda zararın, taşıyanın ileri sürdüğü muhtemel sorumsuzluk sebebinden değil, taşıyanın sorumlu olduğu başka bir sebepten ileri geldiğini (örneğin geminin denize, yola veya yüke elverişsizliği, ticari kusurun varlığı vb.) ispat edebilir. İlliyet bağı karinesini, somut olayda zararın taşıyanın ileri sürdüğü sebepten kaynaklanmış olmasının muhtemel olmadığını ortaya koymak suretiyle çürütebilir. Eğer somut olayda muhtemel sorumsuzluk sebeplerinden birisinin zarara neden olduğu sabitse, yükle ilgilinin, bu sebebin ortaya çıkmasında taşıyanın kusurlu davrandığını veya zararın taşıyanın veya adamlarının kusuru nedeniyle ortaya çıktığını ispat ederek taşıyanın sorumluluğuna başvurması mümkündür.

IV. ZARARA NEDEN OLAN SEBEPLERİN BİRLEŞMESİ

Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1063. maddesinin üçüncü fıkrasında, tehlikenin meydana gelmesinde taşıyanın sorumlu olduğu bir olayın sebep olduğu ispat edilirse taşıyanın sorumluluktan kurtulamayacağı düzenlenmişti. Alman Ticaret Kanunu'nun mülga 608. maddesinin üçüncü fıkrasında da aynı düzenlemeye yer verilmişti. Alman hukuk doktrininde "tehlikenin meydana gelmesinde" ifadesi çok dar olduğu için eleştirilmiş, burada ifade edilmek istenenin "zararın meydana gelmesinde" taşıyanın sorumlu olduğu bir olayın sebep olup olmadığı hususu olduğu belirtilmiştir¹⁵⁴. Bu düzenleme nedeniyle muhtemel sorumsuzluk sebeplerinden birisi zarara sebebiyet vermişse bile taşıyanın da sorumlu olduğu bir olayın zarara etki etmiş olması durumunda, taşıyanın bu zarardan doğan sorumluluğundan kurtulmasının mümkün olmadığı kabul edilmekteydi¹⁵⁵.

¹⁵⁰ ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 143; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 228-229; KARA, s. 251; BOLCA, s. 103-104.

¹⁵¹ ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 143; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 229; SÖZER, s. 571, dn. 296; KARA, s. 251-252; ŞEKER, 76-77; BOLCA, s. 103; TÜRKEN, s. 175; ABRAHAM, § 608, Kn. 4.

¹⁵² YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 229; ABRAHAM, § 608, Kn. 5; WÜSTENDÖRFER, s. 276; SCHLEGELBERGER / LIESECKE, § 608, Kn. 11; BAHNSEN, *Rabe/Bahnsen*, § 499, Kn. 12.

¹⁵³ Bu hususta bkz. SEVEN, s. 157; YAZICIOĞLU, *Deniz Ticareti Hukuku*, s. 402; ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 145-146; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 230; SÖZER, s. 572; AKAN, s. 110; BOLCA, s. 104; TÜRKEN, s. 175-176; ŞEKER, s. 77.

¹⁵⁴ ABRAHAM, § 608, Kn. 9; WÜSTENDÖRFER, s. 277. Türk hukukunda aynı yönde bkz. ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 145-146.

¹⁵⁵ ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 145; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 231; ABRAHAM, § 608, Kn. 9; WÜSTENDÖRFER, s. 277. ÜLGENER, zararın mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 1063. maddesinin birinci fıkrasındaki bir muhtemel sorumsuzluk sebebinden kaynaklandığı, ancak meydana gelen zararın taşıyanın veya adamlarının kusuruyla arttığı durumlarda, taşıyanın sadece zararın artan kısmı bakımından sorumlu olacağını ifade etmiştir (ÜLGENER, *Sorumsuzluk Halleri*, s. 146).

Bununla birlikte 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda bu hususta açık bir düzenleme yapılmıştır. Kanun'un 1183. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, taşıyanın veya adamlarının kusurunun diğer bir sebeple birlikte ziya, hasar veya teslimdeki gecikmeye yol açması halinde taşıyan; ziya, hasar veya teslimdeki gecikmenin sadece belirtilen kusura bağlanabilen kısmından sorumludur. Anılan bu hüküm uyarınca zararın ortaya çıkmasında birden fazla sebebin birlikte etkili olduğu durumlarda, taşıyan meydana gelen zarardan kendi kusuru oranında sorumlu olacaktır¹⁵⁶. Bununla birlikte Kanun'un 1183. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde, taşıyanın kendisinin veya adamlarının kusurunun bulunmadığı olay ile bu olayla zarar arasındaki nedensellik bağımlı da taşıyanın ispat etmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin mehzatı, Hamburg Kuralları'nın 5. maddesinin yedinci fıkrasıdır¹⁵⁷. Taşıyanın kendisinin veya adamlarının kusurundan ileri gelmeyen zararlardan sorumlu tutulması, zaten taşıyan için benimsenen sorumluluk sistemi doğrultusunda mümkün değildir. Ancak getirilen bu düzenlemeyle, zararın taşıyanın sorumlu olmadığı kısmının kim tarafından ispat edileceği açıklığa kavuşturulmuştur. Böylelikle Türk Ticaret Kanunu'nun 1183. maddesiyle taşıyanın veya adamlarının kusurunun yanı sıra zararın meydana gelmesine neden olan diğer sebepler bakımından da taşıyanın ispat külfeti kesin olarak belirlenmiştir¹⁵⁸.

SONUÇ

19. yüzyıldan itibaren üretimde sanayileşmeye geçilmesiyle, tarihte hiç görülmediği şekilde çok kısa sürelerde çok fazla miktar ürün üretilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu gelişmelere paralel olarak deniz yoluyla taşımalarda daha büyük gemiler kullanılmaya başlanmış ve taşınan yük miktarı da artmıştır. Ekonomik olarak gücü elinde bulunduran donatanlar, iktisadi açıdan daha güçsüz durumda olan yükle ilgililere karşı yükte meydana gelecek zarardan doğacak sorumluluklarını bertaraf eden sözleşme şartlarını kabul ettirmeye başlamış ve taşıyan lehine kararlaştırılan sorumsuzluk anlaşmaları nedeniyle taraflar arasındaki menfaat dengesi yükle ilgili aleyhine bozulmuştur. Bu durum, yükle ilgilinin taşınan eşyada zarar meydana gelmesi durumunda bu zararını tazmin edemez hale gelmesine yol açmıştır. Taraflar arasındaki menfaat dengesinin yeniden sağlanması için Lahey Kuralları kabul edilmiştir.

Taşıyanın eşyanın zıyaı, hasarı veya teslimindeki gecikme nedeniyle doğan sorumluluğu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1178. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Taşıyan, eşya hâkimiyetinde bulunduğu sırada meydana gelmiş olması şartıyla yükte meydana gelen ziya ve hasar ile yükün geç teslimi nedeniyle oluşan zararlardan sorumlu kılınmıştır. Bununla birlikte taşıyanın bazı hallerde meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulmasına imkân tanınmıştır. Taşıyan, zararın kendisinin veya adamlarının kastından veya ihmalinden doğmadığını ispat ederek, yükle ilgili zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabilir (TTK m. 1179/I). Fakat kusursuzluğunu taşıyan ispat etmek zorunda olduğundan, ispatsızlık rizikosunu da taşıyana yüklenmiştir. Kusursuzluğun ispatı, her durumda kolay değildir. Taşıma işi, niteliği itibarıyla, dışarıdan gelen tehlikelere daha açık bir faaliyettir. Bu dış tehlikeler, hava muhalefeti veya denizciliğin kendisine özgü tehlikeleri gibi insanlar tarafından kontrol edilmesi mümkün olmayan tehlikeler olabileceği gibi taşıyana, yüke ve/veya gemiye müdahaleleri gibi üçüncü kişilerin fiillerinden kaynaklanan ve fakat taşıyan tarafından mümkün olan tüm önlemler alınmış olsa bile önüne geçilemeyecek tehlikeler de olabilir.

Denizyoluyla yapılan eşya taşımalarının, diğer taşıma türlerine göre daha uzun sürdüğü bir gerçektir. Denizyoluyla taşınan yükte bir zararın meydana geldiği, kural olarak boşaltma limanında ve

¹⁵⁶ YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 232; SÖZER, s. 572.

¹⁵⁷ 1978 Tarihli Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Andlaşması'nın (Hamburg Kuralları) 5. maddesinin yedinci fıkrası şu şekildedir; "Ziya, hasar veya teslimdeki gecikmeye taşıyan, müstahdem veya görevlilerinin kusur veya ihmali ile başka bir sebep birlikte yol açmışsa, taşıyan, ziya, hasar veya teslimdeki gecikmeden söz konusu kusur veya ihmalden ileri geldiği nisbette mes'uldür; şu şartla ki, ziya, hasar veya teslimdeki gecikmenin bu kusur veya ihmalden neş'et etmemiş olan kısmını ispat etsin." (Çeviri için bkz. ÇAĞA, Tahir: "Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Konferansı, 1978", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1979, Cilt 10, Sayı 2, s. 333).

¹⁵⁸ YAZICIOĞLU, *Deniz Ticareti Hukuku*, s. 397; YETİŞ ŞAMLI, *Sorumluluk*, s. 68-69; BOLCA, s. 121. Hamburg Kuralları'nın 5. maddesinin 7. fıkrası bakımından aynı yönde bkz. YAZICIOĞLU, *Hamburg Kuralları*, s. 101.

boşaltma sırasında anlaşılmaktadır. Bu nedenle meydana gelen zararın ne zaman meydana geldiğini ve bu zarara neyin sebep olduğunu belirlemek kolay değildir ve bu hususta çoğunlukla *ex post* bir değerlendirme yapılması zorunlu hale gelmektedir. Taşıyan, Türk Ticaret Kanunu'nda yüke özen yükümlülüğü bakımından öngörülmüş olan özen derecesine uygun olarak hareket etmesine rağmen (katı bir şekilde uygulanan) ispat hukuku kuralları çerçevesinde kusursuzluğunu veya zararın nedenini ispat edemediği için meydana gelen zarardan hukukî olarak sorumlu tutulursa iktisadi olarak bu rizikoyu üstlenen müteşebbis sayısı azalır, navlun ücretleri pahalanır ve bu da tüm ürün ve hizmet fiyatlarına yansıtacağından, toplumun gelişmesine ve refah düzeyine olumsuz şekilde etki eder. Taraflar arasındaki çatışan bu menfaatlerin dengelenmesi için genel olarak taşıma hukukunda ispat kurallarıyla doğrudan ilgili düzenlemeler yapılmaktadır. Bu çerçevede zararın, Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin 1. fıkrasında (a) ilâ (h) bentleri arasında sayılmış olan bir veya birden fazla muhtemel sorumsuzluk sebebinden ileri gelmesi halinde, taşıyan ve adamlarının kusursuz sayılacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte Kanun'un 1182. maddesinin birinci fıkrasında tahdidi olarak sayılan bu muhtemel sorumsuzluk sebeplerinin ortaya çıkmasında taşıyanın kusuru varsa, taşıyan ilgili muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak sorumluluktan kurtulamaz (TTK m. 1182/2).

Denizin veya geminin işletilmesine elverişli diğer suların tehlike ve kazaları, oldukça geniş bir şekilde formüle edildiğinden yoruma muhtaçtır. Deniz tehlikeleri, Lahey/Visby Kuralları'nın 4. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde de bir muhtemel sorumsuzluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Gerek Kıta Avrupa hukuk sistemlerinde gerekse Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde zararı meydana getiren olayın bir deniz tehlikesi olarak değerlendirip değerlendirilemeyeceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Türk hukuk doktrinindeki ağırlıklı görüşe göre Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde ifade edilen tehlikeler, taşıyan veya gemi adamları tarafından öngörülmesi mümkün olmadığından önlenemeyen ve gemiyle yükü denizde veya sefer halinde olmaları sebebiyle tehdit eden deniz yolculuğuna özgü tehlikelerdir. Deniz tehlikesinin neden olduğu doğrudan ve dolaylı tüm zararlar, anılan bu düzenleme kapsamına dâhildir. Tesadüfîlik unsurunun deniz tehlikesi kavramının bir parçası olup olmadığı konusunda doktrinde bir görüş birliği yoktur. Doktrindeki baskın görüşe göre taşıyanın önceden tahmin edilebileceği bir olayın neden olduğu zarardan doğan sorumluluğundan deniz tehlikesi muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak kurtulması mümkün değildir. Doktrindeki diğer bir görüşe göreyse bir olayın deniz tehlikesi kavramı kapsamında değerlendirilebilmesi için belirleyici husus, taşıyanın yükü söz konusu olayın sonuçlarından etkin bir şekilde koruyabilmesi için gereken önlemleri alabilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Kanaatimizce anılan ikinci görüşe öncelik vermek gerekir. Zarara neden olan bir olayın deniz tehlikesi olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilirken öngörülebilirlik (tesadüfîlik) de muhakkak dikkate alınacak hususlardan birisidir. Ancak meydana gelen olayın öngörülebilir olduğu durumlarda, somut olayın diğer özellikleri değerlendirilmeksizin, sadece öngörülebilirlik nedeniyle taşıyanın deniz tehlikesi muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanamayacağının kabulü kanaatimizce isabetli değildir. Zira bu kabul, taşıyanın yükte meydana gelen zararlardan doğan sorumluluğundan kurtulmasına izin veren Türk Ticaret Kanunu'nun 1179. maddesiyle de uyumsuz olur. Alman doktrininde *Bahnsen*'in de haklı olarak ifade ettiği üzere, deniz tehlikesinin kapsamı belirlenirken bu muhtemel sorumsuzluk sebebinin taşıyanın yüke özen borcunun bir tamamlayıcısı niteliğinde olduğu unutulmamalıdır. Somut olayın özellikleri gözetilmeksizin, zarara neden olan olay, sadece olağan ve öngörülebilir olduğu için peşinen taşıyanın deniz tehlikesi muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanamayacağının kabulü hükmün amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle somut olayın tüm özelliklerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve taşıyanın üzerine düşen özen yükünü yerine getirmesine rağmen bu olayın önüne geçebilmesinin mümkün olup olmadığına göre bir sonuca varılması gerektiğini düşünüyoruz.

Harp olayları, iki veya daha fazla egemen devletin birbirlerine karşı silahlı kuvvet kullanmasını ifade etmektedir. Bu muhtemel sorumsuzluk sebebi bakımından devletler hukuku anlamında resmî olarak ilan edilmiş bir savaşın varlığına gerek yoktur. Taşıyan, harp olayları ve buna bağlı rizikoları

bilerek taşımayı üstlenmişse harp olaylarının doğrudan veya dolaylı olarak yükte neden olduğu zararlar bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine dayanarak bu zarardan doğan sorumluluğundan kurtulamaz.

Halkın sayıca azımsanamayacak bir bölümünün, kamu düzenini ve huzuru bozacak şekilde kişilere veya mallara karşı şiddet eylemlerinde bulunması ve fakat bu eylemlerin bir iç savaş veya isyan düzeyine ulaşmaması hali, karışıklık ve ayaklanma olarak ifade edilmektedir.

Kamu düşmanlarının hareketleri kavramı, deniz haydutlarının (korsanların) veya silahlı soyguncuların yükte vereceği zararları kapsayan bir muhtemel sorumsuzluk sebebidir. Gemi mürettebatının korsanlığa karşı yeterince eğitilmemiş olması veya geminin yeterli güvenlik donanımına sahip olmaması gibi hususlar geminin elverişsizliğine neden olduğundan, deniz korsanlarının bir eylemi nedeniyle yükte zarar meydana geldiği durumlarda, öncelikle somut olayda geminin elverişliliğine ilişkin bir değerlendirme yapılmalı ve zarara geminin elverişsizliği neden olmamışsa, taşıyanın kamu düşmanlarının hareketleri muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanabileceği kabul edilmelidir.

Yetkili makamların emirleri, Devlet veya yabancı devletlerin idari makamlarının verdikleri emir ve kararlar doğrultusunda gemiye veya yükte el konması, bunların müsadere edilmesi veyahut ülkeye giriş çıkışının yasaklanması gibi getirilen kısıtlamaları ifade eder. Emri veren makamın, bir egemen devlet tarafından yetkilendirilmiş ve resmî bir sığata sahip olması şart olmakla birlikte verilen emrin devletler hukuku bağlamında hukuka uygun olup olmaması, taşıyan bakımından önem arz etmez. Yetkili makamın zarara neden olan emrinin verilmesi bakımından taşıyanın herhangi bir kusuru bulunmaması gerekmektedir.

Karantina sınırlamaları, bulaşıcı hastalıklar gibi sebeplerle alınan önlemleri ifade etmektedir. COVID-19 pandemisi, salgın bir hastalık ortaya çıktığında ve bunun belirli bir bölgede veya tüm Dünya'da yayıldığı hallerde, etkilerinin uzun bir süre devam edebileceğini göstermiştir. Dolayısıyla salgın hastalık nedeniyle bir karantina sınırlaması getirildiği durumlarda, bu sınırlamanın her durumda taşıyanın yükte meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulmasına imkân vereceği şeklinde anlaşılması gerekir. Taşıyanın, aniden ortaya çıkan ve öngörülmesi mümkün olmayan karantina sınırlamaları nedeniyle meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan anılan bu düzenleme uyarınca kurtulabileceği kabul edilmelidir. Öte yandan uzun süren bir salgın hastalık nedeniyle karantina sınırlamaları olağan hale gelmiş ve öngörülebilir bir hal almışsa, anılan bu muhtemel sorumsuzluk hali de taşıyanın yükte özen borcuyla birlikte değerlendirilmeli ve taşıyanın sadece tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen gösterilmiş olsa dahi karantina sınırlamaları nedeniyle yükün sözleşmeye uygun şekilde ve sürede tesliminin mümkün olmadığı durumda meydana gelen zarardan sorumlu olmayacağı görüşü benimsenmelidir.

Mahkemelerin el koyma kararları ile ihtiyati haciz, icraî haciz ve ihtiyati tedbir kararları kastedilmektedir. Mahkemenin vereceği karar, gemiye ilişkin olabileceği gibi gemideki yükte ilişkin de olabilir. Mahkemelerin bu türden kararları, objektif ve önceden tahmin edilemeyen bir engel mahiyetinde olmalıdır. İhtiyati haciz kararı verilen durumlarda, haciz kararının uygulanması ve teminat gösterilmesi suretiyle haciz kararının kaldırılması arasında belirli bir süre geçtiğine vurgu yapılarak, bu süre içinde meydana gelen zarardan taşıyanın sorumlu olmayacağı kabul edilmelidir. Hatalı olarak haczedilen bir eşyayı icra memuruna teslim eden taşıyanın, haciz kararının gereğini yerine getirirken bir kusuru bulunmadığı sürece (örneğin haciz kararının hatalı olduğunu bilmesi vs.) söz konusu muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanarak yükün elinden çıkması nedeniyle oluşan zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabileceği kabul edilmelidir.

Grev ve lokavt kavramları, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 58. ve 59. maddelerinde tanımlanmıştır. Taşıyanın lokavt ilan etmesi, somut olayda iktisadi olarak bir savunma önlemi teşkil ediyorsa lokavt nedeniyle doğan zararlardan sorumlu olmaz. Diğer çalışma engelleriyle, grev ve lokavtın dışında kalan olaylar ifade edilmektedir.

Yükleten, taşıtan veya eşyanın maliki ile bunların temsilcilerinin ve adamlarının fiil veya ihmalleri muhtemel sorumsuzluk sebebi, taşıyanın yükümlülüğünde olmayan ve yükleten, taşıtan veya eşyanın maliki tarafından gerçekleştirilen her türlü davranışına ilişkindir. Taşıyan, yükle ilgililerin kendi üzerlerine düşen her türlü yükümlülüğü usûlüne uygun ve kusursuz şekilde yerine getireceklerine güvenebilmelidir. Bu nedenle yükle ilgili, üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirirken kusurlu davranışıyla yüke ilişkin bir zararın meydana gelmesine neden olursa sorumluluğun kendisine ait olması doğaldır. Eşyanın taşınmaya başlamadan önce işlem görmesini gerektiren durumlar veya yükle ilgilinin taşınacak eşya hakkında hatalı veya eksik bilgi vermesi de bu muhtemel sorumsuzluk sebebi kapsamında değerlendirilir. Yükleme, istifleme ve/veya boşaltmanın yükle ilgili tarafından yapılacağı kararlaştırıldığı durumlarda, zararın meydana geldiği an bakımından ikili bir ayırım yapmak gerekir. Yükleme, istifleme henüz tamamlanmadan veya boşaltma başladıktan sonra, yani başka bir anlatımla bu işlemler sırasında, eşya zarar görürse, eşya henüz taşıyanın hâkimiyetine girmiş sayılmayacağından veya boşaltma bakımındansa hâkimiyetinden çıkmış olacağından, taşıyanın yüke özen borcundan bahsedilemez. Bu nedenle bu zararlar bakımından muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanmasına gerek de yoktur. Türk hukuk doktrininde, kaptanın istife nezaret yükümlülüğü kapsamında yükleme ve istif yükle ilgili veya yükle ilgilinin ifa yardımcısı tarafından yapılıyor olsa bile bu işlemlerin hatalı şekilde yapılıp yapılmadığını kaptanın denetlemesi gerektiği, aksi halde yükleme ve istifteki hatalar nedeniyle yükte zarar meydana gelse bile taşıyanın sorumluluktan kurtulmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Ancak kanaatimizce sözleşmesel olarak yükleme ve istifin taşıyan tarafından yapılmaması kararlaştırılan durumlarda, kaptanın istife nezaret yükümlülüğünün geminin denize, yola ve yüke elverişliliğinin korunmasını sağlamakla sınırlı olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla geminin elverişliliğini etkilemeyen hataların yükte meydana getirdiği zarardan taşıyanın sorumlu tutulmasının, başka bir ifadeyle yükle ilgilinin yükleme ve/veya istiflededeki kusuru nedeniyle meydana gelen zarara ilişkin sorumluluğunun kaptanın istife nezaret yükümlülüğü üzerinden tekrar taşıyana aktırılmasının hatalı olduğu kanaatindeyiz. Öte yandan hatalı yükleme veya istifleme nedeniyle yük, yolculuk başladıktan sonra zarar görürse taşıyan, bu zarardan doğan sorumluluğundan Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine dayanarak kurtulabilir.

Hacim veya tartı itibarıyla kendiliğinden eksilme, uygulamada fire olarak anılmakta ve yük teslim alındıktan sonra varma limanına gelinceye kadar geçen sürede herhangi bir dış etkenin tesiri olmaksızın yük miktarındaki azalmayı ifade etmektedir. Yük taşıyan tarafından teslim alındığı anda mevcut olmakla birlikte gözle görülür nitelikte olmayan ve taşıma sırasında yükte zarar meydana gelmesine neden olan kusur ve eksiklikler, gizli ayıp niteliğindedir. Eşyanın kendisine özgü doğal cinsi ve niteliği sebebiyle kolayca kırılması, bozulması, paslanması veya kendiliğinden ısınması veya yanması gibi fire kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan zararlar da Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi kapsamındadır. Taşıyanın yükte meydana gelen zarardan, zararın eşyanın "kendisine özgü doğal cinsi ve niteliğinden" kaynaklandığını ileri sürerek kurtulabilmesi için deniz yoluyla yapılan taşıma sürecinde eşyaya etki eden (örneğin, denizde kalınan süre, değişen dış sıcaklıklar, deniz iklimi ve tuzlu su, nem, geminin ağır denizdeki hareketleri gibi) tipik dış etkenlere karşı usûlüne uygun şekilde ambalajlanmış olması ve gereken özen gösterilmesine rağmen taşınan eşyanın "doğası gereği daha kolay zarar görmesi" söz konusu olmalıdır. Taşıyıcının yükle ilgili meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulmasına imkân tanıyan özel halleri düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde benzer bir düzenleme yer almaktadır. Karayoluyla ve denizyoluyla yapılan taşımalara ilişkin düzenlemeler arasında yeknesaklık sağlanması bakımından *de lege ferenda* Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde de eşyanın cinsinden ve niteliği sebebiyle zarara neden olan tipik hallere (tahdidi olmamak üzere) hükmün metninde yer verilmesi kanaatimizce isabetli olacaktır.

Ambalaj yetersizliği, eşyanın cinsine ve niteliğine göre olağan bir deniz yolculuğundan zarar görmeyecek şekilde paketlenmeden veya uygun bir koruyucuya konulmadan ya da sarılmadan taşıyana teslim edilmesi durumunda söz konusu olur. Yük, denizyoluyla yapılan taşımalar bakımından ola-

ğan olan tehlikelere dayanacak şekilde ambalajlanmamışsa, Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında, ambalajın yeterli olmadığı kabul edilir. Ambalajın yetersiz olduğu çıplak gözle dahi anlaşılabilirse taşıyanın yüküyle ilgili bu konuda uyarması, ambalajın iyileştirilmemesi veya değiştirilmemesi diğer yük bakımından bir tehlike arz ediyorsa yetersiz ambalajlı eşyayı kabul etmemesi gerekir. Yetersiz ambalajlı veya ambalajlanması gerektiği halde ambalajsız olarak teslim edilmek istenen eşya, gemideki diğer yükü tehlikeye atacak nitelikteyse taşıyanın bu yükü kabulü gemiyi yüke elverişsiz hale getirir. Diğer yük sahiplerine karşı sorumlu olmamak için gözle görülür ambalaj yetersizliğinde taşıyan, bu eksikliğin giderilmesi için taşıtana ihbarda bulunmalıdır. Ambalaj yetersizliği bakımından ayrıca konteyner içinde taşınan yük bakımından da bir değerlendirme yapılması gerekir. Sadece FCL yük taşımasında, konteyner taşınan yükün ambalajı niteliğindedir. LCL yük taşımasında taşıyanın Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine dayanması mümkün değildir.

İşaretin “yetersizliği” kavramı, işaretin hiç konmamış olması, yanlış olması veya işlevini yerine getiremeyecek kadar yetersiz olması hallerini kapsar. İşaretlemenin taşıma sırasında yüke etki edebilecek dış etkenlerden etkilenmeyecek şekilde yapılması gerekmektedir. İşaretler, varma limanına kadar herhangi bir silinme, düşme, kopma veya okunamaz hale gelmeksizin yükün üzerinde kalmaya devam etmelidir. Eşya üzerindeki işaretler, konişmentoya kaydedilenlerle örtüşmelidir. Konişmentoya işaretler bakımından hiçbir çekince konulmamışsa taşıyanın işaretlerin yetersizliği muhtemel sorumsuzluk sebebine dayanabilmesi için bu işaret yetersizliğinin haricen belli olmadığını ispat etmesi gerekir.

Taşıyanın zararın muhtemel sorumsuzluk sebeplerinden birinden ileri geldiğini ispat külfeti, Türk Ticaret Kanunu'nun 1182. maddesinin üçüncü fıkrasıyla yumuşatılmıştır. Anılan bu düzenleme hukukî niteliği itibarıyla taşıyan lehine öngörülmüş kanuni bir karine olup hem kusur hem de nedensellik bağına ilişkin ikili bir karine içermektedir. Taşıyanın muhtemel sorumsuzluk sebeplerinden birisinin somut taşıma sırasında mevcut olduğunu iddia ve ispat etmesi gerekir. Taşıyanın nedensellik bağı karinesinden yararlanabilmesi içinse somut olayda mevcut olan muhtemel sorumsuzluk sebebinin somut zarara sebep olmuş olmasının muhtemel olduğunu ilk görünüş ispatı (*Anscheinsbeweis*) yoluyla ispat etmesi gerekir.

Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1063. maddesinin üçüncü fıkrasında, tehlikenin meydana gelmesinde taşıyanın sorumlu olduğu bir olayın sebep olduğu ispat edilirse taşıyanın sorumluluktan kurtulamayacağı düzenlenmişti. Bu düzenleme nedeniyle muhtemel sorumsuzluk sebeplerinden birisi zarara sebebiyet vermişse bile taşıyanın da sorumlu olduğu bir olayın zarara etki etmiş olması durumunda, taşıyanın bu zarardan doğan sorumluluğundan kurtulmasının mümkün olmadığı kabul edilmekteydi. Bununla birlikte 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1183. maddesinde bu hususta açık bir düzenleme yapılmıştır. Böylelikle zararın ortaya çıkmasında birden fazla sebebin birlikte etkili olduğu durumlarda, taşıyanın meydana gelen zarardan kendi kusuru oranında sorumlu olacağı ve taşıyanın kendisinin veya adamlarının kusurunun bulunmadığı olay ile bu olayla zarar arasındaki nedensellik bağını da ispat etmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

KAYNAKÇA

- ABRAHAM, Hans Jürgen: *Schaps- Abraham - Das Deutsche Seerecht*, 3. Baskı, De Gruyter, Berlin, 1962.
- AIKENS, Richard / LORD, Richard / BOOLS, Michael: *Bills of Lading*, 2. Baskı, Routhledge, New York, 2016.
- AKAN, Pınar: *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- AKINCI, Sami: *Deniz Ticareti Hukuku Dersleri - Navlun Mukaveleleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968.
- AMASYA, Serap: “FOB ve CIF Satışlarda Alıcı ve Satıcının Taşıma İlişkisindeki Sıfatları ve FIOST Kaydının Etkisi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 20, Sayı 2, s. 1873-1889.
- APOSTOLAKOPOULOS, Harry: “Navigating in perilous waters: examining the peril of the sea exception to carrier’s liability under COSGA for cargo loss resulting from severe weather conditions”, *South Texas Law Review*, 2000, Cilt 41, Sayı 4, s. 1439-1456.
- ARGANO, Giulia: “Pirates... A Charterers’ Peril of the Sea”, *Southampton Student Law Review*, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s. 169-194.
- ASHTON, Ralph: “A Comparison of the Legal Regulation of Carriage of Goods by Sea under Bills of Lading in Australia and Germany”, *Maritime Law Association of Australia and New Zealand Journal*, 1999, Cilt 14, Sayı 2, s. 24-64.
- ATAMER, Kerim: “Yeni Türk Hukuku Uyarınca Incorporation, FIOST ve Arbitration London Kayıtları ile Bazı Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Deniz Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt 11, Sayı 1-4, s. 241-342.
- ATEŞ, Ebru: *Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen “Konişmentolu Taşımalar Hakkında Bazı Kuralların Birleştirilmesine Dair 1924 Brüksel (Lahey) Konvansiyonu’nun” Türk Hukukuna Etkisi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- BAHNSEN, Maximilian: “Die Verfrachterhaftung für Containertransporte - Stiefkind des Seehandelsrechts?”, *Recht der Transportwirtschaft*, 2019, Sayı 7, s. 246-251.
- BATSON, Dustin Wentz: “Taming the Perilous Seas: Conflicting Interpretations of the Perils of the Sea Defense to Shipowner Liability and Signs of Reconciliation”, *Loyola Maritime Law Journal*, 2008, Cilt 6, s. 133-154.
- BETZEL, Torsten: *Die Reform der Haager Regeln - unter besonderer Berücksichtigung des Zusammenspiels Verfrachterhaftung/Haftpflichtversicherung des Verfrachters einerseits und Seewarenversicherung andererseits*, Frank Verlag, München, 1975.
- BİCAN, Buğrahan: *Denizde Yük Taşımacılığında Konteyner Kaynaklı Zarardan Doğan Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- BOLCA, Tunca: *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Sorumluluktan Kurtulduğu Haller*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- CANARIS, Claus Wilhelm: *Handelsrecht*, 24. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2006.
- COOKE, Julian / YOUNG, Tim / ASHCROFT, Michael / TAYLOR, Andrew / KIMBALL, John / MARSZALSKI, David / LAMBERT, LeRoy / STURLEY, Michael: *Voyage Charters*, 4. Baskı, Routhledge, New York, 2014.
- ÇAĞA, Tahir: “Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Konferansı, 1978”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1979, Cilt 10, Sayı 2, s. 323-352.
- ÇAĞA, Tahir / KENDER, Rayegân: *Deniz Ticareti Hukuku II - Navlun Sözleşmesi*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- COLINVAUX, Raoul: *Carver’s Carriage by Sea Vol. I*, Stevens & Sons, London, 1982.
- DAVIES, Martin / DICKEY, Anthony: *Shipping Law*, 4. Baskı, Thompson Reuters, Sydney, 2016.
- DEMİR, İsmail: *Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- DEMİRKIRAN, H. Murat: *Taşıyanın Konişmento İçeriğinden Sorumluluğu*, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2008.
- DENİZ, İnci: *Konteyner Taşımacılığı ve Hukukî Sorunlar*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.

- DENİZ KANER, İnci: *Deniz Ticareti Hukuku I-II*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- DOCKRAY, Martin: *Cases & Materials on the Carriage of Goods by Sea*, 3. Baskı, Routhledge, London, 2004.
- FOXTON, David / BENETT, Howard / BERRY, Steven / SMITH, Christopher / WALSH, David: *Scrutton on Charterparties and Bill of Lading*, 24. Baskı, Sweet&Maxwell, London, 2020.
- GÖTZ, Hans Norbert: *Das Seefrachtrecht der Haager Regeln*, Deutscher Heimat Verlag, Bielefeld, 1960.
- GÜDEN, Faysal: *Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- GÜNAY, M. Barış: *Hazırlık Çalışmaları Işığında Lahey/Visby Kuralları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- HENNSLER, Martin (Hrsg.): *beck-online.Grosskommentar zum Handelsrecht*, C. H. Beck Verlag, München, 2023 (Yazar, BeckOGK-HGB).
- HEPGÜLERLER, Ezgi: *Deniz Yolu ile Gerçekleştirilen Konteyner Taşımacılığının Yükleme, İstif, Boşaltma ve Teslim Aşamalarında Görev Alanların Hukuki Sorumlulukları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- KARA, Hacı: *Deniz Ticareti Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KARAN, Hakan: *The Carrier's Liability Under the International Maritime Conventions: The Hauge, Hague-Visby, and Hamburg Rules*, Edwin Mellen Press, Lewiston, Queenston and Lampeter, 2004.
- KASI, Arun: *The Law of Carriage of Goods by Sea*, Springer, Singapore, 2021.
- KATSIVELA, Marel: "Perils of the sea under English, French and Greek law; a perilous venture?", *The Journal of International Maritime Law*, 2014, Sayı 20, s. 343-355 (A Perilous Venture).
- KATSIVELA, Marel: "The treatment of the sea peril exception of the Hague-Visby Rules in common law and civil law jurisdictions", *WMU Journal of Maritime Affairs*, 2017, Cilt 16, s. 19-36 (the treatment of the sea peril exception).
- KAYIHAN, Şaban: *Deniz Ticareti Hukuku*, 3. Baskı, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2022.
- KENDER, Rayegân / ÇETİNGİL, Ergon: *Deniz Ticareti Hukuku*, 11. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- KENDER, Rayegân: "Türk Hukukunda Denizde Mal Taşıyanın Sorumluluğu", *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1984, s. 71-95.
- KOLLER, Ingo: "Der 'Risikobereich' im HGB-Frachtrecht", *Versicherungsrecht*, 2012, Cilt 63, Sayı 22, s. 949-959.
- KULA DEĞİRMENCİ, Nil: *Taşıyanın Sorumluluğu ve Akdedeceği Sorumsuzluk Anlaşmaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- LOTTER, Wolfgang Friedrich: *Beweislast im Seefrachtrecht*, De Gruyter, Berlin, 1969.
- MİSİLİ, Sinan: "İstifçinin Taşıyanın Sınırlı Sorumluluk ve Sorumluluktan Kurtulma Hükümlerine Başvurması: 'Himalaya Klozu'", *Legal Hukuk Dergisi*, 2016, Cilt 14, Sayı 166, s. 5475-5526.
- NINTEMANN, Thomas: "Zur Seegefahr im Sinne von § 608 Abs. 1. Nr. 1 HGB", *Transportrecht*, 2004, Sayı 6, s. 244-247.
- OETKER, Hartmut (Hrsg.): *Handelsgesetzbuch - Kommentar*, 7. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2021 (Yazar, Oetker-HGB).
- OKAY, Sami M.: *Deniz Ticareti Hukuku II*, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1971.
- ÖRSEL, Sercan: *Navlun Sözleşmeleri Bakımından Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Teslimden Kaynaklanan Sorumluluğu ve Sorumluluğun Sınırlandırılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- RABE, Dieter / BAHNSEN, Kay Uwe (Hrsg.): *Seehandelsrecht*, 5. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2018 (Yazar, Rabe/Bahnsen).
- RAMMING, Klaus: "FCL - und LCL-Verschiffungen", *Recht der Transportwirtschaft*, 2019, Sayı 11, s. 401-410.
- SCHLEGELBERGER, Franz / LIESECKE, Rudolf: *Seehandelsrecht*, 2. Baskı, De Gruyter, Berlin/Frankfurt a. M., 1964.

- SCHMIDT, Christine (Red.): *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. 7, 5.* Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2023 (Yazar, MüKo-HGB).
- SEVEN, Vural: *Taşıyıcının Yükü Özen Borcunun İhlalinden (Yük Zıya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- SİLAHTAROĞLU, Elvin Kerime: “Covid Salgınının Karayolu ile Eşya Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Eşyanın Geç Tesliminden İleri Gelen Sorumluluğuna Etkisinin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında Değerlendirilmesi”, (Ed.) SUR, Melda / KASAPOĞLU Turhan, Mine: *COVID-19 ve Hukuk Sempozyumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 121-145.
- SÖZER, Bülent: *Deniz Ticareti Hukuku Cilt I*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.
- SÜZEL, Cüneyt: *Deniz Ticaret Hukukunda Taşıtan ve Yükleten*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- ŞEKER, Hakan: *Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ŞENOCAK, Kemal: “Kara Taşıma Hukuku Açısından COVID-19 Tedbirlerinin Değerlendirilmesi”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal: *COVID-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 395-421.
- TEKİL, Fahiman: *Deniz Ticaret Hukuku*, Ofset, İstanbul, 1970.
- TEKİN, Safa Murat: *Navlun Sözleşmelerinde Taşıyanın Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- TETLEY, William: *Marine Cargo Claims I*, 3. Baskı, International Shipping Publications, Montreal, 1988.
- TOPSOY, FEVZİ: “Garanti Mektubu Karşılığında Düzenlenen Temiz Konişmentolardan Dolayı Taşıyanın Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 2, s. 545-584.
- TREITEL, Sir Guenter / REYNOLDS, Francis M.B.: *Carver on Bill of Lading*, 2. Baskı, Sweet&Maxwell, London, 2005.
- TUNCA ÖZCAN, Zeynep: *Uluslararası Deniz Ticareti Hukukunda Temiz Konişmento*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- TÜRKEN, Şafak: *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Eşyanın Zıya, Hasarı ya da Geç Tesliminden Doğan Sorumluluğu*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2019.
- UHLMANN, Gene-Eric: “Die Haftung für Drittschäden aufgrund der unzureichenden Sicherung des Gutes im Container”, *Recht der Transportwirtschaft*, 2019, Sayı 8, s. 293-298.
- ÜLGENER, M. Fehmi: *Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri*, Der Yayınları, İstanbul, 1991 (Sorumsuzluk Halleri).
- WÜSTENDÖRFER, Hans: *Neuzeitliches Seehandelsrecht mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und des internationalen Rechts*, Karl F. Wede Verlag, Tübingen, 1950.
- YAZICIOĞLU, Emine: *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu - Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırılmalı Olarak*, Ofset, İstanbul, 2000 (Hamburg Kuralları).
- YAZICIOĞLU, Emine: *Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022 (Deniz Ticareti Hukuku).
- YAZICIOĞLU, Emine: “Deniz Yolu ile Eşya Taşımalarında Geç Teslimden İleri Gelen Zararlardan Sorumluluk”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, Cilt 22, Sayı 2, s. 1039-1055 (Geç Teslim).
- YEŞİLOVA, Ecehan: *Konişmentonun İspat Kuvveti*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2006.
- YETİŞ ŞAMLI, Kübra: “COVID-19 Pandemisinin Taşıyanın Sorumluluğu ve Navlun Alacağı Üzerindeki Etkileri”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 78, Sayı 2, s. 299-331 (Pandemi).
- YETİŞ ŞAMLI, Kübra: *Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Teslimden Doğan Sorumluluğu*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013 (Sorumluluk).



Deniz Yoluyla Taşımalarda Yük Sigortalarına Uygulanacak Hukuk ve Sigorta Sözleşmesinde Yer Alan Hukuk Seçiminin Sigortalı Açısından Bağlayıcılığı Sorunu^(*)



Applicable Law to Marine Cargo Insurance and the Effect of Choice of Law for the Claims of Assured Companies Law

A. İpek SARIÖZ BÜYÜKALP



Doktor Öğretim Üyesi

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Deniz Yük Sigortaları,
Uygulanacak Hukuk,
Hukuk Seçimi,
Genel İşlem Şartları,
Üçüncü Kişi Yararına
Sözleşme.

Öz

İrade serbestisinin bir görünümü olan hukuk seçimi, “sözleşmenin nispiyeti” ilkesine dayanmaktadır. Tarafların karşılıklı irade beyanları temelindeki geçerli bir hukuk seçimi yalnızca sözleşmenin taraf- larını bağlamaktadır. Bununla birlikte, hukuk seçimi içeren bir sözleşmeye dayalı olarak talepte bulunan üçüncü kişilerin durumu somut olayın şartlarına göre tartışma yaratabilmektedir. Bu özel durumlardan bir tanesi, deniz yoluyla taşımalarda yük sigortalardan doğan taleplere ilişkindir.

Ülkeler arası mal satımında, malın deniz yoluyla taşınması ve bu taşıma sırasında yükün/malın sigortalanması ticari hayatın işleyişi çerçevesinde kaçınılmazdır. Malın yüklendiği yer ile boşaltıla- cağı yerin farklı ülkelerde bulunması nedeniyle kanunlar ihtilafı alanına giren bu tür sigorta sözleş- melerinde sigorta ettiren ile sigortacı arasında kararlaştırılan hukuk seçiminin, anılan sözleşmeye dayalı olarak sigortacıdan talepte bulunan malın sahibi sigortalıyı bağlayıp bağlamayacağı ya da hangi şartlarla bağlayabileceği, yabancılık unsurlu bu tür sigorta sözleşmelerinden doğan uyumsuz- luklarda önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk hukukunda “tam üçüncü kişi yararına sözleşme” olarak nitelendirilen bu sigorta ilişkilerinde üçüncü kişinin hukuk seçimi ile bağlı olması borçlar hukuku ile kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında farklı yaklaşımlar doğurabilecek niteliktedir.

Diğer taraftan, sigorta sözleşmelerinin bir “yığın sözleşmesi” olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bir tarafın, diğer tarafça hazırlanan standart sözleşmeye “katılması” veya genel işlem şartlarında olduğu gibi ilgili şartları sözleşmenin karşı tarafı ile müzakere etmeksizin kabul etmesi ve hukuk seçiminin de bu şartlar içinde yer alması durumunda, hukuk seçiminin geçerliliği bakımından bazı sorunlar ile karşılaşılabilir. Bu çalışmada, deniz yoluyla taşımalarda yük sigorta sözleşmelerinde yer alan hukuk seçiminin sigorta sözleşmesine dayalı olarak talepte bulunan sigortalı bakımından ifade ettiği anlam ve bu seçimin bağlayıcı olup olmadığı sorusunun cevabı aranacaktır.

Keywords

Marine Cargo
Insurance,
Conflict of Laws,
Choice of Law,
Standard Forms of
Contract,
Third Party
Beneficiary Contract.

Abstract

The choice of law is based on party autonomy only binding on the parties of the contract due to the “privity of contract”. However, the situation of third parties making a claim based on a contract involving choice of law may be controversial, one of which concerns claims arising out of marine cargo insurance contracts.

In international sale of goods, the carriage of goods by sea and its insurance during the transportation are inevitable business transactions. This kind of insurance is subject to conflict of laws due to its nature: the place where the goods are loaded and unloaded are located in different countries. Thus, we will be faced with a serious question: Is the choice of law agreed between the policyholder and the insurer in these contracts will bind the assured, who will probably be the owner of the goods and

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 05.11.2023, Kabul Tarihi: 16.01.2024.

claim the indemnity? The fact that the third party is bound by the choice of law in such relationships, which are characterized as “third party beneficiary contract” in Turkish law, may lead to different approaches in the context of the law of obligations and conflict of laws.

Moreover, it should not be noted that insurance contracts are “bulk contracts”. If one party “joins” the standard contract prepared by the other party without “negotiation”, some problems may arise in terms of the validity of the choice of law. In this study, the meaning of the choice of law for the assured in marine cargo insurance contracts will be sought.

GİRİŞ

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk işlem ve ilişkilerinde uygulama alanı bulan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un¹ (MÖHUK) sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları arasında sigorta sözleşmelerine özgü bir düzenleme yer almamaktadır. Sigorta sözleşmelerinde milletlerarası yetkiyi düzenleyen 46. maddenin kabulü karşısında, kendine özgü birçok sorunu içinde barındıran sigorta sözleşmelerinin kanunlar ihtilafı hukuku bakımından da ayrıca değerlendirilmesi ve diğer sözleşme tiplerinden bağımsız bir düzenlemeye tabi kılınmasının gerekli olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte, sigorta sözleşmelerini, sözleşmelere uygulanacak hukuku belirleyen genel hükümden (MÖHUK m. 24) ayırmama düşüncesinin altında bazı nedenler yatmaktadır. Hayat, sağlık, mal ve sorumluluk sigortaları gibi farklı sigorta türleri bakımından korunan menfaatler arasındaki dengenin kurulmasındaki zorluklar ve MÖHUK'ta yer alan bağlama kurallarının düzenlenmesinde yararlanılan Avrupa Birliği (AB) hukuku mevzuatının izlediği yöntemin Türk hukukunda benimsenemeyeceği gibi bazı çekinceler sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24'ten ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralı çerçevesinde düzenlenmesine engel teşkil etmektedir².

Gerçekten de Roma Konvansiyonu'nda³ yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının yerini alan ve sözleşmelere uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amacı ile kabul edilen Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü⁴, 7. maddesinde sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin ayrıntılı ve sigorta hukuku bakımından bir hayli karmaşık ve teknik bir düzenleme içermektedir. Roma I Tüzüğü'nün 7. maddesinde, belirli bir prim karşılığı sigortacının yükümlendiği riski başka bir sigortacıya (reasürör) devrettiği reasürans sözleşmeleri kapsam dışı bırakılarak, sigorta sözleşmesinin konusunu oluşturan riskin büyüklüğü ve bulunduğu ülke bakımından ayrıma gidilmiştir⁵. Buna göre, AB ülkelerinin sınırları içinde veya dışında gerçekleşecek büyük rizikoları içeren sigorta sözleşmeleri -ki bu sözleşmeler Hayat Dışı Sigortacılık Faaliyetlerine Başlatılma ve Yürütme ile İlgili Kanun, Tüzük ve İdari Düzenlemelerin Koordinasyonuna İlişkin Kuralları içeren 24 Temmuz 1973 tarihli 73/239/EEC sayılı Yönerge'nin⁶ 5/d maddesinin uygulama alanına giren söz-

¹ 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmi Gazete.

² EKŞİ, Nuray: *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 20-21; TEKİNALP, Gülören / UYANIK, Ayfer: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 317. Ayrıca bkz. UYAROĞLU, Osman: “Milletlerarası Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *Yargıtay Dergisi*, 2022, Cilt 48, Sayı 1, s. 221 ve 231-232.

³ The Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980, OJ C 027, 26/01/1998 P. 0034-0046.

⁴ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008, 6-16.

⁵ Maddenin belirlediği 3'lü ayırım sistemi hakkında bkz. BULL, Henrik: “Choice of Law for Insurance Contracts: History of Article 7 of Rome I, Particularly Regarding the Relationship with Directives 88/357 and 90/619 in Light of Directive 2009/138”, *Oslo Law Review*, 2019, Cilt 6, Sayı 1, s. 23-27. AB hukuku, sigorta sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler bakımından birden fazla Yönerge içermektedir. Bu Yönergeler hayat sigortalarını ve hayat sigortaları dışında kalan sigorta sözleşmelerini farklı düzenlemelere tabi tutmaktadır. Zaman içinde bazı değişikliklere uğrayan bu Yönergelerde yer alan hükümler bazı basit değişikliklerle Roma I Tüzüğü'ne taşınmıştır. bkz. BULL, s. 24.

⁶ 73/239 EEC sayılı Yönerge 31.12.2015 tarihinde 2009/138/EC sayılı Sigortacılık ve Reasürans Faaliyetlerinin Başlatılma ve Yürütülmesine İlişkin Yönerge tarafından ilga edilmiştir. Anılan Yönerge'nin sigorta türlerine göre risk sınıflandırmasını belirleyen I no.lu Ek'i (Annex I) ve hayat sigortaları dışındaki sigortaları belirleyen V no.lu Ek'inde (Annex V), denizcilik rizikolarını içeren deniz ve taşıma sigortaları hayat sigortaları dışında sınıflandırılmıştır. bkz. Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), OJ L 335, 17.12.2009, 1-155.

leşmelerdir- için 3. maddede yer alan hukuk seçimine ilişkin genel kurala atıf yapıldıktan sonra, bu tür sigorta sözleşmelerinde hukuk seçiminin yer almaması halinde, sigortacının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir. Ayrıca, büyük rizikolara ilişkin sigorta sözleşmelerinde kaçış klotuna da yer verilmiş, sözleşme ile başka bir ülke hukukunun daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (Roma Tüzüğü m. 7/2). Reasürans sözleşmeleri dışında kalan ve m. 7/2'nin uygulama alanına girmeyen sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk hakkında ise sınırlı bir hukuk seçimine yer verilmiştir (Roma Tüzüğü m. 7/3)⁷.

Roma I Tüzüğü m. 7/3'te düzenlenen sınırlı hukuk seçimi aynı maddede yer alan başka bir düzenleme ile esnetilmiştir. Buna göre, m. 7/3'te 5 farklı bent halinde yer alan hukuk seçimi imkanı, sigorta sözleşmesinin kurulduğu sırada riskin bulunduğu (m. 7/3-a), sigortalının mutad meskeninin bulunduğu (m. 7/3-b), sigortalının ticari, sınai veya mesleki bir faaliyet sürdürmesi ve sözleşmenin bu faaliyetlere ilişkin farklı üye ülke sınırlarında bulunan iki veya daha fazla riski güvence altına aldığı sigorta sözleşmelerinde bu üye ülke hukuklarından birinin veya sigortalının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun (m. 7/3-e) cevaz vermesi halinde esnetilebilecektir. Roma I Tüzüğü m. 7/3'ün uygulama alanına giren sigorta sözleşmelerinde hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde objektif bağlama kuralı, sözleşme kurulduğu sırada rizikonun bulunduğu üye ülke hukukudur⁸.

Görüldüğü üzere, Roma I Tüzüğü m. 7, seçilebilecek ülke hukuklarının belirlenmesinde gerek sigorta türleri, gerekse teminat altına alınan rizikonun büyüklüğü ve gerçekleştiği ülke bakımından farklı düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir. Zorunlu sigortalara uygulanacak hukuk da hükmün devamında ayrıca düzenlenmiştir. Kanımızca, Roma I Tüzüğü m. 7'nin bu yapısı, milletlerarası yetki konusunda sigorta sözleşmelerinden doğan yetkiyi düzenlemek bakımından tereddüt yaşamayan Türk kanun koyucusunun, sigorta sözleşmelerinin bütün türlerini kapsayacak tek bir kanunlar ihtilafı kuralının kabulü konusundaki çekincelerini haklı çıkarmaktadır.

Diğer taraftan, Türk hukukunun “büyük rizikoları” tanımlamak⁹ ve sigorta türlerini sınıflandırmak konusunda tereddüt ettiğini söylemek de gereklidir¹⁰. Sigorta hukukunun düzenlenmesinde riziko sınıflandırmasının yapılmamış olması kanunlar ihtilafı kurallarına da yansımıştır. Örneğin, çalışma konumuzu oluşturan deniz yoluyla taşımalarda yük sigortalarının (bundan sonra kısaca “deniz yük sigortaları” olarak anılacaktır) çoğunlukla büyük riziko tanımı içinde yer aldığı bir gerçektir¹¹. 6102 sayılı Türk Tica-

⁷ Bu konuda bkz. TARMAN, Zeynep Derya: “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2009, Cilt 25, Sayı 2, s. 322-323.

⁸ Ayrıntılı incelemeler için bkz. EKŞİ, 78 vd.; KÖK, Aslı: *Roma I Tüzüğü Işığında Milletlerarası Unsurlu Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 44 vd.

⁹ Büyük risk kavramı ile ilgili olarak bkz. KÖK, s. 48 vd. Sigorta hukukunda büyük risk kavramı ekonomik bazı kıstaslar ışığında tanımlanmaktadır. Ancak, taşıma şekline bağlı olmaksızın ticari emtia, yolcu eşyası ve diğer tüm mallara ilişkin zarar ve kayıplar ekonomik kıstaslardan bağımsız tutularak büyük rizikoya konu kabul edilmiştir.

¹⁰ Bilindiği üzere, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca sigorta sözleşmeleri temelde zarar ve can sigortaları şeklinde ikili bir ayrıma tabidir. Zarar sigortaları da mal ve sorumluluk sigortaları şeklinde düzenlenmiştir. Can sigortaları da, hayat, hastalık/sağlık ve kaza sigortaları şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bunun dışında, doktrinde zarar ve meblağ sigortası şeklinde bir sınıflandırma yapıldığı da görülmektedir. Bkz. YAZICIOĞLU, Emine / ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra: *Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 80-81; KARA, Hacı: *Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 46; KENDER, Rayegân: *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 17. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 235. İhtiyacın karşılanması kıstasının esas aldığı bu ayrıma göre, zarar sigortaları rizikonun gerçekleşmesi sonucunda mal varlığında meydana gelen zararın tazmini amacını taşırken, meblağ sigortalarında ise, zararın oluşmasından bağımsız olarak, rizikonun gerçekleşmesi sigortacının sorumluluğunun doğması için yeterlidir. Bkz. UYAROĞLU, s. 223. Yine doktrinde yapılan bir diğer sınıflandırma ise, mal varlığı ile şahıs sigortaları arasındadır ve bu sınıflandırma zararın doğduğu alan ile ilgilidir. Bkz. YAZICIOĞLU / ŞEKER ÖĞÜZ, s. 82; UYAROĞLU, s. 223. Aktif ve pasif sigortası şeklinde bir sınıflandırmanın yapıldığı da görülmektedir. Bkz. KARA, *Sigorta*, s. 47; KENDER, s. 236 vd. Bunun dışında, ne TTK sistematüğinde ne de doktrinde, Roma I Tüzüğü’nde olduğu üzere rizikonun büyüklüğüne göre bir ayırım yapılmaktadır. Oysa, bu husus sigorta sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukların kanunlar ihtilafı kapsamında vasıflandırılmasında büyük önem taşımaktadır. Zira, tüketici sözleşmeleri MÖHUK m. 26 kapsamında özel olarak düzenlenen sözleşmelerdendir. Sigorta sözleşmelerinin tüketici işlemi olarak nitelendirildiği durumlarda (bkz. AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: *Sigorta Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 109) uygulanacak hukuk ve sağlanan koruma tümüyle değişmektedir. Dolayısıyla TTK’da büyük rizikoları ve tacirler arası sigorta sözleşmelerini ayıran hükümlere yer verilmemesi kanunlar ihtilafı boyutuyla bakıldığında bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Aynı görüşte bkz. KÖK, s. 153.

¹¹ ÜNAN, Samim: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt II, Zarar Sigortaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Şerh), s. 15.

ret Kanunu'nda¹² (TTK) düzenlenen sigorta sözleşmesine ilişkin hükümlerin çoğu emredicidir; buna mukabil deniz yük sigortaları tacirler arası işlem niteliği taşımaktadır. Bu nedenle büyük rizikolara ilişkin bu tür sigorta sözleşmelerinin emredici kuralları ile düzenlenme gereksinimi bulunmamaktadır¹³. Zira, bu tür sigortalarda sözleşmenin zayıf tarafını koruma kaygısı yoktur; bu nedenle denizcilik sigortalarının TTK'da ayrıca düzenlenmesine ihtiyaç olduğu, böylece TTK m. 1401 vd. ve zarar sigortalarına ilişkin hükümlerde yer alan emredici kurallardan ayrı tutulabileceği ifade edilmektedir¹⁴. Ancak, halihazırda TTK'nın deniz yük sigortaları bakımından da uygulama alanı bulan birçok hükmü, aykırılık halinde sözleşmenin tümünü veya aykırı olan sözleşme koşulunu geçersiz kılmaktadır¹⁵.

Şunu da ifade etmek gerekir ki, TTK'daki emredici hükümlerin tamamının kanunlar ihtilafı anlamında kamu düzeni kavramı içinde kabul edilmesi ve yetkili yabancı hukukun uygulanmasını engellemesi söz konusu değildir. TTK'nın emredici hükümlerinin MÖHUK m. 5 anlamında Türk kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılacağı veya MÖHUK m. 6 anlamında Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları arasında yer alıp almayacağı, ilgili hükmün koruduğu menfaat ve somut olay açısından yorumu neticesinde karar verilmesi gereken bir husustur. Ne var ki, bu tür bir inceleme çalışma konumuzu aşmaktadır. Ancak, sigorta sözleşmelerinin düzenlenmesinde özellikle zayıf tarafın korunmasına ve sigorta şirketlerinin faaliyetlerinin düzenlenmesine ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olabileceği değerlendirilebilir¹⁶.

Kanımızca, TTK'daki hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesinde ve büyük riziko kavramına dahil olan deniz yük sigortalarına uygulanacak kuralların belirlenmesinde, TTK'da yer alan hükümlerin amacı ve koruduğu menfaat dikkate alınarak daha ihtiyatlı yaklaşmak gerekmektedir. Aksi takdirde, tümüyle ticari bir yararın güvence altına alındığı, eşitler arası bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda kanunlar ihtilafı kuralları ile yetkilendirilen hukukun uygulanmasının önüne geçilmesi mümkün olabilecektir.

Tüm bu değerlendirmeler, sigorta sözleşmelerini MÖHUK m. 24 ile düzenlenen genel hükme tabi kılmanın, gelişen sigorta hukuku uygulamasının ihtiyaçlarını izlemek ve bu yönde bir değerlendirme yapmak bakımından da daha uygun olacağına işaret etmektedir¹⁷. İfade etmek gerekir ki, özellikle deniz yük sigortaları uluslararası ticaretin işleyişinde önemli bir yer tutan büyük meblağlı sözleşmelerden biridir. Bu tür sözleşmelere özgü her sorunun kanunlar ihtilafı kuralları düzeyinde çözülmesini beklemek pek mümkün değildir.

Diğer taraftan, MÖHUK, üçlü borçlar hukuku ilişkilerinde uygulanacak hukuku ve bu kapsamda özellikle sözleşmeler hukuku alanında halefiyet ve temlik benzeri ilişkileri yönetecek hukuku belirleyen bağlama kurallarına yer vermemektedir. Aynı şekilde, özellikle CIF ("*cost, insurance and freight*") satımlarda olduğu gibi, satıcı tarafından alıcı yararına akdedilen ve üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilen sigorta ve benzeri ilişkilerden kaynaklanan uygulanacak hukuka ilişkin sorun-

¹² 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazete.

¹³ Deniz sigortaları birçok ülkede sigorta sözleşmelerine uygulanacak genel kuralları haricinde bırakılmıştır. Zira, bu tür sigortalar "katıksız" şekilde ticari iş kapsamında değerlendirildiğinden başta irade serbestisi ilkesinin yönettiği özel birtakım kurallara tabi kılınmaktadır. Bkz. BASEDOW, Jürgen / BIRDS, John / CLARKE Malcolm / COUSY, Herman / HEISS, Helmut (Ed.): *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Verlag Dr. Otto Schmidt, München, 2009, s. 31-32.

¹⁴ ÜNAN, Şerh, s. 15. Ayrıca bkz. YEŞİLOVA ARAS, Ecehan: "Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması", *İzmir Barosu Dergisi*, 2015, Cilt 80, Sayı 3 (Genel Şartlar), s. 451. Yazar, mehz Alman hukuku dahil olmak üzere, pek çok ülke mevzuatında deniz tehlikelerini içine alan büyük rizikoları içeren sigorta sözleşmelerinde, "*sigorta ettirenin sigorta hukukuna ilişkin emredici hükümlerin koruma şemsiyesinden çıkmasına izin verildiğini*" vurgulamaktadır.

¹⁵ Bu hükümler ile ilgili olarak bkz. ÜNAN, Şerh, s. 18-21. İlgili hükümler arasında TTK m. 1404'te geçerli olmayan sigorta, sigorta menfaatinin yokluğu (m. 1408), yasal halefiyet (m. 1472) gibi aykırılık halinde tüm sözleşmenin geçersizliğine yol açan hükümler yer aldığı gibi, sigortacının iflasi (m. 1418), zamanaşımı (m. 1420) gibi aykırılık halinde yalnızca ilgili hükmün geçersizliğine yol açan hükümler de bulunmaktadır.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 163-164.

¹⁷ TEKİNALP / UYANIK, s. 317. Aksi yönde bkz. KÖK, s. 151.

ları konu alan bir bağlama kuralını da barındırmamaktadır. Bilindiği üzere, alacağın temliki ve üçüncü kişi yararına sözleşme, borçlar hukuku anlamında birçok tartışmayı barındıran üçlü ilişkilerdir. Nitekim Roma I Tüzüğü m. 14'te alacağın (iradi) temliki ve sözleşmesel halefiyet hallerini düzenlemiştir. Roma I Tüzüğü m. 14/3'te ise, hükümdeki temlik kavramının, alacakların doğrudan devrini, alacakların teminat yoluyla devrini ve alacaklar üzerindeki rehinleri veya diğer teminat haklarını da içerdiği belirtilmiştir¹⁸. Örneğin, sigortacının sigorta sözleşmesi uyarınca ödediği tazminat sonrasında sigortalının haklarına halef olduğu durumlarda, halefiyet ilişkisini ve sigortacının tazminat konusu riskin gerçekleşmesinden sorumlu olan üçüncü kişiye olan taleplerini yönetecek hukuk temlik edilen hakkın statüsüne tabi olacaktır¹⁹. Oysa çalışma konumuzu ilgilendiren konu, temlik ve halefiyet dışında, hukuk seçiminin sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler üzerindeki etkisidir ve somut olay odaklı bir inceleme gerektirmektedir. Bu kapsamda, çalışmamızın birinci bölümünde genel olarak ve kısaca deniz yük sigortalarına uygulanacak hukuku ve özellikle hukuk seçimini, ikinci bölümde ise hukuk seçiminin 3. kişiler açısından bağlayıcı olup olamayacağı sorununu ele alacağız.

I. DENİZ YÜK SİGORTALARINA UYGULANACAK HUKUK VE HUKUK SEÇİMİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A. Genel Olarak

Sigorta sözleşmelerinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğu belirtilmektedir²⁰. TTK m. 1401/1 uyarınca, “*Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir.*” Bu kapsamda, sözleşmenin bir tarafı, sigorta primi karşılığında, diğer tarafın sigortalanabilir bir menfaatini güvence altına alır. Sigorta sözleşmesi “azami iyiniyet ilkesi”nin geçerli olduğu bir sözleşmedir; bu kapsamda sözleşme taraflarından her biri, diğerine, sigorta sözleşmesi yapıp yapmamak ya da hangi şartlarla yapmak konusunda iradesini değiştirebilecek tüm hususları bildirmekle yükümlüdür²¹. TTK m. 1423'te sigortacının aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmektedir; bu yükümlülük sigorta sözleşmesinin kurulması aşamasından itibaren sigorta ettiren, lehtar veya sigortalının sözleşmeye ilişkin hususlarda bilgilendirilmesini kapsamaktadır²². Aynı şekilde, TTK m. 1435/1 uyarınca, sigorta ettiren de “*sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür*”.

¹⁸ Özellikle alacağın temliki halinde hukuk seçiminin ifade ettiği anlam ile ilgili bkz. HARTLEY, Trevor: “Choice of Law Regarding the Voluntary Assignment of Contractual Obligations Under Rome I Regulation”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, Cilt 60, s. 29-56.

¹⁹ AMASYA, Serap: “Some Turkish Law Issues Regarding the Governing Law for the Insurance Contracts Including Element of Foreignness”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Sayı 2, s. 1165-1166. Ayrıca bkz. EKŞİ, s. 51; SİRMEN, Sedat: “Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2010, Cilt 26, Sayı 3, s. 54-55. TTK m. 1472/1 uyarınca, “*sigortacı, sigorta tazminatını ödediğinde, hukuken sigortalının yerine geçer. Sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder. Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmezsiniz, halefiyet kuralı uyarınca, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir.*” TTK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde sigortacının sigortalının haklarına halefiyeti (kanuni halefiyetin gerçekleşmesi için gerekli şartlar) ve uygulanacak hukuk ile ilgili değerlendirmeler için bkz. ÜNAN, Samim: “Some Private International Law Problems Relating to Insurance Law in Turkish Practice”, *European Insurance Law Review*, 2012, Sayı 4, s. 62 vd.

²⁰ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 141; KAYIHAN, Şaban / GÜNERGÖK, Özcan: *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2021, s. 113; KENDER, s. 186.

²¹ YAZICIOĞLU / ŞEKER ÖĞÜZ, s. 49.

²² Ayrıntılı incelemeler için bkz. ÜNAN, Samim: “Insurer’s Pre-contractual Duties to Inform and Warn/Advise”, *Insurer’s Precontractual Information Duty*, Sigorta Hukuku Türk Derneği (Turkish Chapter of AIDA), İstanbul, 2013 (Insurer’s Pre-contractual Duties), s. 9 vd.; YETİŞ ŞAMLI, Kübra: “Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünün Düzenleyen TTK m. 1423 Hükümüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı, s. 2978 vd. Ayrıca bkz. ARAL ELDELEKLİOĞLU, İrem: “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 1, s. 383-403; ÖZDAMAR, Mehmet: *Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 113 vd.

Sigorta sözleşmeleri, genellikle, sigortacı tarafından önceden hazırlanan ve sigorta ettirenin şartlarını müzakere etmeksizin kabul ettiği, diğer bir ifadeyle katıldığı sözleşmedir²³. Bu nedenle özellikle sözleşmeye ait genel işlem şartları içinde yer alan kanunlar ihtilafına ilişkin hükümlerin ifade ettiği anlam da çalışmamız bakımından önem arz etmektedir. Bu bağlamda Türk Borçlar Kanunu'nun²⁴ (TBK) genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri de değerlendirilmelidir. Zira, TTK'nın sigorta sözleşmelerine uygulanacak genel hükümleri içinde, “*TTK’da hüküm bulunmayan hallerde TBK hükümlerinin uygulanacağı*” belirtilmektedir (m. 1451).

Deniz yük sigortaları, deniz yolu ile taşınan malların, taşıma sırasında meydana gelebilecek zararlara karşı korunmasını sağlayan ve denizcilik rizikolarını teminat altına alan bir sigorta türüdür²⁵. Bu anlamda, taşıma esnasında geminin ve yükün maruz kalacağı hava veya deniz koşulları kaynaklı kazalar, geminin bir sebeple hasara uğraması, yangın, saldırı, savaş nedeniyle yük üzerinde ortaya çıkan zararlar sigorta ile güvence altına alınmaktadır²⁶. Bu itibarla, deniz yük sigortaları tacirler arası bir sözleşmedir ve gerek yetki ve tahkim şartlarının gerekse hukuk seçiminin konusunu oluşturmaktadır.

Hukuk seçimi yapılması veya hukuk seçimi yapılmadığı ihtimalde yetkili hukukun MÖHUK m. 24/4 kapsamında tespiti halinde, uygulanacak hukuk sözleşme ile ilgili tüm hususlarda yetkilidir. Bu anlamda, sigorta sözleşmesinin taraflarının ehliyeti, sözleşmenin şekli, zamanaşımından doğan meseleler haricinde, sigorta sözleşmesinin yorumu, geçerliliği, ifası, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi ve ihlali, sözleşmenin sona ermesi bu hukuka tabi olacaktır²⁷. Ayrıca, MÖHUK m. 34/4’te özel olarak düzenlendiği üzere, sorumluluk sigortaları kapsamında zarar görenin talebini doğrudan sigortacıya karşı ileri sürmesi imkânı da, haksız fiil statüsü yanında, sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuka tabidir. Bunun haricinde, sigortacının sigortalıya yaptığı ödeme dolayısıyla üçüncü kişiye ileri süreceği taleplerde, rücu hakkına sahip olup olamayacağı dahil tüm hususlarda, sigortalı ile üçüncü kişi arasında tazminatın doğumuna kaynak olan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk söz sahibi olacaktır²⁸.

Son olarak, hukuk seçiminin tümüyle sigorta sözleşmesinde yer alan bir şarta dayalı olduğunu belirtmekte fayda vardır. Çalışma konumuz açısından başkası lehine yapılan yük sigortalarında, sigortalının poliçede yer alan hukuk seçimi ile bağlı olup olmadığına karar vermek bakımından yalnızca sigorta sözleşmesinin dayanak olacağına altını çizmekte fayda vardır. Bu açıdan taşıma sözleşmesinde (çarterparti veya kırkambar sözleşmesinde) veya konişmentoda yer alan hukuk seçiminin sigortalının sigortacıya karşı ileri süreceği talepler açısından dikkate alınmayacağına altı çizilmelidir.

B. Deniz Yük Sigortası Sözleşmelerinde Yer Alan Açık Hukuk Seçimi veya Bu Tür Sigortalara Özgü Genel Kabul Gören Meslek Birliği Klotlarının Uygulanması

1. Genel Olarak

Deniz yük sigortalarına uygulanacak hukuku belirleyen MÖHUK m. 24 uyarınca, birinci bağlama noktası hukuk seçimidir. MÖHUK m. 24/1’de tarafların açık veya zımnî hukuk seçimi yapma imkânı şu ifade ile hüküm altına alınmıştır: “*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikle-*

²³ YAZICIOĞLU / ŞEKER ÖĞÜZ, s. 49.

²⁴ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete.

²⁵ ULAŞ, Işıl: *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Genel Hükümler Mal ve Sorumluluk Sigortaları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 495; CONGAR, Hikmet Cem: *Taşıyıcının Sorumluluğu ve Deniz Sigortaları (Yük, Tekne ve P&I Kulüp Sigortaları)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 172-173.

²⁶ Denizcilik rizikoları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. CONGAR, s. 131 vd. ve 215 vd.

²⁷ EKŞİ, s. 31-32; SİRMEN, s. 52-53.

²⁸ SİRMEN, s. 55.

ri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir". Hükümün uygulanması bakımından kabul edilen yalnızca bir devletin hukukunun, diğer bir ifadeyle, bir hukuk nizamının uygulanması üzerinde anlaşılmasıdır²⁹.

Tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun, sözleşmeyle bağlantılı olması gerekmektedir. Bununla birlikte, deniz taşımacılığı ve sigorta hukuku uygulamasında "geleneksel olarak" belirli ülke hukuklarının seçildiği görülmektedir. Zira hukuk seçimi, sözleşmenin finansmanı ve risk primlerinin tespiti anlamında da önem arz etmektedir³⁰. Özellikle yabancılık unsurunu doğası gereği taşıyan deniz yük sigortalarında hukuk seçimi yapılmaması hayatın olağan akışına pek uygun değildir³¹.

Hukuk seçimi anlaşması asıl sözleşmeden bağımsızdır³². Dolayısıyla, asıl sözleşmenin geçersiz olması kendiliğinden hukuk seçiminin geçersiz olduğu anlamına gelmemektedir. Hukuk seçimi anlaşmasının bağımsız olması, "sözleşmenin nispiyeti ilkesi" gereği, temel olarak hukuk seçiminin sadece anlaşmanın taraflarını bağladığı sonucunu doğurmaktadır. Hukuk seçimi anlaşmasının bağımsızlığı, hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanacak hukukun da ayrıca belirlenmesini gerektirmektedir. Doktrinde hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanacak hukuk bakımından farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, hukuk seçiminin geçerliliğine seçildiği farz edilen hukukun (*lex causae*) uygulanması gerekirken³³, diğer bir görüşe göre ise, hukuk seçiminin geçerliliğine hâkimin hukuku (*lex fori*) uygulanmalıdır³⁴. Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine seçildiği farz edilen hukukun uygulanması, esasen hukuki yeknesaklık ve taraf iradesine verilen önceliğin bir sonucudur. Diğer taraftan, çalışmamızın ikinci bölümünde ele alacağımız konu, hukuk seçiminin üçüncü kişi (sigortalı) üzerindeki bağlayıcılığıdır; üçüncü kişi açısından bağlayıcılığı tartışılan "başkaları tarafından seçilmiş" hukukun, hukuk seçiminin geçerliliğine karar vermesi kanımızca tartışmaya açıktır³⁵.

Hukuk seçiminin yanında, özellikle deniz yük sigortalarından doğan uyuşmazlıklarda geniş çapta uygulama alanı bulan ve poliçeye eklenen kurallara da değinmek gerekmektedir. Deniz yük sigortalarına İngiliz hukuku hakimdir ve Deniz Sigorta Kanunu'nun³⁶ yanında Londra Uluslararası Sigortacılık Birliği ("*International Underwriting Association of London*") tarafından hazırlanan kurallar ("*clauses*")³⁷ geniş çapta uygulama alanı bulmaktadır. Sigortacılık işlemlerinde ortaya çıkan ihtiyaçların gözetilmesi sonucunda hazırlanan bu kuralların kullanımına deniz yük sigorta poliçelerinde sıklıkla başvurulmaktadır. Ayrıca sigorta sözleşmelerine özgü olarak hukuk seçiminden ziyade, sigorta güvencesinin kapsamını belirleyen terimlerin kullanılması dolayısıyla bu terimlerin ifade ettiği anlam üze-

²⁹ DEMİRKOL, Berk: *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (MÖHUK m. 24), s. 147; GÜNGÖR, Gülin: *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 175; NOMER, Ergin: *Devletler Hususî Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 324; ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif: *Milletlerarası Özel Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 408; ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 329. Şanlı, sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukukun seçilmesi ihtiyacını, sözleşmede yer alan hükümleri tamamlayıcı bir düzenin "yardımı"na bağlamaktadır. Buna göre, taraf iradelerinin bağlayıcılığı bu hukuk düzeninden kaynaklanmaktadır. Bkz. ŞANLI, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 49. Ayrıca bkz. ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 402-403.

³⁰ AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 53.

³¹ Yabancılık unsuru taşıyan sigorta sözleşmelerinin başında gelen bu tür taşımalara ilişkin sözleşmeler sigorta hukuku ile milletlerarası özel hukukun kesişim noktasındadır. Bkz. KARA, *Sigorta*, s. 139.

³² NOMER, *DHH*, s. 325; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 422.

³³ GÜNGÖR, s. 176; NOMER, s. 329; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 423; TEKİNALP / UYANIK, s. 279.

³⁴ ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 331.

³⁵ Bu husus üzerinde aşağıda durulacaktır. Bkz. aşağıda II.D.2. "CIF Satımlarda Sigortalının Deniz Yük Sigortası Sözleşmesinde Yer Alan Hukuk Seçimi ile Bağlı Olup Olmayacağı Sorunu".

³⁶ Marine Insurance Act 1906 (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw7/6/41>, ET: 22.09.2023).

³⁷ İlgili kurallar Londra Uluslararası Sigortacılar Birliği'nin web sitesinden ulaşmak mümkündür (https://www.iaa.co.uk/IUA_Member/Clauses/IUANew/Clauses.aspx?hkey=70969b55-f3ac-458e-b441-621c503951ca, ET: 01.10.2023).

rinde de durulmalıdır³⁸. Aynı durum Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri (PEICL) bakımından da geçerlidir. Zira, PEICL deniz sigortalarında da uygulama alanı bulmaktadır ve 1:102 uyarınca taraflar sözleşmeye PEICL'in uygulanmasını seçebilmektedir³⁹.

Sigorta sözleşmelerine eklenen bu kuralların hukuk seçimi bakımından etkisi doktrinde iki farklı şekilde yorumlanmaktadır. Bir görüşe göre, *lex mercatoria*'nın bir parçası olan bu kurallara yapılan atıf, hukuk seçimi değil içselleştirme (enkorporasyon) olarak kabul edilirken⁴⁰, diğer bir görüş ise "milletlerarası sigorta uygulamasının adet ve teamülleri" arasında nitelendirdiği bu kurallara yapılan atfın "*lex mercatoria*" çerçevesinde hukuk seçimi olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴¹.

Bu noktada, 2015 yılında kabul edilen Lahey Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeleri⁴² de dikkate almak gerekmektedir. Lahey İlkeleri'nin 3. maddesinde, hâkimin hukuku tarafından aksi öngörülmedikçe, taraflarca seçilen hukuk kurallarının milletlerarası, milletler üstü ya da yerel anlamda kabul gören kurallar bütünü olabileceği ifade edilmektedir⁴³. Bir görüşe göre, bu düzenleme, "*belirli bir devlet hukuku dışında, uyumsuzluğun konusuna göre genel kabul gören ticari örf ve adet kurallarına yapılan atfın da hukuk seçimi kapsamında kabul edildiği*" şeklinde yorumlanmaya elverişlidir⁴⁴. Sigorta sözleşmelerinin genel olarak Lahey İlkeleri'nin uygulama alanına girdiği de göz önüne alındığında⁴⁵, bu görüş uyarınca, özellikle deniz yük sigortalarında hukuk seçiminin yapıp yapılmadığının yorumlanmasında tarafların, bir yerel hukuk sisteminden ziyade, menfaat dengesini daha iyi koruduğunu düşündükleri ve uluslararası uygulamada genel kabul gören bu tür kuralları seçmeleri halinde, MÖHUK m. 24/1 çerçevesinde hukuk seçimi yapmış olduklarının kabulüne engel

³⁸ Örneğin, deniz yük sigortalarında "F.P.A." ("*free of particular average*", "özel avarya hariç"), "W.A." ("*with average*", "avaryalı") ya da "*All Risks*" ("tüm rizikolar") gibi terimler ile sigorta güvencesinin kapsamı belirlenmekte idi. Bu terimler Institute Cargo Clauses (ICC) ICC (A), ICC (B), ICC (C) şeklinde revize edilmiştir. Bkz. OTANI, Koichi: "Effect and Scope of Governing Clause in Marine Cargo Policy", *Waseda Business and Economic Studies*, 2007, Sayı 43, s. 3. Ayrıca bkz. ÜNAN, Samim: "INCOTERMS 2020 ve Sigorta", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2020, Sayı 2 (Incoterms), s. 1060 vd. Örneğin CIP satışlarda, satıcı ICC (A) yani bütün rizikoları içeren bir sigorta sözleşmesi akdetmekle yükümlü iken, CIF satışlarda ICC (C) "*named perils*" (sözleşmede belirtilen rizikoları kapsayan dar teminatlı) bir sigorta sözleşmesi yeterli olacaktır. Bkz. ÜNAN, *Incoterms*, s. 1077. ICC (C) kapsamındaki rizikolar için bkz. ÜNAN, *Incoterms*, s. 1078.

³⁹ BASEDOW / BIRDS / CLARKE / COUSY / HEISS, s. 33-34. Bu seçim doktrinde iki şekilde anlaşılmaktadır. Aynen *lex mercatoria*'nın seçiminde olduğu gibi, PEICL'in uygulanmasının kararlaştırılması hukuk seçimi şeklinde kabul edilebileceği gibi, enkorporasyon şeklinde de kabul edilebilmektedir. Bkz. BASEDOW / BIRDS / CLARKE / COUSY / HEISS, s. 34.

⁴⁰ EKŞİ, s. 26-27; GÜNGÖR, s. 175; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 408-409; ŞANLI, s. 63-64; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 328-329. *Nomer de lex mercatoria*'nın seçilmesi halinde hukuk seçiminden bahsedilemeyeceğini belirtmektedir; ancak, tahkim yargılamasındaki durumun farklı olduğunu da dile getirmektedir. Bkz. NOMER, s. 324. Özellikle Roma I Tüzüğü çerçevesinde bkz. KÖK, s. 54-56.

⁴¹ SİRMEN, s. 46, dn. 10. Ayrıca bkz. ALİBABA, Arzu: *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005, s. 113 vd. Yazar, özellikle milletlerarası tahkim uygulamaları yönünden *lex mercatoria*'ya yapılan atfın hukuk seçimi dışında kabulünü taraf iradesini sınırlayan bir yaklaşım olarak nitelendirmektedir. Bununla birlikte, *lex mercatoria*'nın sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilmesinin devlet yargısında kabul görmesinin zor olduğunu da vurgulamaktadır (bkz. s. 121). Esasen, *lex mercatoria*'nın bir parçası olan bu kurallara yapılan atıf deniz yük sigortaları bakımından uygulamadaki yaygınlığı dikkate alındığında- büyük önem arz etmektedir. Halihazırda, doktrindeki ağırlıklı görüş, yalnızca belirli bir devletin hukuk sisteminin seçimini hukuk seçimi olarak kabul ediyor ise de, deniz yük sigortası sözleşmelerinde uyumsuzluk çözüm yöntemi olarak sıklıkla tahkimin tercih edildiği unutulmamalıdır. Hakemler, tahkim yargılamalarında taraf iradesine üstünlük tanımaktadır; bu çerçevede, *lex mercatoria*'nın bir parçası olarak Londra Uluslararası Sigortacılar Birliği şartları gibi kuralların/şartların hukuk seçimi olarak kabul edilmesi ve uyumsuzluğa bu şekilde uygulanması mümkündür.

⁴² Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>, ET: 17.09.2023).

⁴³ Hükümün eleştirisi için bkz. ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 410. Ayrıca bkz. KARACA, Hüseyin Akif: "Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda 'Hukuk Kuralları'nın Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3", (Ed.) ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa: *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 113-137.

⁴⁴ MURTAZ, Gözde: "Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MÖHUK m. 24 ile Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında)", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 3, Sayı 1, s. 171-172. Ayrıca bkz. Lahey İlkeleri m. 3 şerhi: "*Tahkim tüzükleri ve tahkim kuralları genellikle tarafların "hukuk kurallarını" seçmesine izin verir (bkz. 28(1) UNCITRAL Model Kanunu; md. 21(1) ICC Kuralları). Bu belgelerdeki "hukuk kuralları" terimi devlet kaynaklı bir hukuk sistemine ait olmayan kuralları tanımlamak için kullanılır. "Hukuk kurallarını" seçme fırsatı genellikle ulusal mahkemeler önünde dava açan taraflara tanınmamıştır. Madde 3, Madde 2(1)'deki taraf özerkliğinin kapsamını, tarafların, seçilen uyumsuzluk çözüm yöntemine bakılmaksızın, sözleşmelerini yönetmek için yalnızca Devlet hukukunu değil, aynı zamanda "hukuk kurallarını" da belirleyebilmelerini sağlayarak genişletmektedir.*"

⁴⁵ MURTAZ, s. 188.

bir durum bulunmayacaktır. Seçilen kuralların uygulanmasında, MÖHUK m. 5 ve m. 6 uyarınca kamu düzeni müdahalesi ile doğrudan uygulanan kuralların devreye girmesi her zaman mümkündür.

Diğer taraftan, deniz taşımalarında yük sigortalarında uygulama alanı bulan bu tür kuralların hukuk seçimi olarak kabul edilmesi, aşağıda ele alacağımız “hukuk seçiminin sigortalıyı bağlayıp bağlamadığı”nın tespiti bakımından da önem arz etmektedir. Özellikle, poliçede yer alan bu tür genel şartlar, -genel işlem koşulu içinde yer aldığı için bağlayıcı olup olmadığının ötesinde- sigorta sözleşmesinin ifası bakımından uluslararası anlamda genel kabul görmüş kurallar olduğundan, “hukuk seçimi”nin (bu şekilde kabul edilse dahi) tarafı olmayan bir kişiyi bağlayıp bağlamadığına karar vermek sorun yaratmayabilecektir. Zira, sigortalının durumunu zorlaştıran bir hukukun seçilmesi halinde, sigortalıyı bu hukuk ile bağlı kabul etmenin zorluğu, bu tür şartlar bakımından bulunmayacaktır⁴⁶. Bu tür şartların, sigorta türüne bağlı olarak sıklıkla uygulanması, sigortalı tarafından öngörülebilirlik sınırlarının aşılmasını sağlayacaktır. Bu anlamda, deniz yük sigortalarında sigortalının da tacir olması nedeniyle, basiretli bir tacirin kendi faaliyet alanında uygulanan ve uluslararası ticarete genel kabul görmüş kurallar ile bağlı tutulabileceğini söylemek mümkündür.

Bununla birlikte, ifade etmek gerekir ki, anılan şartlara bakıldığında⁴⁷ genel olarak sigorta poliçesinin “İngiliz hukuk ve uygulamasına tabi tutulduğu” da görülmektedir⁴⁸. Dolayısıyla esasen bu şartların hukuk seçimi olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışması daha çok teorik düzeyde kalmaktadır. Zira, tarafların bir çerçeve sözleşmeye ya da ek protokol veya metinlere yaptıkları atıflar ile de hukuk seçimi yapmaları mümkündür⁴⁹ ve bu açık bir hukuk seçimi olarak kabul edilecektir⁵⁰. Bu durumda, çerçeve sözleşme ya da atıf yapılan metin sözleşmenin bir parçası haline gelmektedir. Bu metinlerde yer alan ifadeden hukuk seçimi yapıldığı açıkça anlaşılıyor ise, tarafların aralarındaki ilişkiyi seçilen hukuka tabi kıldıklarını “açık hukuk seçimi” olarak kabul etmek gerekir. Sonuç olarak, poliçeye eklenen şartlar “*lex mercatoria*” olarak değil, anılan şartlar içinde yer alan ve açıkça bir devlet hukukunun uygulanmasına işaret eden hükümler nedeniyle hukuk seçiminin konusunu oluşturacaktır.

Son olarak, hukuk seçimi, taraflarca her zaman yapılabilir (MÖHUK m. 24/3). Şöyle ki, taraflar, yargılama esnasında dahi uyumsuzluğa uygulanmak üzere bir hukuk seçebilirler ya da seçilmiş olan hukuku değiştirebilirler⁵¹. Ancak “*sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.*” Böylece sözleşmenin başından itibaren yetkili olan hukukun yarattığı ve üçüncü kişilerin haklarını ilgilendiren hukuki düzeninin değişmesinin

⁴⁶ Örneğin Türkiye Sigorta Birliği (TSB) web sitesinde, taşıma sigortaları alanında bu tür özel şartlara yer verildiği açıklanmaktadır: “*Nakliyat sigortaları uluslararası nitelikte sigortalardır. Dışalım ya da dışsatım konu yükün sigortasında, satış sözleşmesinin taraflarından biri yabancı olacağından gerek alıcı gerekse satıcının standart ve uluslararası kabul görmüş bir sigorta teminatı üzerinde anlaşmaya varmaları gerekmektedir. Diğer taraftan tekne sigortalarda da aynı zorunluluk teknenin çalışması sırasında muhatap olabileceği yabancı üçüncü şahıslar (gemi, liman yetkilisi vb.) açısından ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de bütün dünyada genel kabul ve kullanım alanı bulmuş olan Londra Sigortacılar Enstitüsü (Institute of London Underwriters) tarafından hazırlanmış yük ve tekne klot takımları nakliyat sigorta poliçesine özel şart olarak eklenip kullanılmaktadır.*” (<https://www.tsb.org.tr/tr/sss>, ET: 03.10.2023). Ayrıca bkz. CONGAR, s. 235-238. Özellikle tekne sigortaları bakımından bu tür şartların kullanımının “vazgeçilmez” olduğu yönünde YEŞİLOVA ARAS, *Genel Şartlar*, s. 457-458. Yazar bu “vazgeçilmezliği” şu şekilde açıklamaktadır: “*zira sigortacı da ancak bu hükümlere tabi olarak söz konusu poliçenin reasüransını temin edebilmektedir. O nedenle, yabancı reasürans şirketi tarafından reasürans sözleşmesinin içeriği yani teminat koşulları, kaçınılmaz olarak sigorta sözleşmesindeki sigorta ettirene “özel şart” adı altında müzakere edilmeksizin sunulmaktadır. Günümüz sigortacılık uygulamasında, reasürans temin edilmedikçe, sigorta teminatı verilmemektedir, yani sigorta şirketi önce kendisini teminat altına almakta sonra teminat vermektedir. Bu sebeple de reasürans sözleşmesi ister istemez içerik olarak sigorta sözleşmesini etkilemektedir.*”

⁴⁷ Londra Uluslararası Sigortacılık Birliği, Enstitü Konteyner Hükümleri, Zaman Toplam Kayıp, Genel Avarya, Kurtarma, Kurtarma Masrafları, Dava ve İşçilik, *International Underwriting Association, Institute Container Clauses - Time Total Loss, General Average, Salvage, Salvage Charges, Sue and Labour*, 01.01.1987, (https://www.iaa.co.uk/IUA_Member/Clauses/eLibrary/Clauses_Search_Title.aspx?SUB=MIC, ET: 03.10.2023).

⁴⁸ Anılan şartlarda şöyle bir hüküm yer almaktadır: “*This insurance is subject to English law and practice*”.

⁴⁹ DEMİRKOL, *MÖHUK m. 24*, s. 180-181; DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 321. Ayrıca bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 21.12.2006, E. 2005/12302, K. 2006/13718 (Legalbank İçtihat Bankası, ET: 10.10.2023).

⁵⁰ Bu şartlarda açık bir hukuk seçimi olmasa dahi, tarafların standart bir sözleşmeye veya genel işlem şartlarına atıf yapması zimni hukuk seçimi olarak kabul edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR GÖKYAYLA, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, s. 340 vd.

⁵¹ NOMER, s. 326; TEKİNALP / UYANIK, s. 280.

yalnızca taraflar bakımından sonuç doğuracağı hüküm altına alınmıştır. Diğer bir ifadeyle, hukuk seçiminin değişmesi veya sözleşmenin kurulmasından sonra hukuk seçimi yapılması halinde, şayet üçüncü kişinin haklarını ilgilendiren bir durum söz konusu olduysa, olumsuz yönde bir değişiklik yaratılmayacaktır.

2. Hukuk Seçimi ve Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Uygulanması

Genel işlem şartları ve borçlar hukuku anlamındaki etkileri, özellikle TBK ve tüketici hukuku mevzuatı çerçevesinde çokça tartışılmış bir konudur. Tüm bu tartışmalara yer vermek çalışma konumuzun aşımaktadır. Ancak özellikle deniz yük sigortası sözleşmelerinin hazırlanması ve akdedilmesinde uygulamada sigorta şirketlerinin genel işlem şartlarını sıkça kullandığı görülmektedir⁵². Deniz yük sigortalarında poliçelerinin ekinde, sigortacı tarafından hazırlanmış “Taşıma Sigortası Kuralları” gibi genel işlem koşullarına yer verilmektedir. Bu nedenle çalışma konumuz özelinde, deniz yük sigortalarına özgü olarak genel işlem şartları içinde yer alan hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı meselesine kısaca değinmek gerekmektedir⁵³.

Türk Borçlar Kanunu m. 20/1 uyarınca, genel işlem şartları “*sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde, sözleşmenin diğer tarafına karşı değiştirmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle önceden ve tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır*”. Bu bakımdan, genel işlem koşulu/şartı tanımında, “sözleşmenin diğer tarafı ile müzakere edilmeme” niteliği ayrı bir önem taşımaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da, bu şartların sözleşmenin bir tarafınca hazırlanıp diğer tarafa dayatılması dışında, üçüncü bir kişi tarafından hazırlanması ve fakat yine sözleşmenin bir tarafınca diğer tarafa sunmak üzere kullanılmasıdır. Bu bakımdan önemli olan, genel işlem şartlarının kim tarafından kullanıldığıdır⁵⁴.

Dürüstlük kuralına aykırı davranış ve ticari uygulamaları düzenleyen TTK m. 55/1-f hükmü uyarınca, “*dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak*” haksız rekabet halleri içinde sayılmıştır. Bu açıdan “*özellikle yanaltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; (1) doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya (2) sözleşmenin niteliğine ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur*”. TTK’da yer alan bu hüküm TTK’ya tabi sözleşmeler bakımından özel hüküm niteliğindedir ve TBK’daki genel işlem şartına ilişkin hüküm karşısında öncelikle uygulama alanı bulacaktır⁵⁵. Buna göre, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanmanın TTK’daki sonucu haksız rekabete yol açmak iken, TBK m. 21 uyarınca, bu tür şartlar “*yazılmamış sayılır*” yaptırımını ile karşılaşmaktadır. TBK m. 21 uyarınca, “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.*” Ayrıca TBK m.

⁵² YEŞİLOVA ARAS, *Genel Şartlar*, s. 447.

⁵³ TBK m. 20-25 çerçevesinde genel işlem koşulları/şartları ile sigortacılık alanında kullanılan ve tüm sigorta şirketleri için aynen uygulanması zorunlu olan sigorta genel şartlarının aynı olmadığını söylemek mümkündür. Bu konudaki tartışmalar ve ayrıntılı incelemeler için bkz. AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 52 vd.; KARA, *Sigorta*, 146 vd.; YEŞİLOVA ARAS, *Genel Şartlar*, s. 455 vd. Anılan sigorta genel şartları yanında, sigorta sözleşmesinin özelliğine uygun şekilde taraflarca müzakere edilerek kabul edilecek “özel şart”lar ya da sigortacıların önceden müzakeresiz hazırlayacakları “özel şartlar” kullanılabilir. İşte bu özel şartlar TBK m. 20 vd. uyarınca genel işlem koşulları denetimine tabi olabilecektir. Bkz. YEŞİLOVA ARAS, *Genel Şartlar*, s. 457. Bu tür genel işlem şartları içinde hukuk seçimine ilişkin bir madde de bulunabilir. Bu noktada şunu da ifade etmek gerekir. SK. m. 11/1 ile sigorta sözleşmelerinin genel şartlara tabi tutulması sözleşmenin ihtiyari ve bireysel olma vasfını ortadan kaldırmaz. bkz. YEŞİLOVA ARAS, *Genel Şartlar*, s. 460.

⁵⁴ DEMİRKOL, Berk: “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2020, Cilt 40, Sayı 2, s. 1319-1320.

⁵⁵ OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 171. Ayrıca bkz. ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 484-485. Ayrıntılı incelemeler için bkz. ERSÖZ, Oğuz: “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulanma Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 3, Sayı 1, s. 88 vd.

25'e göre, "genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz."

Türk Borçlar Kanunu m. 21 uyarınca, şayet genel işlem şartları arasında yer alan bir hüküm sözleşmenin karşı tarafının menfaatine aykırı ise, karşı tarafa genel işlem şartları hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir. Ayrıca, karşı tarafın bu şartların içeriğini öğrenmesi ve bu şartları kabulü sağlanmadığı sürece, ilgili şartlar yazılmamış sayılacaktır⁵⁶. Sözleşmenin niteliğine aykırı ya da işin özelliğine yabancı şartlar ise "şaşırtıcı kurallar" olarak nitelendirilmektedir ve karşı tarafça içeriği öğrenilse ve hatta kabul edilse dahi yazılmamış sayılacaktır⁵⁷.

Bu husus, çalışma konumuz olan hukuk seçimine ilişkin hükmün sözleşmenin karşı tarafı açısından geçerliliğinin değerlendirilmesi bakımından önemlidir. Zira, hukuk seçimi, sigorta ettiren veya sigortalı aleyhine yükümlülük doğuran sözleşme maddelerinde olduğu gibi, bir tarafın menfaatine doğrudan aykırı sonuç yaratması kesin olan bir sözleşme hükmü değildir⁵⁸. Aynı şekilde hukuk seçimi, yabancılaşma unsuru taşıyan ve bu yönüyle kanunlar ihtilafının konusuna giren deniz yük sigortalarının niteliğine aykırı veya işin özelliğine yabancı olarak da nitelendirilemez. Seçilen hukukun sigorta ettirenin/sigortalının durumunu iyileştirme ihtimali de vardır. Ancak bu açıdan sonuç değişmemektedir. Zira, hukuk seçiminin sigorta ettirenin ya da sigortalının menfaatine aykırı sonuç doğurma ihtimali yeterlidir.

Şayet hukuk seçimi, genel işlem şartları arasında yer alıyorsa, hukuk seçiminin karşı tarafın aleyhine sonuç yaratıp yaratmadığından bağımsız olarak, bu konuda karşı tarafın bilgilendirilmiş olması gerekecektir⁵⁹. Bu bilgilendirmenin mahiyeti bakımından doktrinde sadece genel işlem koşullarının varlığını bildirmenin yeterli olduğu, özellikle hukuk seçimine ilişkin hükme ve etkilerine ilişkin bir bilgilendirmenin gerekli olmadığı yönünde görüşler ileri sürülmektedir⁶⁰. Sözleşmede yalnızca genel işlem şartlarına atıf yapılması ve genel işlem şartlarının sözleşmenin tamamlayıcısı olduğunun beyan edilmesi halinde, bu durumun hukuk seçiminin kabulü bakımından taraf iradelerinin bulunduğu dair bir "işaret" olabileceği dile getirilmektedir⁶¹.

⁵⁶ Bu noktada yazılmamış sayılmanın anlamı da tartışmalıdır. Yazılmamış sayılmanın yokluk anlamına geldiğini savunanlar yanında, kesin hükümsüzlük olduğunu dile getirenler de vardır. Bkz. ATAMER, Yeşim: "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m. 6 ve TTK m. 55/f. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak", (Ed.) ŞİT, Başak: *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2012, s. 31; AYDOĞDU, Murat: *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 141-146; EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 221-222; OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami: *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 27. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 206; OĞUZMAN / ÖZ, s. 174.

⁵⁷ OĞUZMAN / ÖZ, s. 175. Bu tür hükümlerin "geçersizliği", karşı tarafın menfaatine aykırı olmalarına bağlıdır.

⁵⁸ Şayet genel işlem koşulu içinde yer alan hüküm sözleşmede yer almasa idi, uygulanacak yedek hukuk kuralları karşı taraf için daha elverişli bir durum yaratacaksa genel işlem koşulu yazılmamış sayılacaktır. Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 174. Bu durumda, hukuk seçiminin geçersiz sayılması halinde uygulanacak hukukun belirlenmesi ve durumun buna göre tespiti gerekecektir. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, MÖHUK m. 24/4 uyarınca hukuk seçiminin yokluğunda uygulanacak hukuk karakteristik edim borçlusuna olan sigortacının işyeri hukukudur. Sigorta sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilmediği sürece sigortacının merkez/şubesinin bulunduğu yer hukuku olacaktır ki, zaten sigortacı tarafından genel işlem koşulları arasında belirlenen hukuk da bu hukuk olacaktır. Dolayısıyla, "karşı tarafın menfaatine aykırılık" şartının gerçekleşmesi deniz yük sigortalı özelinde pek muhtemel değildir.

⁵⁹ NOMER, s. 325. Bununla birlikte, özellikle hukuk seçiminin genel işlem şartlarını kabul eden tarafın menfaatine aykırı düşeceği durumlarda, söz konusu (hukuk seçimini içeren) şartın, kabul eden tarafça bilinmesi ve içeriğinin öğrenilmesi gerektiği, aksi takdirde hukuk seçiminin geçersiz olacağını ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Bkz. DEMİRKOL, *MÖHUK m. 24*, s. 184.

⁶⁰ DEMİRKOL, *Genel İşlem Şartları*, s. 1327.

⁶¹ NOMER, s. 325. Şayet, karşı taraf genel işlem koşullarına karşı susarsa, susma seçtiği kabul edilen hukuk dahilinde değerlendirilecektir. MÖHUK m. 32 uyarınca, "sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabidir". Bununla birlikte MÖHUK m. 32/2, seçilen hukuk haricinde susan tarafın mutad meskeni hukukunun uygulanabileceğini öngörmüştür. Ancak bunun için, sözleşmeye uygulanacak hukukun yarattığı sonuç, susan taraf bakımından hakkaniyete aykırı olmalıdır. Bununla birlikte, susan tarafın mutad meskeni hukukunun uygulanması istisnadır ve dar yorumlanmalıdır. Zira, sözleşmenin kuruluşu ile ilgili bir irade beyanının yorumlanmasında sözleşme statüsünün dışına çıkılmaktadır. Aynı yönde bkz. DEMİR GÖKYAYLA, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, s. 360. MÖHUK m. 32/2 uyarınca, davranışına hüküm tanınan tarafın mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için bu tarafın zayıf taraf olması gerektiği de dile getirilmektedir. Bkz. ERSEN PERÇİN, Güzem: "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında 'Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği'", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2008, Cilt 28, Sayı 1-2, s. 60.

Bu durumda, örneğin sigortacının sigorta poliçesinin ekinde yer alan genel işlem şartlarına yapacağı genel bir göndermenin (referansın) yeterli olacağı, bu gönderme ile sigorta ettirenin hukuk seçimi ile bağlı olacağı sonucu çıkmaktadır. Ayrıca genel işlem şartlarının sözleşmeler hukuku alanındaki faydaları göz önünde bulundurulduğunda⁶², zayıf tarafın korunması amacı gütmeyen ticari sözleşmelerde TBK m. 21 hükmünün uygulanmaması gerektiği söylenebilir⁶³. TBK m. 20-25 hükümlerinin tacirler arasındaki genel işlem şartlarının sonuçlarının değerlendirilmesinde uygulama alanı bulması gerektiği düşünülse dahi içerik denetimi kapsamında dürüstlük kuralına aykırılık bakımından tarafların “basiretli iş adamı” niteliğinin dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır⁶⁴.

Deniz yük sigortalarına özgü olarak eklenebilecek şey, rizikonun büyüklüğü dolayısıyla sigorta ettirenin kanun tarafından korunma ihtiyacının azalması yanında, ticari faaliyet açısından bakıldığında uygulamada benzer genel işlem şartlarının sıklıkla kullanıldığıdır⁶⁵. Özellikle, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere sözleşmeye eklenen ve sigortacılık alanında bilinen uluslararası kuruluşların hazırlamış olduğu klozlarda yer alan hukuk seçimi için bunu söylemek mümkündür. Bu itibarla, genel işlem şartları içinde yer alan hukuk seçiminin sözleşmenin diğer tarafını bağlayıcı olmayacağını söylemek, ancak bu klozlarda yer alan hukuk seçiminin değiştirilmesi (klozların orijinal halinin kullanılmaması) halinde söz konusu olabilir. Zira artık bu noktada, karşı tarafı yanıltıcı bir davranış söz konusu olacaktır. Gerçi, bu şekilde yapılan bir hukuk seçiminin geçersizliği TBK m. 20-25 hükümlerinin uygulanması dışında, TBK m. 27 kapsamında her zaman sorgulanabilecektir.

Bu noktada, sigorta sözleşmelerine özgü hükümler arasında yer alan sigortacının sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünden bahsetmek ve bu yükümlülüğü hukuk seçimine ilişkin kayıtlar bakımından irdelemek yerinde olacaktır. TTK m. 1423/1 uyarınca, sigortacı ve acentesi, “*sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirir*”. Ayrıca “*poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar*”. Ayrıca Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik⁶⁶ (SSBİY) m. 7 uyarınca, “*Sigorta sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında, bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmemiş veya sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmiş*

⁶² Genel işlem şartlarının işlevi hakkında bkz. AYDOĞDU, s. 30 vd.; EREN, s. 215 vd.

⁶³ ANTALYA, s. 484-485. Ayrıca bkz. NOMER, Haluk N.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 84. Ayrıca bkz. ATAMER, Yeşim: “Genel İşlem Koşulu mu, Bireysel Pazarlıkta Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri”, (Ed.) KIRCA, Çiğdem: *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Makaleler, Tebliğler)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 (Değerlendirme Kriterleri), s. 129 vd. Atamer’e göre, “*tarafların denk bir pazarlık iktidarına sahip oldukları kabul edilebiliyorsa*”, söz konusu sözleşme şartları genel işlem koşulundan ziyade bireysel sözleşmedir ve ancak TBK m. 27 uyarınca genel hükümler çerçevesinde değerlendirilir (ATAMER, *Değerlendirme Kriterleri*, s. 104). Bu çerçevede, somut olarak pazarlık edilip edilmediğinden ziyade, tarafların pazarlık edebilecek durumda olduğunun dikkate alınması gerekecektir. Bkz. ATAMER, *Değerlendirme Kriterleri*, s. 134-35. Deniz yük sigortalarında sigorta ettiren ile sigortacının pazarlık edemeyecek durumda olduğuna söylemek oldukça güçtür. Esasen TBK m. 20-25 hükümlerinin tacirlere uygulanıp uygulanamayacağı veya hangi şartlarla uygulanabileceği doktrinde tartışmalıdır. Ayrıntılı inceleme ve doktrinde yer alan görüşler ile ilgili bkz. AYDOĞDU, s. 48 vd. İzmir 5. ATM, T. 29.06.2021, E. 2018/1246, K. 2021/530 sayılı kararında, genel işlem şartının, ticari nitelikte dahi olsa, TBK m. 20-25 denetimine tabi olduğuna hükmetmiştir (Lexpera Hukuk Bilgi Bankası, ET: 10.09.2023).

⁶⁴ ANTALYA, s. 486. Aynı yönde bkz. ERSÖZ, s. 94-95. Gerçekten de genel işlem koşullarının denetim alanını ticari ilişkilere teşmil ederken çok dikkatli olunması gerekmektedir. Zira, TBK m. 23 uyarınca, “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır*”. “Aleyhe yorum ilkesi” şeklinde ifade edilen bu ilkenin ticari ilişkiler bakımından uygulanması pek de hakkaniyetli sonuçlara yol açmayacaktır. Aynı zamanda tüketici işlemi olarak kabul edilen sigorta sözleşmelerinin aksine, büyük rizikolara ilişkin sigorta sözleşmeleri açısından bu sonuç kabul edilemez görülmektedir.

⁶⁵ Atamer belirli bir sektör/branşta sürekli ve herkes tarafından kullanılan genel işlem koşullarının sözleşmenin taraflarınca “bilindiği” konusunda şüphe olmasa da, bu tür şartların her zaman müzakere edildiği sonucuna varılamayacağını ifade etmektedir. Özellikle, düşük meblağlı işlemlerde bu koşulların pazarlık edilmeyeceğini dile getirmektedir. Bkz. ATAMER, *Değerlendirme Kriterleri*, s. 132. Sigortacılık işlemlerinde de durum tam olarak budur. Kanımızca, burada hukuk seçiminin geçerliliği anlamında dikkat edilmesi gereken nokta, sigorta ettirenin söz konusu şartlara, hukuk seçiminin de varlığı dahil olmak üzere, vakıf olmasıdır. Zira sigorta bedeli ne olursa olsun, deniz yük sigortası gibi büyük rizikoları içeren sigortalarda sigorta ettirenin “basiretli tacir olma” zorunluluğu kendisinin kanun önünde korunmasına baskın gelmelidir.

⁶⁶ 14.02.2020 tarihli ve 31039 sayılı Resmî Gazete.

veya Bilgilendirme Metninde yer alan bilgiler gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş ve bu hâllerden herhangi biri sigorta ettirenin kararına etkili olmuş ise sigorta ettiren sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir.”

Sigorta sözleşmelerine özgü olarak “bilgilendirme” yükümlülüğünün sigortacı aleyhine vurgulandığını söylemek mümkündür⁶⁷. TTK m. 1452 /3 uyarınca, TTK m. 1423 hükmü sigorta ettiren/sigortalı/lehtar aleyhine değiştirilemez; aksi halde TTK m. 1423 uygulanacaktır. Ayrıca, TTK m. 1423 hükmünün sigorta sözleşmesi şartları hakkında “müzakere ortamının” yaratılmasına katkı sağladığından bahisle, sigortacı tarafından belirlenen şartların genel işlem koşulu olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir⁶⁸.

Sigorta şartlarına sigortacının çok daha fazla hâkim olduğu düşünüldüğünde, haksız şartlara ilişkin koruma sigortalının tüketici olarak kabul edilmediği büyük rizikolar dâhil tüm sigortalar bakımından geçerli kabul edilebilmektedir. Özellikle bazı ülke hukuklarında haksız genel şartlara ilişkin sigorta ettiren/sigortalı koruması büyük rizikoları kapsayan sigorta sözleşmelerine de uygulanmaktadır⁶⁹. Ancak, PEICL kapsamında büyük rizikolarla ilişkin sigorta sözleşmeleri [(1:103 2(a)) uyarınca yük sigortalı], kural olarak sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün istisnasını oluşturmaktadır⁷⁰. Büyük risk kavramı, nadir durumlar dışında mesleki amaçla hareket eden kişileri ve orta ölçekli işletmeleri kapsamaktadır⁷¹. Bu durumda, deniz yük sigortalarında mesleki bir amaçla hareket eden satıcı-sigorta ettirenler bakımından da büyük riske ilişkin bir sigorta sözleşmesi olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bununla birlikte, TTK’da m. 1423’ün uygulama alanıyla ilgili bu yönde bir sınırlama yapılmadığının altı çizilmelidir.

Sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünün muhatabı asıl olarak sigorta ettiren olmakla birlikte, sigortalı veya lehtarın da sigorta sözleşmesinden doğan hakları kullanacak olmaları dolayısıyla, özellikle sigorta sözleşmesi akdedildikten sonra ortaya çıkan durumlar hakkında bilgilendirilmesi gerekecektir⁷². Bu kapsamda sigortacının sözleşmenin kurulması esnasında da, mümkün olursa aynı anda veya sonrasında -şayet sigortalı belli ise- sigortalıya ulaştırmasının faydalı olacağı belirtilmektedir⁷³.

⁶⁷ Aydınlatma yükümlülüğünün bilgilendirme yükümlülüğüne kıyasen daha kapsamlı olduğu yönünde bkz. ARAL ELDELEKLİOĞLU, s. 389. Aksi yönde bkz. YAZICIOĞLU / ŞEKER ÖĞÜZ, s. 99. Ayrıca bkz. YAZICIOĞLU, Emine: “Sigortacının Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü”, (Ed.) ÜNAN, Samim / YAZICIOĞLU, Emine: *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 391-422. Genel anlamda dürüstlük kuralına uygunluk çerçevesinde kabul edilen bu hüküm, TTK’dan önce 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (14.06.2007 tarihli ve 26552 sayılı Resmî Gazete) m. 11/3’te düzenlenmiştir. Buna göre, “sigorta şirketleri ve sigorta acenteleri tarafından, gerek sözleşmenin kurulması gerekse sözleşmenin devamı sırasında sigorta ettiren, lehtar ve sigortalıya yapılacak bilgilendirmeye ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir.”. Hükmüne uygun olarak SSBİY çıkarılmış ve sigorta sözleşmelerinin kurulması aşamasından itibaren sigortacının bildirim yükümlülüğüne uygulanacak kurallar düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 8. maddesinde bilgilendirme yükümlülüğünün içeriği yer almaktadır. İlgili hüküm uyarınca, bilgilendirme metni “(ç) Sigorta teminatının istisnaları ile her bir sigorta türü için teminat kapsamı dışında olup da, poliçede ayrıca belirtilmesi kaydıyla ek sözleşme ile teminat kapsamına alınabilecek kıymetleri, rizikoları veya sözleşmeye eklenebilecek özel hükümler ve klostlara ilişkin bilgileri, d) Tazminata ilişkin genel bilgiler ile tazminat ödeme kurallarını, e) Şikâyet ve bilgi talepleri ile tahkim üyeliğine ilişkin bilgileri” içermelidir. Bu kapsamda, sigortacının sigorta menfaatinin ilgilendiren tüm maddi ve hukuki bilgiyi sigorta ettirene aktarması gerekmektedir. Bkz. ARAL ELDELEKLİOĞLU, s. 390. Bu çerçevede, sözleşmenin karşı tarafının sözleşmeyi kurma iradesini objektif biçimde etkileyebilecek hususlar aydınlatma yükümlülüğü içinde değerlendirilebilecektir. Uyuşmazlık çıkması halinde hangi yola başvurulacağı yanında bu ihtimalde hangi hukukun uygulanacağı da sigorta ettirenin bilmesi gerekenler arasında sayılmalıdır. Sigorta sözleşmesine uygulanmak üzere açık hukuk seçimi hükümlerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekecektir. Bkz. ÜNAN, *Insurer’s Pre-conditional Duties*, s. 14.

⁶⁸ YEŞİLOVA ARAS, *Genel Şartlar*, s. 462.

⁶⁹ ÜNAN, *Insurer’s Pre-conditional Duties*, s. 9; YETİŞ ŞAMLI, s. 2978. Ayrıca bkz. ERİŞ, Gönen: *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 376 vd.

⁷⁰ ÜNAN, *Insurer’s Pre-conditional Duties*, s. 15.

⁷¹ ÜNAN, *Insurer’s Pre-conditional Duties*, s. 16.

⁷² ÖZDAMAR, s. 273-274. Mülga Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin (28.10.2007 tarihli ve 26684 sayılı Resmî Gazete) m. 6/2 hükmünde “talep hâlinde sigortacı, sigorta ettirene karşı bilgilendirme konusundaki tüm yükümlülüklerini sigortadan faydalananacak kişilere karşı da yerine getirmek zorundadır” şeklinde bir hüküm yer almaktaydı. Ayrıca bkz. ARAL ELDELEKLİOĞLU, s. 393. Doktrinde de asıl muhatabın sigorta ettiren olduğu, talep halinde sigortadan faydalananların (sigortalı) da bilgilendirilmesinin gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. YAZICIOĞLU / ŞEKER ÖĞÜZ, s. 104.

⁷³ ÖZDAMAR, s. 273.

Çalışma konumuz açısından düşünülecek olursa, özellikle CIF satımlarda⁷⁴ yapılan deniz yük sigortası poliçelerinde, sigortalanan menfaatin sahibinin daha sonra belirlenmesine olanak sağlamak amacıyla “emre” (“to order”) kaydı yer almaktadır. Kimin olacağı onun lehine sigorta (TTK m. 1454/3) şeklinde düzenlenen bu sigortaların belirsiz üçüncü kişi yararına sözleşme vasfında oldukları kabul edilmektedir⁷⁵. Zira sigorta sözleşmesi kurulduğu sırada sigorta konusu menfaat belirli olmakla birlikte bu menfaatin sahibi henüz belli olmayabilir veya menfaat sahibi sonradan değişebilir⁷⁶. Bu açıdan bakıldığında, sigortacının hukuk seçimi ile ilgili bildirim yükümlülüğünün sadece sigorta ettirene karşı söz konusu olabileceği, sigortalının sigorta sözleşmesinin akdedildiği sırada belli olmadığı hallerde bu yönde bir bilgilendirme yükümlülüğünün olmayacağı, sigortalının sigorta sözleşmesinin akdedildiği sırada belli olması halinde ise bildirim yükümlülüğünün sigortalıyı da kapsamı gerektiği kabul edilebilecektir.

Genel işlem koşullarına ilişkin TBK m. 21 hükmünün uygulandığı hallerde, genel işlem şartının karşı tarafa bildirilmesi dışında ayrıca, genel işlem şartını kullanan tarafın ilgili şartların karşı tarafça öğrenilmesine olanak sağlaması gerekmektedir. Bu bakımdan, sadece genel işlem şartlarına erişimi mümkün kılmanın yeterli olduğu, karşı tarafın bu şartları ve özellikle hukuk seçimine ilişkin şartı okuyup anlamış olmasına gerek bulunmadığı ifade edilmektedir⁷⁷. Son olarak, karşı tarafın genel işlem şartlarını kabul etmesi gerektiği aranmaktadır ki, bu zorunluluk aslında bu şartları sözleşmenin bir parçası haline getirmektedir. Bu açıdan, hukuk seçiminin yer aldığı genel işlem şartlarının karşı tarafça topluca kabulü yeterli olacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu açıklamalar hukuk seçimi anlaşmasına Türk hukukunun uygulanması halinde geçerlidir. Ancak, hukuk seçimi anlaşmasına Türk hukuku uygulanmasa dahi, TBK’da yer alan genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin, özellikle içerik denetimi bağlamında, kanunlar ihtilafı anlamında MÖHUK m. 5 çerçevesinde kamu düzeni müdahalesine imkân tanınması ihtimali de düşünülebilir⁷⁸. Diğer bir ifadeyle bu ihtimalde, hukuk seçimi anlaşmasına yabancı bir hukuk uygulanmasa dahi, TBK m. 20 vd. hükümler ile korunan menfaatin ihlali halinde, somut olayın şartları dikkate alınarak, genel işlem koşulunun kabulüne ilişkin yabancı hukuk hükmü uygulanmayabilecektir. Ancak, özellikle çalışma konumuz bağlamında, genel işlem koşullarına ilişkin TBK düzenlemesinin her iki tarafı tacir olan uyuşmazlıklarda uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalarını da dikkate alacak olursak, yabancı hukukun uygulanmasına kamu düzeni müdahalesi çerçevesinde engel olmak kanımızca pek mümkün görünmemektedir.

3. Hukuk Seçiminin Sınırları

MÖHUK’ta yer alan kanunlar ihtilafı kuralları ile bulunan yabancı (yetkili) hukukun uygulanması bazı sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Bu sınırlamalar yabancı hukukun uygulanmasına engel teşkil etmektedir. MÖHUK m. 5 uyarınca, “*yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün*

⁷⁴ CIF satımlarla ilgili genel olarak bkz. AĞAOĞLU, Cahit: “INCOTERMS 2020”, *Public Private International Law Bulletin*, 2020, Cilt 40, Sayı 2, s. 1113-1149; ERDEM, Ercüment: *SİF Satışlar, (CIF Sales)*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999; KUYUCU, Ashiyan Sevinç: *INCOTERMS (Uluslararası Ticari Terimler)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 127 vd.; ÜNAN, *Incoterms*, s. 1057 vd.

⁷⁵ KARTAL, Dilşah Buşra: *Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 42. Ayrıca bkz. KARA, *Sigorta*, s. 159.

⁷⁶ ASLAN, Yavuz Can: *Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 87-88; KARA, *Sigorta*, s. 159. Yazar, özellikle malın üzerindeki mülkiyet hakkının ihtilafı olduğu durumlarda bu tür sigortaya başvurulabileceğini ifade etmektedir (KARA, *Sigorta*, s. 160).

⁷⁷ DEMİRKOL, *Genel İşlem Şartları*, s. 1328.

⁷⁸ Yargıtay, 3. HD, T. 18.12.2014, E. 2014/13539, K. 2014/16751: “*Genel İşlem Koşullarının içerik denetimine yönelik olarak, TBK’nun 25. maddesi hükümlerinin de kamu düzenini ilgilendiren hükümler olduğu kabul edilmelidir. Zira, bu kural hâkime doğrudan sözleşme içeriğine/müdahale etme imkânı veren kuraldır.*” (Kazancı İçtihat Bankası, ET: 21.09.2023). Ayrıca bkz. ATAMER, Yeşim: *Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 203 vd. İzmir 5. ATM, T. 29.06.2021, E. 2018/1246, K. 2021/530 sayılı kararında ise, TBK m. 20-25 hükümleri, MÖHUK m. 6 kapsamında doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmiştir. Böylece, somut uyuşmazlıkta yabancı hukuk uygulanmasa dahi, TBK hükümleri kapsamında genel işlem şartına ilişkin denetim her zaman uygulama alanı bulacaktır (Lexpera Hukuk Bilgi Bankası, ET: 10.09.2023).

Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.” Yabancı hukukun ve hatta MÖHUK’ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının bertaraf edilerek Türk hukukunun belirli kurallarının uygulanmasını sağlayan bir diğer hal, uyuşmazlığın Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin olmasıdır. MÖHUK m. 6’da “*yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır*” denilmektedir. Yine, MÖHUK m. 31’de sözleşmesel ilişkilerin hâkimin hukuku ve sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuktan başka bir devletin hukukuyla sıkı ilişkili olması halinde, üçüncü devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına, sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında etki tanınabileceği düzenlenmiştir.

MÖHUK m. 5 anlamında kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için, kısaca belirtmek gerekirse, yabancı hukukun belirli bir hükmünün somut olaya uygulanması halinde ortaya çıkacak sonucun belirlenmesi ve bu sonucun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması, diğer bir ifadeyle katlanılmaz ve tahammül edilemez sonuçların ortaya çıkması gerekmektedir. Kamu düzenine aykırılığın Türk hukukunun emredici kurallarına aykırılık ile aynı anlama gelmediği bugün artık gerek doktrin gerekse Yargıtay kararlarında açıkça ifade olunmaktadır⁷⁹. Zira, Türk hukukunun emredici kurallarının uygulanmasına öncelik verilmesi ve yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzeni müdahalesi ile engellenmesi halinde, MÖHUK ile düzenlenen kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasının mümkün olmayacağı açıktır.

Doğrudan uygulanan kurallar ise kısaca, “*bir ülkenin sosyal, politik ve ekonomik yapılanmasının korunması için uyulması zorunlu olan, bu anlamda devletin üstün menfaatlerini savunan ve yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf ederek uyuşmazlığa doğrudan uygulanma alanı bulan kurallar*” olarak ifade edilmektedir⁸⁰. Doğrudan uygulanan kural kavramının yorumunda da, tıpkı kamu düzeni müdahalesinde olduğu gibi, kanunlar ihtilafı kuralları ile kurulmak istenen dengeyi bozacak şekilde geniş yorumdan kaçınılması gerekmektedir. Zira, Türk hukukunun bir kuralının doğrudan uygulanan kural olarak kabulünün sonucu, uyuşmazlığa uygulanması gereken hukukun belirli bir hükmünün bertaraf edilmesidir.

Türk Ticaret Kanunu m. 1452, m. 1486 ve m. 1520’nin madde başlığı “*koruyucu hükümlerdir*”. TTK m. 1452/1’de yer verilen hükümlere aykırı kurulan sigorta sözleşmeleri tümüyle geçersizdir. TTK m. 1452/2’de sayılan maddelere aykırı düzenleme yapılması hâlinde söz konusu sözleşme hükmü geçersiz olacaktır. TTK m. 1452/3’te sayılan ve nispi emredici olarak vasıflandırılabilir hükümlere aykırılık hâlinde ise değişiklik sigorta ettiren, sigortalı ya da lehtarın aleyhine ise söz konusu sözleşme hükümleri geçersizdir ve yerine TTK’nın ilgili hükümleri uygulanır. TTK m. 1401 ilâ 1520’de yer verilen 120 maddenin yaklaşık dörtte üçü emredici niteliktedir ve emredici hükümlerin çoğunluğu m. 1452/3, 1486/3 ve 1520/3’te yer almaktadır⁸¹. TTK’da yer alan emredici kurallar dışında, denetim kanunu olan 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nda (SK) yer alan hükümlerin de dikkate alınması gerekmektedir⁸².

⁷⁹ Kamu düzeni kavramı ile ilgili bkz. Yargıtay, İBK, T. 10.02.2012, E. 2010/1 K. 2012/1 sayılı kararı (20.09.2012 tarihli ve 28417 sayılı Resmî Gazete). Kamu düzeni kavramı doktrinde birçok eserde açıklanmaktadır. Bkz. AKINCI, 19 vd.; ÇELİKEL / ERDEM, s. 140 vd.; GÜNGÖR, s. 102 vd.; NOMER, s. 161 vd.; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 119 vd.; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 82 vd. Ayrıca bkz. DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 23 vd.

⁸⁰ Doğrudan uygulanan kuralların geniş tanımı ve kamu düzeni müdahalesinden farkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCA-SAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 8 vd. Ayrıca bkz. AKINCI, s. 23-24; ÇELİKEL / ERDEM, s. 155 vd.; DEMİRKOL, *MÖHUK m. 24*, s. 15 vd.; GÜNGÖR, s. 56 vd.; NOMER, s. 184 vd.; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 131 vd.; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 8 vd.; TEKİNALP / UYANIK, s. 47-48.

⁸¹ ÜNAN, *Şerh*, s. 114; YEŞİLOVA ARAS, *Genel Şartlar*, s. 451-452.

⁸² SK’da yer alan sözleşme hukukuna ait hükümlerin TTK’nın ortaya koyduğu hiyerarşi kapsamında dikkate alınamayacağı yönünde bkz. YEŞİLOVA ARAS, *Genel Şartlar*, s. 452-453.

Zayıf tarafın korunması gereken; iş, tüketici, sigorta veya kira akitlerinin belirli konularının Türk hukukunda yer alan ve doğası gereği belirli bir sosyal veya ekonomik menfaati üstün tutan kurallara tabi olduğu bir gerçektir. Ancak, Türk hukukunda yer alan ve söz konusu akitlere uygulanan hükümlerin tümünün ya da birçoğunun doğrudan uygulanan kural olarak kabulü mümkün değildir. Aksi takdirde, doğrudan uygulanan kural kavramı çok geniş yorumlanarak kanunlar ihtilafı hukukunun temeli zayıflatılmış olacaktır⁸³. Ayrıca, doğrudan uygulanan kuralların, kamu düzeni müdahalesinde olduğu gibi, yabancı bir hukukun somut olaya uygulanan hükmünün ortaya çıkardığı somut sonuç üzerinden herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın devreye girdiği ve uyuşmazlığa doğrudan uygulandığı da unutulmamalıdır. Bu nedenle, doğrudan uygulanan kurallar tespit edilirken, kuralın amacı ve hizmet ettiği menfaat üzerinde hassas bir değerlendirilme yapılmalıdır.

Sigorta hukukunda kabul edilen doğrudan uygulanan kurallara (müdahaleci norm) genellikle SK'da düzenlenen hükümler örnek gösterilmektedir⁸⁴. Özellikle, sigorta şirketlerinin denetimi, zorunlu sigorta düzenlemeleri, sigorta piyasasına müdahale ve rekabet kurallarının uygulanması alanlarında bazı hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliği kabul görmektedir⁸⁵. Türkiye'de faaliyette bulunan sigorta şirketlerinin denetimi Türk hukukuna tabidir⁸⁶. Sigorta şirketlerinin denetimi ile sigortacılık sektörünün tabi olduğu esaslar ve özellikle piyasanın düzgün işleyişinin sağlanması alanında doğrudan uygulanan kurallara rastlamak mümkün ise de, sigorta sözleşmelerine uygulanacak hükümlere ilişkin aynı şeyi söylemek mümkün değildir⁸⁷. TTK'da yer alan ve sigorta ettiren/sigortalı/lehtarını koruyan hükümlerin, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmeleri gerektiği yönünde doktrinde geniş bir mutabakat bulunmamaktadır⁸⁸.

Öte yandan, ülke mevzuatlarının birçoğunda zayıf taraf olarak nitelendirilen sigorta ettiren ve sigortalıyı koruyan sigorta hukukuna ilişkin emredici normlara yer verilmektedir. Ancak TTK m. 1452/3 anlamında bir hükmün emredici olması, o hükmün MÖHUK m. 6 gereği doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesine sebebiyet vermemelidir. Aksi takdirde sigorta ettirenin/sigortalının/lehtarın Türkiye'de yerleşik olması halinde, yabancılık unsuru içeren tüm uyuşmazlıkların dolaylı da olsa çok sayıda emredici hüküm içeren TTK'nın 6. Kitabına tâbi olduğu sonucuna varılacaktır ki, bu sonuç

⁸³ Türk hukukunda yer alan ve yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklar bakımından emredici hüküm niteliğinde olan bazı düzenlemelerin, kanunlar ihtilafı hukukunda doğrudan uygulanan kural niteliği tartışmalıdır. Bir örnek olarak TTK m. 122 ile düzenlenen acentenin denkleştirme talebi gösterilebilir. Denkleştirme talebinin de doğrudan uygulanan kural olarak kabulü gerektiği yönünde görüşler bulunmakla birlikte, aksi de savunulmaktadır. Bkz. SARIOZ BÜYÜKALP, A. İpek: "Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Sayı 2, s. 523 vd.

⁸⁴ Sigorta mevzuatına ilişkin doğrudan uygulanan kurallar hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 163-164.

Sigorta şirketlerine ilişkin tasfiye, birleşme, devir, portföy devri ve iflası düzenleyen SK m. 10/1 ile "iyiniyet" başlıklı m. 32/1 ve 32/5'in doğrudan uygulanan kurallar arasında yer aldığına ilişkin bkz. KARA, *Sigorta*, s. 141; SİRMEN, s. 58-59. *Sirmen*, rekabetin korunması, adil ve istikrarlı bir piyasa oluşturulması, sigorta ettiren/sigortalı tüketicinin korunması, milli ekonominin korunmasına yönelik düzenlemelerin doğrudan uygulanan kurallar çerçevesinde kabul edildiğini dile getirmektedir. Bkz. SİRMEN, s. 56 vd. Ayrıca bkz. AMASYA, s. 1170; EKŞİ, s. 40 vd.; ATAMER, Kerim: "Yargıtay Kararları Işığında Deniz Ticareti ve Deniz Sigortası Hukukunda Güncel Sorunlar ve Gelişmeler", (Ed.) ŞİT İMAMOĞLU, Başak: *XXIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2009, s. 254-255. Bu noktada, yukarıda yer verdiğimiz SK m. 11/1'de hüküm altına alınan "sigorta genel şartları"na ilişkin düzenlemeye de değinmek gerekir. *Eksi*, özellikle SK m. 11/1'de yer alan genel şartların Türkiye'de düzenlenen poliçenin ekine tercüme ettirilerek konulması ve bu konuda sigorta ettirene bilgi verilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bkz. ATAMER, *Güncel Sorunlar*, s. 268.

⁸⁵ AMASYA, s. 1170; KÖK, s. 149.

⁸⁶ EKŞİ, s. 43.

⁸⁷ Sigorta hukukunda, sözleşme statüsü ile "denetleme statüsü"nin ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönünde KÖK, s. 149.

⁸⁸ Örneğin, sorumluluk sigortalı bahsinde TTK m. 1478, zarar görene sigortacıya doğrudan başvurma hakkı tanımaktadır. MÖHUK m. 34/4 uyarınca, "Haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk inkân veriyorsa, zarar gören, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı iletirilebilir." Görüldüğü üzere, haksız fiile dayanan taleplerde, zarar görenin sigortacıya doğrudan başvuru hakkının var olup olmadığı konusunda söz sahibi olan hukuk, MÖHUK m. 34/1-2-3-5 uyarınca bulunan hukuk ya da sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuktur, ki bu iki hukukun da yabancı hukuklar olması mümkündür. Kanun koyucunun doğrudan dava hakkının varlığı bakımından Türk hukukunu yetkilendirmediği görülmektedir. Kanımızca, anılan hüküm, TTK m. 1478'de düzenlenen doğrudan dava hakkının MÖHUK m. 6 anlamında doğrudan uygulanan kural olarak kabulünü güçleştirmektedir. Zarar görenin doğrudan dava hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YEŞİLOVA ARAS, Ecehan: *Sorumluluk Sigortalılarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013 (Doğrudan Dava), s. 28 vd.

gerek kanunlar ihtilafı mantığı gerekse milletlerarası ticaretin gerekleri bakımından yerinde olmayacaktır. TTK'nın sigorta hukukuna ilişkin doğrudan uygulanabilir kurallarının olsa olsa, TTK m. 1452/1 anlamında mutlak emredici olarak öngörülen ve aksine düzenlemenin sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet verdiği hükümler olabileceği kanaatindeyiz.

Ayrıca, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, büyük rizikolara ilişkin bir ayırım yapılmaması, TTK'da yer alan kuralların gerek doğrudan uygulanan kural niteliği gerekse kamu düzeni müdahalesi ile korunması bakımından doğru değildir. Diğer taraftan, somut uyuşmazlığın konusunu oluşturan sigorta sözleşmesinin, zayıf taraf olarak sigortalının korunmasını gerektiren bir sözleşme türü olması halinde, yabancı hukukun uygulanmasında hassas davranılması gerektiği bir gerçektir. TTK'da yer alan ve sigorta ettiren/sigortalı/lehtarını koruyan tüm hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilemeyeceği gerçeği bir tarafa, ilgili yabancı hukuk hükümlerinin uygulanması sonucunda ortaya çıkacak sonucun mutlaka kamu düzeni müdahalesi süzgecinden geçirilmesi gerekecektir. Ancak bunun için, öncelikle yetkili (tarafların seçtiği) hukukun somut uyuşmazlığa uygulanacak hükümlerinin belirlenmesi ve bu hükümlerin uygulanması sonucunda sigorta ettiren/sigortalı/lehtarını Türk kamu düzenini bozacak ölçüde güç duruma düşürecek bir durumun ortaya çıkıp çıkmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu incelemede, söz konusu yabancı hukuk kurallarının bütünüünün uygulanması neticesinde ortaya çıkacak somut sonuca bakılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, yabancı hukukun bir hükmünün sigorta ettiren/sigortalı/lehtarının durumunu ağırlaştırırken, başka bir hükmünün ortaya çıkan aleyhe sonucu ortadan kaldırması halinde MÖHUK m. 5 kapsamında kamu düzenine aykırılıktan bahsedilemeyecektir.

C. Deniz Yük Sigortası Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Yapılmaması Halinde Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Açık veya örtülü bir hukuk seçimi yapılmadığı ihtimalde, MÖHUK m. 24/4 uyarınca, objektif bağlama kuralı devreye girecek ve “sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk” uygulama alanı bulacaktır. Bu hukukun tayini, kanun koyucu tarafından bir karineye bağlanmıştır. Karinenin uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk somut olayın şartları dahilinde tespit edilmeye çalışılacaktır; somut olay çerçevesinde karinenin uygulanması sonucunda tespit edilen hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde kaçış (istisna) hükmü uygulanacaktır⁸⁹. Zira, MÖHUK m. 24/4'ün son cümlesi uyarınca, “*halin bütün şartlarına göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde, sözleşme bu hukuka tabi olur*”.

Anılan karineye göre, deniz yük sigortalarına uygulanacak hukuk, hükümde yer aldığı üzere, karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukudur. Zira, deniz yük sigortası sözleşmelerinin her iki tarafın ticari faaliyeti kapsamında akdedildiği konusunda şüphe bulunmamaktadır⁹⁰. Deniz yük sigortalarında karakteristik edim borçlusunun gerek sözleşmeye rengini veren edim yükümlüsü olması sebebiyle, gerekse sözleşmenin ifası kapsamında aldığı risk dolayısıyla sigortalı olacağı açıktır⁹¹. Bu itibarla, hukuk seçimi yapılamayan deniz yük sigortalarında uygulanacak hukuk sigortalının işyeri hukukudur⁹².

⁸⁹ GÜNGÖR, s. 180-181; NOMER, s. 333-334 ve 340; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 433-434; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 347.

⁹⁰ Sigorta sözleşmesinin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumlarda uygulanacak hukuk MÖHUK m. 26 çerçevesinde belirlenmektedir. Bkz. NOMER, s. 336-337. Benzer yönde bkz. UYAROĞLU, s. 229-230 ve 232. Aksi görüşte bkz. EKŞİ, s. 18. Ayrıca sigorta sözleşmesinde, sigorta türüne göre, sigortalının zayıf taraf olarak nitelendirildiği durumlarda, yapılacak hukuk seçiminin sigortalının denetlenmesi ile yükümlü devlet (merkez veya şubenin bulunduğu yer) hukukunun emredici hükümleri ile kısıtlanması gerektiği hakkında bkz. TEKİNALP / UYANIK, s. 317.

⁹¹ AMASYA, s. 1163; KARA, *Sigorta*, s. 140-141; KAROL İŞIKLAR, Güneş: “Sorumluluk Sigortalarında Zarar Gören Tarafından Doğrudan Sigortalıya Açılan Davalarda Uygulanacak Hukuk”, (Ed.) ÖZEL, Sibel / PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin: *Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 332-333; NOMER, *DHH*, s. 336; SİRMEN, s. 50-51; TEKİNALP / UYANIK, s. 316; UYAROĞLU, s. 236.

⁹² Roma I Tüzüğü m. 7/2 uyarınca bu hukuk sigortalının mutad meskeni hukukudur. Ayrıca bkz. KÖK, s. 66-67.

İş yeri, sözleşmelere uygulanacak hukuk kapsamında farklı şekillerde tanımlanmakla birlikte genel olarak “*tarafardan birinin işi ile ilgili ekonomik faaliyetinin sürdürülmesi için sahip olduğu, geçici olmayan yerleşim birimi*” şeklinde tarif edilmektedir⁹³. Bu kapsamda, en geniş yorum ile, “ticari veya sınai bir faaliyetin yürütülmesinde kullanılan fabrika, depo, satış ofisi, merkez, şube bütün birimler”⁹⁴ iş yeri kapsamında ele alınmaktadır. Sigortacının iş yerinin belirlenmesinde şirket merkezinin esas alınması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁵. Bununla birlikte, sigorta sözleşmesinin sigortacının şubesi ile akdedildiği hallerde, şubenin bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁹⁶. Gerçekten de, sigortacının birden fazla iş yerinin bulunduğu durumlarda -sigortacının farklı ülkelerde şubesinin bulunması halinde, şube de iş yeri kapsamında kabul edilecektir-, sigorta sözleşmesinin akdedilmesine aracılık eden şubenin sözleşme ile en sıkı ilişkili iş yeri olduğu kabul edilebilecektir⁹⁷. En sıkı ilişkili hukukun sigortacının iş yeri hukuku olduğu belirlendikten sonra, somut olayın ve uyumsuzluk konusunun özellikleri dikkate alındığında sözleşme ile daha sıkı ilişki kuran bir hukukun tespiti halinde bu hukuk uygulanabilecektir⁹⁸.

Objektif bağlama kuralının uygulanması neticesinde sigorta sözleşmesi ile en sıkı ilişkili hukuk olarak tespit edilen sigortacının iş yeri hukukundan daha sıkı ilişki kurabilecek hukukun rizikonun gerçekleştiği yer hukuku olabileceği ifade olunmaktadır⁹⁹. Bununla birlikte, bu fikrin sorumluluk sigortaları dışında kalan sigorta sözleşmeleri bakımından geçerli olabileceği, zira sorumluluk sigortalarında rizikonun gerçekleşme yerinin sözleşme şartlarına göre değişeceği belirtilmektedir¹⁰⁰. Dolayısıyla, somut olayın özellikleri dikkate alınmaksızın, rizikonun gerçekleştiği yer hukukun sözleşme ile sigortacının işyerinin bulunduğu yerden daha sıkı ilişki kurduğunun kabulü mümkün görülmemektedir¹⁰¹. Bunun yerine, tarafların yerleşim yeri, sigorta sözleşmesinin yapıldığı yer ve ifa yeri, tazminatın ödeneceği para birimi gibi unsurlar dikkate alınarak bir sonuca varılması gerektiği dile getirilmektedir¹⁰².

II. DENİZ YÜK SİGORTASI SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN HUKUK SEÇİMİNİN SİGORTALI AÇISINDAN BAĞLAYICILIĞI

A. Deniz Yük Sigortalarında Sigortalanan Menfaat Bakımından Tarafların Belirlenmesi: “Sigorta Ettiren” ve “Sigortalı” Kavramları

Sigorta sözleşmesinin tarafı olarak sigorta sözleşmesini akdeden ve bu anlamda sigorta sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçlara sahip olan kişiye “*sigorta ettiren*” denilmektedir¹⁰³. Sigorta ettiren, kendine ya da üçüncü bir kişiye ait bir menfaatin teminat altına alınmasını sağlayan kişidir¹⁰⁴.

⁹³ İş yeri tanımı ile ilgili olarak bkz. DEMİR GÖKYAYLA, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, s. 393-395; DEMİRKOL, *MÖHUK m. 24*, s. 314-315.

⁹⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2010, Cilt 20, Sayı 1-2, s. 58.

⁹⁵ KÖK, s. 140; NÖMER, s. 336; TEKİNALP / UYANIK, s. 316; UYAROĞLU, s. 236.

⁹⁶ KÖK, s. 141; SİRMEN, s. 51, dñn. 27; TEKİNALP / UYANIK, s. 316; UYAROĞLU, s. 236.

⁹⁷ Yabancı sigorta şirketlerinin Türkiye’de faaliyet göstermesine ilişkin usul ve esaslar 5684 sayılı SK m. 3 gereği Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir. Bu yetki daha önceden Bakanlar Kurulu’na ait idi. Bu konuda yayımlanan Bakanlar Kurulu kararında yabancı sigorta şirketlerinin Türkiye’de şube açmak yoluyla faaliyet gösterecekleri belirlenmiştir. Bu bakımdan sigortacının Türkiye’de bir şubesi yok ise uygulanacak hukuk sigortacının merkezinin bulunduğu yer hukuku olacaktır.

⁹⁸ Ancak bu noktada, istisna hükmüne başvurabilmek için “daha sıkı ilişkinin” somut bir biçimde ortaya konması gerekmektedir; aksi halde istisna hükmüne başvuru “en sıkı ilişkili hukuk karinesi”nin etkisizleştirilmesine yol açacaktır. Bkz. GÜNGÖR, s. 181-182; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 436.

⁹⁹ SİRMEN, s. 52.

¹⁰⁰ KAROL IŞIKLAR, s. 333, dñn. 236.

¹⁰¹ EKŞİ, s. 30.

¹⁰² EKŞİ, s. 30. Ayrıca bkz. KÖK, s. 141.

¹⁰³ GÜNAY, Barış: *Sigorta Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 69; KARA, *Sigorta*, s. 50; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 132; ÖZDAMAR, s. 70; ÖZDAMAR, Mehmet / DOĞAN, Burak: *Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 51; ULAŞ, s. 40; YAZICIOĞLU / ŞEKER ÖĞÜZ, s. 83. *Kender*, TTK m. 1453/1’den hareketle sigorta ettireni “rizikonun gerçekleşmesi ile menfaati ihlal olan ve bunun sonucunda zarar görecektir şahıs” şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. KENDER, s. 247.

Doktrinde mal ve sorumluluk sigortalarını kapsayan zarar sigortaları bakımından sigortalının tanımını, “başkası hesabına sigorta ya da kimin olacağı onun hesabına sigorta şeklinde menfaati sigortalanan ve sigortadan faydalanacak olan şahıs” şeklinde verilmektedir¹⁰⁵. Sigortacı ve sigorta ettiren, sigorta sözleşmesinin tarafları iken, sigortalı sözleşmenin “ilgilisi” konumundadır.

Üçüncü kişinin menfaatinin sigortalı olması halinde, TTK m. 1454’te düzenlendiği üzere, üçüncü kişi lehine sözleşme söz konusu olacaktır; bu durumda sigorta sözleşmesinden doğan haklar ilgili üçüncü kişiye aittir¹⁰⁶. Bu tür sigorta sözleşmelerinden doğan borç ve yükümlülükler sigorta ettirene, haklar ise -ki bu noktada, sigorta sözleşmesinden doğan tüm hakların değil, sigorta tazminatının talebine ilişkin hakların ifade edilmek istendiğini hatırlatmak isteriz-, sözleşme sigorta ettiren tarafından akdedilse dahi, sigortalıya ait olacaktır¹⁰⁷. Zira, rizikodan olumsuz etkilenen ve zarara uğrayacak olan kişi, hesabına sigorta yapılmış olan sigortalıdır¹⁰⁸. Netice itibarıyla, yük sigortalarının da içinde bulunduğu zarar sigortalarında -ki tüm zarar sigortalarında durum böyledir-, sigorta tazminatının ödeneceği kişi menfaati sigortalanan kişi olacaktır.

Diğer taraftan, sigorta sözleşmesinde belirli bir kişinin adının yazılı olması halinde, bu kişi sigortalı olabileceği gibi, sözleşmenin “kimin olacağı onun hesabına sigorta” şeklinde akdedilmesi halinde, sigortalı, hesabına sigorta yapılan kişi olacaktır. Bu noktada, deniz yük sigortalarının temelini oluşturan satım sözleşmelerinin önemli bir bölümünü CIF satımların oluşturduğu; bu tür satımlarda, satıcının yaptırmakla yükümlü olduğu yük sigortasını ya alıcının adını belirtmek suretiyle “başkası lehine sigorta” ya da “kimin olacağı onun lehine sigorta” (“to order”) şeklinde yaptırmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁹. Örneğin CIF satımlarda, şayet deniz taşımasının öncesinde, yükün gemiye nakli başka yollarla (örneğin kara taşımacılığı) yapılacaksa, yük gemiye yükleninceye kadar sigortalı olabilir menfaat sahibi alıcı değil, satıcı olabilecektir.

B. Deniz Yük Sigortalarında Sigortalı Olabilir Menfaat Sahibi

Bilindiği üzere, TTK zarar sigortalarını “mal sigortaları” ve “sorumluluk sigortaları” başlıkları altında düzenlemektedir. Yük sigortaları da, taşınan mal üzerindeki mülkiyet hakkının tanıdığı sigortalı olabilir menfaati kapsayan ve bu menfaati güvence altına alan bir sigorta çeşididir. Bu nedenle, taşıma sigortalarında menfaatin kime ait olduğunu, belirlemekte fayda vardır.

Doktrinde belirtildiği üzere, zarar sigortalarında menfaat kavramı üzerindeki tartışmalar, sigorta sözleşmelerinin konusunun sigortalanan eşya olmadığı, “eşya üzerindeki menfaat olduğu” yönündeki baskın görüşün kabul edilmesi ile sonlanmıştır¹¹⁰. Aynî menfaat yerine ekonomik menfaat ön planda

¹⁰⁴ Sigorta ettiren kendine ait bir menfaat için sözleşme akdetmiş ise, “kendi hesabına sigorta” -ki bu durumda sigorta ettiren aynı zamanda sigortalı olacaktır- başkasına ait bir menfaat için sözleşme akdetmiş ise, “başkası lehine sigorta”dan bahsedilecektir. Bkz. AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 142; GÜNAY, s. 69-70; KENDER, s. 249; ÖZDAMAR / DOĞAN, s. 51-52; YAZICIOĞLU / ŞEKER ÖĞÜZ, s. 83-84.

¹⁰⁵ GÜNAY, s. 69; KARA, Etem: *Sigortalı Olabilir Menfaat İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 103; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 132; KENDER, s. 252; YAZICIOĞLU / ŞEKER ÖĞÜZ, s. 86.

¹⁰⁶ Bu konuda bkz. aşağıda I.C. “Deniz Yük Sigortalarının Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Niteliği”.

¹⁰⁷ YAZICIOĞLU / ŞEKER ÖĞÜZ, s. 86; ULAŞ, s. 41.

¹⁰⁸ ÜNAN, *Şerh*, s. 25. Sigortalı kavramı zarar sigortalarında menfaati sigortalanan ve sigorta tazminatını sigortacıdan talep edecek kişiyi anlatırken, kural olarak can sigortalarını da içeren meblağ sigortalarında ise sigortalı, riskin üzerinde gerçekleşeceği kişiyi anlatır. Meblağ sigortalarında sigortacıdan sigorta bedelini talebe yetkili kişi ise lehtardır. Bkz. GÜNAY, s. 72-73; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 136 ve 144-145; KENDER, s. 252 ve 262-263; YAZICIOĞLU / ŞEKER ÖĞÜZ, s. 84-85.

¹⁰⁹ GÜRSES, Özlem: “CIF Satışlarda Sigortalı Olabilir Menfaatin Ait Olacağı Kişi Sorununa İlişkin Bir Değerlendirme”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2006, Cilt 64, Sayı 1, s. 304. Ayrıca bkz. ÜNAN, Samim: “ŞİF (CIF) Olarak Satılan Mallar İçin Yapılan Yük Sigortasında Sigortalı Olabilir Menfaat”, *Sigorta Hukuku Dergisi*, 1997, Sayı 1 (Sigortalı Olabilir Menfaat), s. 25. Genel olarak sigorta sözleşmesinin satıcı tarafından yapılmasını öngören satımlarda kimin olacağı onun lehine sigorta yapılmaktadır. KARA, *Sigorta*, s. 163.

¹¹⁰ SOPACI ÖZTUNA, Birgül: “Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi”, (Ed.) ÜNAN, Samim / YAZICIOĞLU, Emine: *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 108; ULAŞ, s. 42-43; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 146-147 ve 257. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. KARA, *Menfaat*, s. 75 vd. Sigorta hukukunda menfaat kavramı ve çeşitleri hakkında farklı ayırım ve nitelendirmeler yapılmaktadır. Günümüzde hâkim görüş sigorta hukuku alanında menfaatin “sübjektif nitelikli” olduğu yönündedir. Buna göre, sigorta sözleşmesinin kuruluşu sırasında sigorta konusu eşya ile belirli bir kişi arasında “menfaat ilişkisi” kurulması yeterlidir. Konu ile ilgili bkz. ÜNAN, *Sigortalı Olabilir Menfaat*, s. 17 vd. Ayrıca bkz. ÜNAN, *Şerh*, s. 37.

tutan bu görüşe göre, zarar sigortaları kapsamında bir eşyanın ya da malın sigorta ile teminat altına alınması sonucunda, o eşya ya da mal üzerinde sigorta ettirenin ya da sigortalının mevcut bir menfaati güvence altına alınmış olacaktır. Bu çerçevede, “sigorta sözleşmesinde öngörülen rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle kim zarara uğrayacaksa, onun sigortalanabilir bir menfaate sahip olduğu” kabul edilmektedir¹¹¹.

Ülkeler arası satım sözleşmelerinde, satın alınan malın deniz yoluyla taşınması ve bu taşıma işlemi sırasında gerçekleşebilecek muhtemel zararlara, diğer bir ifadeyle denizcilik rizikolarına karşı taşınan malın/yükün sigorta ettirilmesi halinde mal sigortalının özel bir türü olan deniz yük sigortası konusu olacaktır. Deniz yük sigortaları bakımından sigorta menfaati mal üzerindeki ekonomik yararın (para ile ölçülebilir, meşru ve gerçek) sahibine ait olacaktır¹¹². Bu itibarla, deniz yük sigortalarında menfaat, “gerçekleşmesi ihtimalinde taşıma rizikosuna katlanmakla yükümlü olan kişiye aittir”¹¹³. Uluslararası deniz taşımalarında, yük sigortası ile menfaati güvence altına alınan bu kişi, yükün maliki olabileceği gibi, taşıma rizikosuna katlanma yükümlülüğü -diğer bir ifadeyle hasar- alıcıya geçmiş ise, alıcı henüz yükün maliki olmasa dahi, sigortalanabilir çıkara sahip sayılacaktır¹¹⁴.

Deniz aşırı satımlarda en sık başvurulmuş satım türü olan CIF satımlarda da durum böyledir. Zira CIF satımlarda, malın taşıma sırasında zarar görmesinin ekonomik riski alıcı üzerindedir; bu itibarla satıcının taşıma sigortası yaptırmakta herhangi bir menfaati de bulunmamaktadır¹¹⁵. Ancak, her ne kadar, malın gemiye yüklenmesi esnasında hasar alıcıya geçse de, malın alıcıya hasarsız ulaşmasında satıcının da menfaatinin olacağı şüphesizdir¹¹⁶. CIF satımlarda, satım sözleşmesi gereği, satıcı sigorta sözleşmesini alıcı lehine akdetmektedir. INCOTERMS CIP/CIF A. 5/1 cümle 2 uyarınca, satıcının sigorta yaptırma borcu, alıcıya veya mal üzerinde ekonomik çıkar sahibi başka bir kişiye¹¹⁷, sigortacıdan doğrudan talepte bulunma hakkını da zorunlu olarak içermelidir¹¹⁸. Deniz yük sigortalarında sıklıkla görülen bu durum TTK m. 1454’te düzenlenmektedir. Aşağıdaki başlıkta ele alacağımız üzere, bu durumda “başkası (menfaat sahibi) lehine sigorta” söz konusudur.

C. Deniz Yük Sigortalarının Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Niteliği

TTK m. 1454/1 hükmünde, sigorta ettirenin başka bir kimsenin maruz kalacağı rizikoya karşı korunmasını sağlamak üzere, üçüncü kişi lehine sigorta sözleşmesi akdedebileceği düzenlenmektedir.

¹¹¹ SOPACI ÖZTUNA, s. 109. Ayrıca bkz. AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 259; KARA, *Menfaat*, s. 91 vd.

¹¹² Deniz yük sigortalarında mallar üzerindeki menfaatin, eşya hukuku anlamında (şekli) mülkiyete sahip olan kişiye değil, “ekonomik mülkiyete” sahip olan kişiye ait olduğu görüşü için bkz. ÜNAN, *Sigortalanabilir Menfaat*, s. 22. Ayrıca bkz. AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 258; KARA, *Menfaat*, s. 167 vd.

¹¹³ ÜNAN, *Şerh*, s. 9.

¹¹⁴ ÜNAN, *Şerh*, s. 9. Ayrıca bkz. GÜRSES, s. 300.

¹¹⁵ KARA, *Sigorta*, s. 164-165. Ayrıca bkz. GÜRSES, s. 298 ve 300. Kural olarak, alıcı lehine yapılan bir taşıma sigortasının satıcı lehine sonuç doğurmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bkz. ÜNAN, *Incoterms*, s. 1079. Ancak bu tespit, malın hasarının alıcıya geçtiği zamana kadar geçen süreyi kapsamamaktadır. Diğer bir ifadeyle, yük gemiye yükleninceye kadar geçen sürede hasar satıcı üzerinde olduğundan, yük sigortası kapsamında yük gemiye yükleninceye kadar satıcı da ekonomik menfaate sahip olabilecektir.

¹¹⁶ ÜNAN, *Incoterms*, s. 1079. Ünan, Yargıtayın, satım bedelinin ödenmediği durumlarda, sigortalanabilir menfaatin satıcıya da ait olduğu yönündeki kararlarına atıf yapmaktadır. Yargıtay bu durumda, vesaik mukabili (“cash against documents”) ya da mal mukabili (“cash against goods”) satımlarda CIP/CIF satımlardaki hasar geçişine ilişkin kaydın devre dışı kaldığına, böylece satıcının sigortacıdan talepte bulunmasının mümkün olduğuna hükmetmektedir. Oysa, satım bedelinin ödenip ödenmediği malın hasarının geçişinden ayrı bir husustur. Malın taşınması sırasındaki risk alıcıya ait olduğuna göre, sigortalanabilir menfaatin sahibinin de alıcı olması gerektiği kabul edilmelidir. Ancak mallar alıcı tarafından teslim alınmıyorsa, o takdirde satıcı mal üzerindeki hakkı dolayısıyla sigortalanabilir menfaat sahibi sayılabilecektir. Bkz. ÜNAN, *Incoterms*, s. 1080-1083. Benzer yönde bkz. ERDEM, s. 120; GÜRSES, s. 303-304.

¹¹⁷ Bu kişi mal üzerinde daha sonra mülkiyet hakkı edinecek kişi olabileceği gibi, mal üzerinde rehin hakkı kazanan kişi de olabilir. Ancak, INCOTERMS hükümlerinin mülkiyet hakkı sahibini sigortalanabilir menfaat sahibi olarak gördüğü belirtilmektedir. Rehin alacaklısının sigortacıya başvuru hakkına sahip olup olmadığı ise rehin hakkına uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Bkz. ÜNAN, *Incoterms*, s. 1085.

¹¹⁸ Doktrinde TTK m. 1454/1’deki ifadenin INCOTERMS CIP/CIF A. 5/1 ile uyumsuz olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, TTK hükmü sigorta sözleşmesinden doğan hakları sigortalıya (alıcıya) tanımakla birlikte, “sigorta ettiren (satıcı) ile sigortacının, tazminatı sigortalıya ödememe konusunda anlaşabileceği” anlamını da içermektedir. Sigorta sözleşmesinden doğan tazminat hakkının, sigortalanabilir menfaat sahibi olarak alıcıya ait olduğu bir durumda, ödemenin satıcıya yapılmasının makul bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bkz. ÜNAN, *Incoterms*, s. 1079.

Anılan hüküm uyarınca, “*Sigorta ettiren, üçüncü bir kişinin menfaatini, onun adını belirterek veya belirtmeyerek, sigorta ettirebilir. Sigorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya aittir. Sigortalı, aksine sözleşme yoksa, sigorta tazminatının ödenmesini sigortacıdan isteyebilir ve onu dava edebilir.*”. Esasında TBK m. 129 kapsamında “üçüncü kişi yararına sözleşme” hükümlerinin özel bir görünümü olan ve zarar sigortalarının bir türünü oluşturan mal sigortaları bahsinde düzenlenen bu hükmün bütün sigorta sözleşmelerinde uygulanabileceği belirtilmektedir¹¹⁹.

Borçlar hukuku anlamında “kanunda özel olarak düzenlenen üçüncü kişi yararına sözleşme” niteliğindeki bu tür sigortalardan doğan tüm yükümlülükler sigorta ettirene ait iken, lehine sigorta yapılan kişi sözleşmeden doğan tüm haklardan yararlanmaktadır¹²⁰; bu yönüyle deniz yük sigortalarında, işin niteliği gereği sigorta ettirenden başka bir kişinin korunması hedeflenmektedir¹²¹. Rizikonun gerçekleşmesi halinde, sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan ekonomik menfaate sahip olan kişi, sigorta tazminatının ödenmesini talep ve dava haklarına sahip olacaktır¹²². Bu itibarla deniz yük sigortası sözleşmelerinde, sigortalının taşınan mal üzerindeki menfaatinin güvence altına alınmış olması nedeniyle, rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacıdan tazminat talep etme hakkına sahip olması bu tür sigortaları tam üçüncü kişi yararına sözleşme haline getirmektedir¹²³.

Yalnız, burada sigortalı-alıcının, satıcının (sigorta ettirenin) halefi olmadığı ve sigortacıdan talep hakkının bağımsız bir talep hakkı olduğunun altı çizilmelidir¹²⁴. Bu açıdan sigortalının hakkı doğrudan doğruya bağımsız bir haktır; tazminat hakkı doğrudan sigortalının mal varlığında doğduğu için, sigorta ettirenden alacağın devri gibi bir işlem ile devralınması söz konusu değildir¹²⁵. Ayrıca, sigortalı yük sahibinin sigortacıdan tazminat talep etme hakkına sahip olması, sigortalıyı sözleşmenin tarafı haline getirmemektedir. Zira, tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişi (lehtar) alacak hakkına sahip olsa bile, bu durum o kişiyi sözleşmenin tarafı yapmadığı gibi, üçüncü kişi sözleşmenin taraflarını (özellikle vaat ettireni) taraf olmaktan çıkararak onun yerine geçmemektedir¹²⁶.

Bu noktada, aşağıda inceleyeceğimiz üzere sigortalının, sigorta sözleşmesi ile korunan rizikonun gerçekleşmesine bağlı olarak sahip olacağı hakkın yanında, sözleşmenin diğer şartları ile bağlı olup olmadığı konusunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, her ne kadar lehine sigorta yapılan kişinin sözleşmeden doğan tüm haklardan yararlanacağı ifade edilse de, bu hakkın sigorta tazminatını isteme hakkı olduğu, TTK m. 1454/1 hükmünün yalnızca tazminatı talep hakkını hedeflediği vurgulanmaktadır¹²⁷. TTK m. 1454/1’de düzenlendiği üzere, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıysa, sigortalı,

¹¹⁹ KARA, *Menfaat*, s. 170. Ayrıca bkz. ÜNAN, *Şerh*, s. 27-28. Yazar, başkası lehine sigortaya ilişkin bu düzenlemenin sigorta sözleşmelerine uygulanacak genel hükümler içinde yer alması gerektiğini ifade ettikten sonra, “mal sigortası” alt bölümünün sadece eşya sigortalılarını içerecek şekilde kabulü halinde, eşya, sorumluluk ve sağlık sigortaları dışında kalan zarar sigortalarında başkası hesabına sigorta yapılamayacağını, bu bakımdan yasal dayanağın var olmayacağını dile getirmektedir.

¹²⁰ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 265; KARA, *Sigorta*, s. 156; KARA, *Menfaat*, s. 170; ULAŞ, s. 167.

¹²¹ ÜNAN, *Şerh*, s. 25.

¹²² ULAŞ, s. 167.

¹²³ ASLAN, s. 87; GÜRSES, s. 298; KARTAL, s. 61; ÜNAN, *Şerh*, s. 25 ve 32.

¹²⁴ Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üç köşeli bir ilişki kurulmaktadır. Buna göre, alıcı (vaadettiren) ile borçlu (vaadeden) arasında karşılık, alacaklı ve üçüncü kişi arasında değer ve son olarak borçlu ve üçüncü kişi arasında edim ilişkisi kurulmaktadır. Alacaklı (satıcı-sigorta ettiren) ile üçüncü kişi (alıcı-sigortalı) arasındaki değer ilişkisi satım sözleşmesidir. Değer ve karşılık ilişkileri kural olarak ayrı hukuki ilişkilerdir. Karşılık ilişkisinin (sigorta sözleşmesi) varlığı ve geçerliliği değer ilişkisinden (satım sözleşmesi) bağımsızdır; meğerki aksi alacaklı ile borçlu tarafından kararlaştırılmamış olsun. Ayrıca üçüncü kişi yararına sözleşmenin geçerliliği değer ilişkisinin kurulması şartına bağlanabilir. CIF satımlarda üçüncü kişiye (sigortalı) ifada bulunma amacı güdülmektedir. Borçlu (sigortacı) ile üçüncü kişi (sigortalı) arasındaki edim ilişkisinin hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Bununla birlikte, üçüncü kişinin iradesi dışında bir sözleşme ilişkisine sokulması mümkün olmadığından edim ilişkisi sözleşme benzeri güven ilişkisi olarak nitelendirilmektedir. Bkz. KARTAL, s. 17-22. Ayrıca bkz. AKYOL, Şener: *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 85 vd.; ASLAN, s. 56 vd.; EREN, s. 1177; OĞUZMAN / ÖZ, s. 442-443.

¹²⁵ AKYOL, s. 177-178; ASLAN, s. 189; EREN, s. 1179; KARTAL, s. 173; KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru: “Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı, s. 1767.

¹²⁶ ASLAN, s. 56; EREN, s. 1170; KARTAL, s. 37; NOMER, *Borçlar Hukuku*, s. 482; OĞUZMAN / ÖZ, s. 441.

¹²⁷ ÜNAN, *Şerh*, s. 30-31.

sigorta tazminatını talep hakkına sahiptir ve sigortacıya karşı bu talep hakkını ileri sürdüğü anda, artık sigorta ettirenin talep yetkisi ortadan kalkacaktır¹²⁸. Ancak, sigortalının (üçüncü kişinin) ifayı talep hakkı, sigorta ettiren ile sigortacının arasındaki sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, doktrinde, alacaklı (sigorta ettiren) ile borçlu (sigortacı) arasındaki ilişkinin sigortalının talep hakkına ilişkin şartları belirleyici olduğunun altı çizilmektedir¹²⁹.

Bu kapsamda, sigorta sözleşmesinden doğan ve tazminat talebine ilişkin sigortacıyı temerrüde düşürme, takas bildirim gibi yenilik doğuran hakların dışında kalan tüm hakların sigorta ettirene ait olduğu ifade edilmektedir¹³⁰. Üçüncü kişi yararına sözleşmenin, “sözleşmenin nispliliği” ilkesinin önemli istisnalarından birini teşkil ettiği dile getirilmektedir¹³¹. Esasen üçüncü kişi lehine mal sigortası özelinde bakıldığında ve sigortalının sözleşmeden doğan ve sigorta ettirene ait tüm haklara sahip olmadığı düşünüldüğünde, “istisnanın da istisnası” şeklinde nitelendirilebilecek bir ilişkinin söz konusu olduğunu söylemek mümkündür.

Deniz yoluyla taşıma öngörülen ülkeler arası satımlarda uygulamada önemli bir yere sahip CIF satışlarda da satıcı, satım sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek üzere, satılan malı sigorta ettirmektedir; ancak burada satıcı sigorta sözleşmesinin tarafı olarak alıcının temsilcisi sıfatı ile hareket etmemekte, satım sözleşmesinden kaynaklanan borcunu bizzat kendisi ifa etmektedir¹³². Alıcı da sigortalı sıfatıyla satıcının temsilcisi değildir ve sigorta sözleşmesinden doğan tazminat hakkını kendi adına kullanacaktır. Bu kapsamda, alıcı, satım sözleşmesi gereği, sigortadan yararlanan taraftır. Bununla birlikte, TTK m. 1454 anlamında sigorta sözleşmesinin akdedilmesine kaynak teşkil eden satım sözleşmesi ayrı ayrı değerlendirilmekte, alıcı lehine akdedilen sigorta sözleşmesinin geçerliliği, satım sözleşmesinin varlığına bağlanmamaktadır¹³³.

Son olarak, üçüncü kişi yararına sözleşmelerde borçlunun (sigortacı) alacaklı (satıcı-sigorta ettiren) ile arasındaki sözleşmeden doğan bütün def’ileri üçüncü kişiye karşı ileri sürme hakkına sahip olduğunun altı çizilmelidir¹³⁴. Bu itiraz ve def’iler sözleşmenin geçersizliğine ilişkin olabileceği gibi, zamanaşımı veya ifa etmemeye ilişkin de olabilecektir. Ancak, borçlu alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiden kaynaklanan itiraz ve def’ileri ileri süremez¹³⁵.

D. Deniz Yük Sigortalarından Doğan Uyuşmazlıklarda Hukuk Seçiminin Etkisi

1. Genel Olarak Deniz Yük Sigortalarında Sigorta Ettiren Dışındaki Kişilerin Sigorta Sözleşmesindeki Hukuk Seçimi ile Bağlı Olup Olmadığının Tespiti

Yabancı doktrin ve yargı kararlarında sorumluluk sigortası sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, zarar gören üçüncü kişilerin sigorta poliçesinde yer alan hukuk seçimi veya yetki sözleşmesi ile

¹²⁸ ÜNAN, *Şerh*, s. 32.

¹²⁹ AKKANAT, Halil / ÇEKİN, Mesut Serdar: “Borçlar Hukuku Perspektifinden Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşmelerde Tahkim Koşulunun Üçüncü Şahsa Etkileri”, *İstanbul Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 2, s. 111.

¹³⁰ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 256; ÜNAN, *Şerh*, s. 32. Aynı yönde KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 1768; NOMER, *Borçlar Hukuku*, s. 482. *Oğuzman / Öz* ise, vaadettirenin de borç altına girdiği sözleşmelerde -ki mal sigortalarında satıcı-sigorta ettiren prim ödeme borcu altına girmektedir-, vadedenin borcunu ifada temerrüde düşmesi halinde, TBK m. 123-126 uyarınca seçimlik hakların kullanımında örneğin, temerrüt ihtiarında bulunmaya hem vaadettiren hem de lehdar yetkili sayılmalıdır (OĞUZMAN / ÖZ, s. 460). Sözleşmeden dönme gibi, sözleşmenin tarafı olmaya bağlı haklar ise vaadettirene ait olmalıdır (OĞUZMAN / ÖZ, s. 461). Bu konuda ayrıntılı tartışmalar için bkz. KARTAL, s. 247 vd.

¹³¹ ASLAN, s. 49-50; EREN, s. 59; KARTAL, s. 7. *Kartal*, nisplilik ilkesinin gelişen hukuki ilişkilerde ihtiyacı karşılamadığı hallerde esnetilebileceğini, üçüncü kişi yararına sözleşmenin de bu anlamda “klasik sözleşmelerden yer yer farklılaşan bir ilişki yarattığını” dile getirmektedir. *Aslan*’a göre, bu öyle bir istisnadır ki, sözleşme kuruluşu bakımından iki, doğurduğu etki bakımından ise üç köşelidir.

¹³² EREN, s. 1170; GÜRSES, s. 298. Aynı şekilde borçlu (sigortacı) da tazminat ödeme edimini üçüncü kişi (sigortalı-alıcı) hesabına ifa eder (EREN, s. 963). Bu anlamda borçlu, edimi üçüncü kişiye ifa etmekle hem yetkili hem de yükümlüdür. Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 442.

¹³³ ÜNAN, *Şerh*, s. 26.

¹³⁴ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 266; EREN, s. 1017 ve 1178; NOMER, *Borçlar Hukuku*, s. 483; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 1765-1766. Ancak örneğin karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortalarında sigortacı işletene karşı sahip olduğu itiraz ve def’ileri zarar gören tazminat alacaklısına karşı ileri süremektedir [2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (18.10.1983 tarihli ve 18195 sayılı Resmî Gazete) m. 91 vd.]. Bu konuda ayrıca bkz. AKYOL, s. 209 vd.; KARTAL, s. 57-58.

¹³⁵ EREN, s. 1178.

bağlı olup olmadığı sorusu, zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya doğrudan başvuru hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Çalışma konumuz olan deniz yük sigortalarına ilişkin olmasa da, kısaca bu tartışmalara değinmenin de faydalı olacağını düşünüyoruz¹³⁶. Konu, milletlerarası sigorta ve deniz ticareti uyumsuzlukları bakımından deniz araçları sorumluluk sigorta sözleşmeleri kapsamında daha çok İngiliz mahkemeleri tarafından tartışılmıştır¹³⁷.

İngiliz hukukuna tabi kılınan deniz araçları sorumluluk sigortası sözleşmelerine ilişkin *Yusuf Çepnioğlu* kararında İngiliz mahkemeleri sigorta poliçesinde yer alan “sözleşmesel” yükümlülüklerin zarar gören üçüncü kişiler bakımından da geçerli olduğuna, bu kapsamda poliçede yer alan hukuk seçimi, yetki sözleşmesi -ve somut uyumsuzluk bakımından tahkim şartının- zarar gören kişileri de bağladığına hükmetmiştir¹³⁸. Doğrudan ve sadece hukuk seçiminin bağlayıcılığını konu almasa da bu karar, zarar gören üçüncü kişilerin sigorta sözleşmesi kapsamındaki taleplerini yakından ilgilendirmektedir¹³⁹.

Karara konu olayda, iki yüz yedi adet konteynerin Türkiye’den Kuzey Afrika’ya “*Yusuf Çepnioğlu*” isimli konteyner gemisi ile taşınması amacıyla gemi sahibi (donatan) ile charterer arasındaki bir zaman charterer sözleşmesi akdedilmiştir. Sözleşmenin tarafları Türk şirketleridir. Gemi, 08.03.2014 tarihinde Yunanistan’da (*Mykonos*) karaya oturmuş ve ardından yükün tam zıyayı söz konusu olmuştur. Donatan (sigorta ettiren) ile sigorta şirketi arasında akdedilen sigorta sözleşmesinde yetkili mahkemenin İngiliz mahkemeleri olacağı, tahkime başvurulması halinde ise Londra’da tahkime gidilmesi kararlaştırılmıştır. Buna karşılık, düzenlenen konişmentoda yetkili mahkeme Türk mahkemeleri olarak belirlenmiştir.

Geminin karaya oturması ve yükün tam zıyayın söz konusu olması nedeniyle, charterer kendisine yöneltilen yük talepleri ile ilgili olarak donatana karşı Londra’da tahkime başvurmuştur. Ancak daha sonra charterer TTK m. 1478’de düzenlenen ve sigortacıya doğrudan başvuru hakkı tanıyan hükme dayanarak, zarar gören üçüncü kişi sıfatıyla sigortacıya karşı Türk mahkemelerinde dava açmıştır. Bunun üzerine sigortacı İngiliz mahkemesine başvurarak dava açmama yönünde tedbir (*anti-suit injunction*) kararı verilmesini talep etmiştir¹⁴⁰. Yerel mahkemenin sigortacının talebi doğrultusunda dava açmama yönünde tedbir kararı vermesi üzerine, charterer, uyumsuzluğu İngiliz Temyiz Mahkemesi’ne taşımıştır. İngiliz Temyiz Mahkemesi, TTK m. 1478’de düzenlenen doğrudan dava hakkının hukuki niteliğini tartışmış ve bu hakkın sözleşmesel ilişkiden bağımsız olmadığı, taşıma sözleşmesinde yer

¹³⁶ TTK m. 1473/1 uyarınca, “sigortacı sorumluluk sigortası ile, sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder.”. Bu minvalde, zarar gören üçüncü kişiye doğrudan talep hakkı tanıyan TTK m. 1478 hükmü karşısında, TTK m. 1454’te olduğu gibi, kanunen üçüncü kişi yararına sözleşme yaratıldığı savunulmaktadır. Bkz. YEŞİLOVA ARAS, *Doğrudan Dava*, s. 71 vd.; YEŞİLOVA ARAS, Ecehan: “Doğrudan Dava (TTK m. 1478 - KTK m. 97)”, (Ed.) ÜNAN, Samim / YAZICIOĞLU, Emine: *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 502-503. Aksi yönde bkz. ACAR, Serdar: “Sorumluluk Sigortacısının Doğrudan Davada Dayanabileceği Savunmalar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 2, s. 737.

¹³⁷ Deniz araçları sorumluluk (“P&I- *protection and indemnity*”) sigortaları, gemi sahibi (donatan) ve gemi işletmecilerinin, geminin işlenmesine bağlı olarak ortaya çıkabilecek zararlardan dolayı üçüncü kişilere karşı doğabilecek sorumluluklarını teminat altına alan sigorta türüdür. Bu sigorta, uygulamada ve doktrinde P&I sigortası (“*P&I insurance*”) olarak adlandırılmakta, ayrıca kulüp sigortası (“*club insurance*”) olarak da bilinmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ALGANTÜRK LIGHT, Didem: *Deniz Sigorta Hukukunda Kulüp Sigortası*, 2. Baskı, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 23 vd.; ACAR, Serdar: *Kulüp Sigortası Protection & Indemnity*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 7 vd.; KONFİDAN, Melisa: *Deniz Araçları Sorumluluk Sigortası Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 8 vd.

¹³⁸ England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decision (EWCA Civ 386), *Shipowners’ Mutual Protection and Indemnity Association (Luxembourg) (Appellant) v. Containerships Denizcilik Nakliyat ve Ticaret A.S. (“Yusuf Cepnioğlu”)*, [2016], Case No: A3/2015/0679 (<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2016/386.html>, ET: 20.09.2020).

¹³⁹ Kararın giriş başlıklı ilk paragrafında, İngiliz Temyiz Mahkemesinin, zarar gören üçüncü kişiye, sigorta ettirene başvurmaksızın, doğrudan sigortacıya başvuru hakkı tanıyan yabancı hukuk hükümlerinin hukuki niteliğini belirlemek zorunda olduğu, bu kapsamda sigortacıya karşı ileri sürülen talebin tabi olduğu hukukun tespitinin gerekli olduğu davalarda, yabancı hukuk hükümlerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

¹⁴⁰ Bilindiği üzere, İngiliz usul hukukunda düzenlenen ve dava açmama tedbiri olarak adlandırılan *anti-suit injunction*, bir ihtiyati tedbir olup, genelde tahkim yargılamaları sırasında davalı tarafça devlet mahkemelerine başvurulması halinde, yargılamaya devam edilmemesini sağlama amacını taşımaktadır. *Anti-suit injunction* kararları ile ilgili olarak bkz. GÖLCÜKLÜ, İlyas: *Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 5 vd.; YEŞİLOVA, Bilgehan: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, s. 419 vd.

alan şartlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır¹⁴¹. Bu nedenle, mahkeme, çar-tererin taşıma sözleşmesinde yer alan tahkim şartı ile bağlı olduğuna hükmetmiştir¹⁴².

Peki bu sonuç, tümüyle ve sadece sigorta sözleşmesine dayanan talepler bakımından, üçüncü ki-şi lehtar konumundaki sigortalı bakımından da uygulanabilir mi? Zira konişmentoda yer alan hukuk seçimi, tahkim şartı vb. hükümlerin konişmentonun hukuken devri neticesinde cüz'i halefiyete ilişkin esaslar dahilinde konişmentoyu devralan hakkında da hüküm doğurması tümüyle bağımsız bir konu-dur. Ayrıca, doğrudan dava hakkına ilişkin farklı devlet hukuklarında yer alan düzenlemelerin kanun-lar ihtilafı hukuku anlamında doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilip sigorta sözleşmesinde yer alan hukuk seçiminden bağımsız olarak değerlendirilebileceği de unutulmamalıdır. Dolayısıyla sorum-luluk sigortalarına ilişkin hükümlerin olduğu gibi mal sigortalarında da uygulanabilir olduğunu, bu çerçevede P&I sözleşmeleri için varılan sonucun yük sigortaları açısından da aynı olacağını peşinen kabul etmek kanunlar ihtilafı hukuku anlamında pek mümkün gözükmemektedir.

Son olarak, doğrudan dava hakkı ve üçüncü kişinin sigortacıya karşı sahip olduğu haklar ile ilgili olarak deniz sigortalarına özgü olmasa da İngiliz hukukunda yenilik yaratan Üçüncü Kişilerin Sigorta-cıya Karşı Haklarına İlişkin Yasa (2010)¹⁴³ üzerinde de durmakta fayda vardır. Doktrinde, 2010 Yasa-sı'nın yeni bir hak rejimi yaratmadığı, ancak sigortalının sorumluluğuna ilişkin sigorta sözleşmesi kapsamında ortaya çıkan hakların üçüncü kişiye devrini düzenlediği belirtilmektedir¹⁴⁴. Bu kapsamda 2010 Yasası m. 1 (2) uyarınca sigortalının hakları kanuna dayalı olarak üçüncü kişiye devredilmekte-dir; başkası lehine sigortaya benzer şekilde, bu devir bir alacağın temliki ya da halefiyet veya benzeri bir sebebe dayanmamaktadır. 2010 Yasası, hukuk seçimine ilişkin olmasa da¹⁴⁵, sigorta sözleşmesinde yer alan tahkim şartının üçüncü kişiye teşmil edilip edilemeyeceğine dair bir düzenleme içermektedir.

¹⁴¹ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), Yusuf Cepnioğlu, [2016], prgf. 20. Mahkeme bu tespiti yaparken daha önce verilmiş olan iki karara atıf yapmıştır: England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decision (*EWCA Civ 1598*), *Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd v New Indian Assurance Co Ltd*, *The Hari Bhum* (No. 1), [2004] ve *England and Wales High Court of Justice (EWHC 3188)/The London Steam Ship Owners Mutual Insurance Association Ltd v. The Kingdom of Spain (The Prestige (No. 2))*, [2013] kararları (<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2013/3188.html>, ET: 01.12.2023). *The Hari Bhum* davasında, 1994 tarihli Finlandiya Sigorta Kanunu Sec. 67'de yer alan ve genel sorumluluk sigortaları kapsamında, sigorta ettirenin iflas etmesi halinde, zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya başvurması imkanını tanıyan hüküm incelenmiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi, bu davada, yerel mahkemenin kararını bozarak, sigorta sözleşmesinin tabi olduğu tahkim şartının zarar gören üçüncü kişi açısından bağla-yıcı olduğu sonucuna varmıştır (<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/1598.html>, ET: 01.12.2021).

¹⁴² England and Wales Court of Appeal (Civil Division), Yusuf Cepnioğlu, [2016], prgf. 21. Esasen İngiliz mahkemelerinin vardığı bu sonuç genel kabul görmemektedir. Avrupa Adalet Divanı (AAD) 13.07.2017 tarihli ve C-368/16 sayılı "*Assens Havn v. Navigators Ma-nagement (UK) Limited*" kararında zarar göreni P&I sözleşmesinde yer alan ve İngiliz hukuku ile Londra mahkemelerini yetkilendiren yetki şartı ile bağlı tutmamış; Danimarka Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (1930) m. 95(2)'de düzenlenen doğrudan dava hakkının kullanı-mı bakımından, (i) zararın gerçekleştiği yer olan Danimarka mahkemelerinin, (ii) sigortacının yerleşim yerinin bulunduğu AB üyesi dev-let mahkemelerinin, veya (iii) davacının yerleşim yerinin bulunduğu AB üyesi devlet mahkemelerinin yetkili olabileceğine hükmetmiş-tir. Böylece, AAD, P&I sözleşmesinde yer alan yetki şartının zarar gören bakımından uygulanamayacağı sonucuna varmıştır (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9BF12AAC4E9658846628E6ADA9C696AE?text=&docid=192701&pa geIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=141520>, ET: 20.10.2023). Ancak, AAD'nin gerekçesi zayıf tarafın korunmasına ilişkin olup, doğrudan dava hakkı olan zarar gören üçüncü kişinin, sigortacıya başvuru hakkını engelleyecek yetki anlaşma-larının etkisini sınırlandırmaya yöneliktir (bkz. par. 41). Dolayısıyla, AAD'nin üzerinde durduğu husus, yerel hukukun doğrudan dava hakkını tanıdığı hallerde, anılan ülke mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilmemesi gerektiği yönündedir. Bununla birlikte, AAD, P&I sözleşmelerindeki hukuk seçiminin zarar gören üçüncü kişiyi bağlayıp bağlamadığı üzerinde hüküm tesis etmemiştir; zira kendisine baş- vurulan ön sorun milletlerarası yetkiye ilişkindir.

¹⁴³ *Third Parties (Rights against Insurers) Act 2010* (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/10/contents>, ET: 25.10.2023). Ayrıca bkz. *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, m. 8/1 (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/31/contents>, ET: 25.10.2023).

¹⁴⁴ THOMAS, Rhidian: "Third Party Direct Rights of Action Against Insurers Under UK Law and International Maritime Liability Conven-tions", (Ed.) BAL, Abhinayan Basu / RAJPUT, Trisha / ARGUELLO, Gabriela / LANGLET, David: *Regulation of Risk, Transport, Trade and Environment in Perspective*, Brill Nijhoff, Hollanda, 2023, s. 694.

¹⁴⁵ Yabancı unsurun dahil olduğu durumlarda m. 18'de düzenlenmektedir. Buna göre,

"Açıkça belirtilmedikçe, bu Yasanın uygulanması Birleşik Krallık'ın bir bölümüyle bağlantının var olup olmadığına bağlı değildir; ve özellikle aşağıdakilerden bağımsızdır:

(a) sigortalının üçüncü tarafı karşı sorumluluğunun (veya iddia edilen sorumluluğunun) İngiltere ve Galler, İskoçya veya Kuzey İrlan-da'da veya bu ülkelerin yasaları uyarınca meydana gelip gelmediği;

(b) taraflardan herhangi birinin ikamet yeri veya meskeni;

(c) sigorta sözleşmesinin (veya bir kısmının) İngiltere ve Galler, İskoçya veya Kuzey İrlanda hukukuna tabi olup olmadığı;

(d) sigorta sözleşmesi kapsamında ödenmesi gereken meblağların ödeneceği yer."

Yasa m. 2 (7) uyarınca, böyle bir tahkim anlaşması, sigortalıyı bağlayacağı ölçüde üçüncü bir taraf için de bağlayıcıdır¹⁴⁶. Diğer taraftan, üçüncü kişi ile sigortalı arasındaki sözleşmede bir tahkim şartının bulunması halinde -bu şartın uygulanabilir olması koşuluyla-, sigortalının sorumluluğu tahkim yargılamasına tabidir. Ancak, sigortalı ile üçüncü kişi arasındaki tahkim anlaşması sigortacıyı bağlamayacak ve daha sonra üçüncü kişi tarafından sigortacıya karşı ileri sürülecek taleplere ilişkin davaları kapsamayacaktır¹⁴⁷. Doktrinde, doğrudan dava hakkının kullanımında tahkim şartının üçüncü kişiyi bağlayıcılığı bakımından farklı yönde kararların verildiği dile getirilmektedir¹⁴⁸. Sigorta sözleşmesinde yer alan yetkili mahkemenin tespitine yönelik şartlar bakımından da durum aynıdır. Örneğin, Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi çerçevesinde, sigorta sözleşmesinde yer alan şartın doğrudan dava hakkını kullanan kişiye karşı ileri sürebilmesi için, yetki şartının bu şekilde kaleme alınması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁴⁹.

2. CIF Satımlarda Sigortalının Deniz Yük Sigortası Sözleşmesinde Yer Alan Hukuk Seçimi ile Bağlı Olup Olmayacağı Sorunu

a. Genel Olarak

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, deniz taşımalarında başkası lehine sigorta yapılması halinde, TBK m. 129 anlamında tam üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, genel bir hukuk kaidesi olarak, taraflar üçüncü kişi yararına bir alacak hakkı yaratabilecekken üçüncü kişi aleyhine borç doğurucu bir sözleşme yapamazlar¹⁵⁰. Zira sözleşmenin kurulmasında üçüncü kişinin rolü bulunmamaktadır¹⁵¹. Bu bağlamda, CIF satımlarda satıcı, satım sözleşmesinin ifası çerçevesinde sigorta sözleşmesini de akdetmek ve bunu alıcı lehine yapmakla yükümlü olduğu için, bu tür satımlarda sigortalı olabilir menfaatin sahibi olarak alıcı üçüncü kişi konumundadır ve sigorta sözleşmesinin akdedilmesi bakımından sözleşmenin tarafı değildir.

Özellikle üçüncü kişi yararına sözleşmede düzenlenen bazı “yan anlaşmaların” üçüncü kişiye teşmil edilip edilemeyeceği tartışma konusudur. Sigortacının tazminat borcunun ifasını “düzenleyen” ya da bu borcun ifasına “yönelen” hukuk seçimi ve uyuşmazlık çözümünün belirlenmesine ilişkin sigorta sözleşmesinde yer alan hükümler de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ancak bu noktada, yetki veya tahkim şartları ile hukuk seçimi anlaşmasını ayıran kanunlar ihtilafına özgü bir ayrıntı vardır: Tahkim ve yetki şartlarına ilişkin usul hukuku düzenlemeleri hâkimin hukukuna tabidir, zira usul hukukunda *lex fori* ilkesi geçerlidir. Oysa, hukuk seçiminin geçerliliği ve bağlayıcılığına uygulanacak hukuk kanunlar ihtilafının konusudur¹⁵².

Yukarıda da açıkladığımız üzere, üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişinin ifayı talep etmesine bağlı olarak talebin tabi olduğu kanunlar ihtilafı ve uyuşmazlık çözümü ile ilgili sözleşme hükümlerine tabi olup olmadığı sorusunun cevabı, gerek doktrinde gerekse kanuni düzenleme ve yargı

¹⁴⁶ THOMAS, s. 701.

¹⁴⁷ THOMAS, s. 702.

¹⁴⁸ ESEN, Emre: *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 218-219.

¹⁴⁹ YEŞİLOVA ARAS, *Doğrudan Dava*, s. 142-143.

¹⁵⁰ EREN, s. 214 ve 1170; OĞUZMAN / ÖZ, s. 451.

¹⁵¹ OĞUZMAN / ÖZ, s. 453. Bu nedenle de, üçüncü kişinin, vadettirenin vadedene karşı borcundan sorumlu olması da mümkün değildir. Bkz. KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 1762.

¹⁵² Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk doktrinde tartışmalıdır. Bu noktada, hukuk seçimi anlaşmasının üçüncü kişi açısından bağlayıcı olup olmadığı konusunda uygulanacak hukukun, MÖHUK m. 32/1 uyarınca, seçilen hukuk yerine objektif bağlama kuralına göre tespit edilen hukukun olması gerektiği söylenebilir. Ayrıca, MÖHUK m. 32/2 uyarınca, sözleşmeye uygulanacak hukukun hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratması halinde, istisnaen ilgili hükümlerle (hukuk seçimi anlaşmasıyla) bağlı olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeni hukukunun uygulanması da mümkündür. Bu durumda, sigorta sözleşmesinde yer alan hukuk seçimi anlaşması ile bağlı olmadığını iddia eden üçüncü kişi sigortalının bu iddiasına uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24/4 uyarınca belirlenecek hukuk olabileceği gibi, sigortalının mutad meskeni hukuku da olabilecektir. Zira, esasen sigortalı, sigorta sözleşmesine dayanarak bir talepte bulunmaktadır. Sigortalının bu “davranışına” hüküm tanınmanın sözleşmeye uygulanacak hukuk çerçevesinde değerlendirilmesi neticesinde sigortalı açısından hakkaniyete aykırı bir sonuç doğmakta ise, irade beyanının varlığına sigortalının mutad meskeni hukuku uygulanmalıdır.

kararlarında tahkim ve yetki şartları üzerinden verilmeye çalışılmıştır. Tahkim anlaşması da, ayrılabilirlik ilkesi gereği, tıpkı hukuk seçimi anlaşması gibi asıl sözleşmeden bağımsız kabul edilen ve sözleşmenin nispiyeti ilkesi çerçevesinde asıl sözleşme haricinde irade unsuru bakımından değerlendirilen bir anlaşmadır. Yalnız bu noktada, tahkim anlaşmalarının anlaşmanın tarafı olmayan kişilere teşmilinin istisnaen mümkün olduğunun ve her olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğinin peşinen altını çizmekte fayda vardır. Zira bu husus çalışma konumuz olan deniz yük sigortası sözleşmelerinde hukuk seçiminin sigortalıya teşmili bakımından önem arz etmektedir. Örneğin, alacağın temliki veya diğer halefiyet hallerinde tahkim anlaşmasının teşmili belirli şartlarla kabul edilebilecekken¹⁵³ üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından farklı bir değerlendirme yapılabilecektir.

Doktrinde, tahkim anlaşması ihtiva eden bir sözleşmeden kaynaklanan alacak hakkının ifasını talep eden üçüncü kişi bakımından, tahkim anlaşmasının kurulması anlamında bir “icabın” söz konusu olduğu dile getirilmektedir¹⁵⁴. Esasen bu icabın açıkça kabulü bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, üçüncü kişi lehtarın tahkim şartından faydalanmak istemesi halinde bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Esas mesele, bu şart ile bağlı olmak istemeyen üçüncü kişilerin durumuna ilişkindir. Aynı durum hukuk seçimi anlaşmaları bakımından da geçerlidir. Zira, aslında taraflar, uyuşmazlık çıktıktan sonra da tahkim veya hukuk seçimi anlaşması yapmakta özgürdürler; sigortacının tahkim ya da hukuk seçimi anlaşmasına ilişkin iradesi sigorta sözleşmesi ile zaten sabittir; sigortalının da bu anlaşmayı kabulü ile, anlaşma her iki taraf için de bağlayıcı hale gelecektir. Zaten, burada gerçekten de “yarara” bir durum vardır; üçüncü kişi (lehtar), tahkim yolunun uyuşmazlık çözümü için daha lehe olduğunu, aynı şekilde hukuk seçimi anlaşmasının da kendi yararını koruduğu düşüncesi ile “kabul” beyanında bulunacaktır.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişi lehtara teşmili noktasında doktrinde farklı görüşler dile getirilmiştir. Bir görüşe göre, lehtar alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiye dayanmakla bu hukuki ilişkinin doğurduğu alacağı talep hakkının tabi olduğu şartları da kabul etmiş sayılacağından ve ancak bu şartları kabul ettiği ölçüde talep hakkına sahip olacağından, tahkim anlaşması ile de bağlı kabul edilmelidir¹⁵⁵. Bu görüşler, daha çok “üçüncü kişinin yarar sağladığı bir ilişkiden “bütünüyle” faydalanmak zorunda olduğu” fikrine dayandırmaktadır. Buna göre, talep hakkı ancak sözleşmeye ait tüm şartlar ile doğar. Tahkim anlaşması veya yetki kayıtları bu çerçevede “*üçüncü kişi yararına sözleşmeden doğan hakkın kullanımını sınırlayan hükümlerdir*”¹⁵⁶. Bu kapsamda verilen yabancı hukuk uygulamalarından örnekler de bu kabule dayanmaktadır. Yalnız, kanımızca bu örneklerde, üçüncü kişinin tahkim anlaşması ile bağlı olmak isteyip istemediği üzerinde de durulmalıdır. Ayrıca, bazı kararlarda mahkemelerin tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilini kabul ederken “üçüncü kişinin fiilen bütün işlemlere/sözleşmenin ifasına katıldığı” gerçeğine dayandığı görülmektedir; bu çerçevede, uyuşmazlığın ortaya çıkmasında ve alacaklı ile borçlu arasındaki tahkim şartı içeren sözleşmenin uygulanmasında rol oynayanların tahkim şartı ile bağlı olacağına hükmedilmektedir. Bunun yanında, üçüncü kişinin ifayı kabul ederken tahkim şartının varlığını bildiği ve buna rağmen ifayı talep ettiği, ifayı reddetme imkânı varken talepte bulunulmasının üçüncü kişi açısından tahkim şartı ile bağlanma sonucunu yarattığı ifade edilmektedir¹⁵⁷. Ancak, kanımızca bu gerekçelendirme, CIF satımlarda satıcının tarafı olduğu ve alıcı-sigortalının sigortacıya karşı ileri süreceği tazminat talepleri bakımından pek de uygun değildir. Zira, sigortalı menfaate sahip olan kişi olarak alıcı, yük zarar gördüğünde sigortacıya başvurmaktan başka bir imkana sahip değildir. CIF satımlarda, mal taşınmak üzere gemiye yüklendiği anda, hasar ve yarar alıcıya geçer. Taşıma esnasında sigorta sözleşmesinin kapsamında giren bir risk

¹⁵³ Bu konuda ayrıntılı incelemeler için bkz. AYHAN, Feyza Eker: “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişi Lehtara Teşmili”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Sayı 1, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, s. 99 vd.; ESEN, s. 85 vd.

¹⁵⁴ ESEN, s. 212.

¹⁵⁵ AKKANAT / ÇEKİN, s. 112-114; KARTAL, s. 243. Ayrıca bkz. AKYOL, s. 209-210; YEŞİLOVA ARAS, *Doğrudan Dava*, s. 75.

¹⁵⁶ YEŞİLOVA ARAS, *Doğrudan Dava*, s. 75.

¹⁵⁷ AKKANAT / ÇEKİN, s. 109-110; KARTAL, s. 243.

gerçekleştiği ve hasar meydana geldiği anda, sigortacının sorumluluğu doğacaktır; satıcı/sigorta ettirenin ise herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sigortalının sigortacıya başvurmadan başka bir çaresi yoktur. Diğer bir ifadeyle “ifayı reddetmek” gibi bir imkânı da olmayacaktır. Böylece, esasen zorunlu şekilde, ifayı talep ile birlikte ifanın tabi olduğu şartları da talep etmek durumunda kalan sigortalının haklarına hâle gelmesi ihtimali doğacaktır.

Üçüncü kişi lehtar tahkim anlaşması ile bağlı kabul eden görüş, bazı istisnalara değinmektedir. Buna göre, dürüstlük kuralına aykırılık, hakkın kötüye kullanılması ve özellikle genel işlem şartları kapsamında sağlanan korumanın¹⁵⁸ üçüncü kişinin karşılaşılabileceği haksız talepleri önlemek için kullanılabilmesi ifade edilmektedir.¹⁵⁹ Ayrıca, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiyi bağlamasının ön şartı, anlaşmanın üçüncü kişinin sözleşme ilişkisine katılım hakkını kullanmadan önce akdedilmiş olmasıdır¹⁶⁰. Böylece, üçüncü kişi talep hakkını kullanmadan önce tahkim şartının varlığından haberdar olabilecektir. Bu görüşler inceleme konumuz çerçevesinde değerlendirildiğinde şu sonuç çıkmaktadır: Deniz yük sigortası sözleşmesinde düzenlenen menfaat dengesi dürüstlük kuralına aykırı şekilde sigortalı aleyhine ihlal edilmiş ise, sigortalı tahkim şartı ile bağlı olmayacaktır¹⁶¹.

Doktrindeki diğer görüş ise, üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişinin tahkim anlaşması ile doğrudan bağlı kabul edilemeyeceğini, bunun nedeninin ise tahkime başvurabilmek için irade unsurunun arz ettiği önem olduğunu dile getirmektedir¹⁶². Bu iradenin açık ya da zımni bir şekilde ve fakat doğrudan tahkim anlaşmasına yönelik olması gerektiğinin, tahkim anlaşmasının içinde yer alan sözleşmenin ifasına yönelen iradenin ise yeterli olmadığını altı çizilmektedir¹⁶³. Gerçekten de, çalışma konumuzun dışında olmakla birlikte, tahkim anlaşmasının usul hukuku kapsamındaki sonucu ve mahkemelerin yetkisini ortadan kaldıran etkisi düşünüldüğünde, tahkim iradesinin ne denli önemli olduğu, bu konuda istikrar kazanmış Yargıtay kararları ile sabittir. Bununla birlikte, üçüncü kişi yararına sözleşme ilişkisinde “lehtar statüsünün” kazanılması için üçüncü kişinin tahkim şartını kabul etmesi gerektiği durumlarda, üçüncü şahsın edimi kabul açıklaması ile birlikte tahkim şartı ile bağlı olabileceği belirtilmektedir¹⁶⁴.

b. Hukuk Seçimi Özelinde

aa. Genel Kabul

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişi lehtarını bağlayıp bağlamadığına yönelik tartışmalar bir yana, hukuk seçimi açısından durum biraz daha farklıdır. Zira, tahkim bir uyumsuzluk çözüm yoludur; ancak bu yol hiçbir zaman devlet yargısında üçüncü kişinin sahip olacağı usulî korumaya engel olunması bakımından kullanılamayacağı gibi üçüncü kişiye teşmil edilemeyecek bir tahkim anlaşmasına dayanan hakem kararının icra edilebilirliği, her zaman kararın iptali ya da kararın verildiği ülke dışında tenfizi aşamasında tartışma konusu yapılabilecek ve kararın icrası engellenebilecektir¹⁶⁵. Oysa hukuk seçiminin bağlayıcılığı konusu örneğin tahkim yargılamasının söz konusu olduğu bir durumda, hakem kararlarının tenfizinde geçerli genel ilke niteliğindeki içeriği tetkik yasağı nedeniyle denetim dışı kalabilecektir.

¹⁵⁸ Ancak genel işlem şartlarının sağladığı koruma tacir sıfatına sahip sigortalıyı her zaman hukuk seçimi ile bağlı olmaktan kurtaramayabilecektir. Bkz. yukarıda I. B. 2. “Hukuk Seçimi ve Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Uygulanması”.

¹⁵⁹ AKKANAT / ÇEKİN, s. 114; KARTAL, s. 244.

¹⁶⁰ KARTAL, s. 244.

¹⁶¹ AKKANAT / ÇEKİN, s. 114. Bu kapsamda talep hakkının kullanılması sonucu sağlanan yarar ile tahkim masraflarının arasındaki olumsuz fark, üçüncü kişiyi tahkim anlaşması ile bağlı olmaktan kurtaracaktır. Aynı yönde bkz. KARTAL, s. 244.

¹⁶² ESEN, s. 224.

¹⁶³ ESEN, s. 224. Bu açıdan, asıl sözleşmeden doğan maddi haklardan yararlanılması tahkim anlaşmasına zimnen rıza gösterildiği anlamına gelmemektedir.

¹⁶⁴ ESEN, s. 225. Aksi de mümkündür. Üçüncü kişi lehtar olmayı kabul etmediği sürece, teşmilden söz etmek mümkün olmayacaktır.

¹⁶⁵ ESEN, s. 225.

Kanımızca, hukuk seçimi anlaşması temel olarak sigorta sözleşmesinden bağımsızdır ve seçilen hukuk sigortalının durumunu ciddi derecede kötüleştirdiği ölçüde sigortalıyı bağlamamalıdır; aksi halde sigortalı için de bağlayıcı kabul edilmelidir. Sigortacı ile sigorta ettirenin anlaşarak sigortalı aleyhine bir hukuk seçimi yapma olasılığı bu kabulü güçlendirmektedir. Bu durumda sigortalının hukuk seçimi ile bağlı olmaması nedeniyle sigortalı-alıcının talebine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24/4 kapsamında belirlenecektir. İstisna hükmünün (MÖHUK m. 24/4/son cümle) uygulanması açısından ise, değerlendirilecek kriterler sigortalının talebine özgü olarak belirlenmeli ve “daha sıkı ilişkili hukuk” sigortalının işyeri, mutad meskeni, yükün teslim edildiği yer gibi unsurlar dikkate alınarak tespit edilmelidir. Bu noktadaki zorluk ise, MÖHUK m. 24/4 uyarınca belirlenecek hukuk ile sigortacı ile satıcının seçtiği hukukun sigortalının durumunu ciddi oranda kötüleştirmesine ilişkin değerlendirilmediği. Ne var ki, MÖHUK m. 26/1 ve m. 27/1 çerçevesinde tüketici ve iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesi sırasında da kanun koyucu benzer bir karşılaştırma yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır.

Esasen, hukuk seçiminde üçüncü kişilerin haklarının gözetilmesi MÖHUK m. 24/3 düzenlemesinde kendini göstermektedir. Kanun koyucu, değişen hukuk seçiminin, hukuk seçimi anlaşmasının tarafları olmayan kişileri olumsuz yönde etkileme olasılığını düşünerek, bu durumu bertaraf etmek istemiştir. Bu noktada, üçüncü kişi taraf değildir; yalnızca hukuk seçiminden etkilenen konumundadır.

Üçüncü kişi aleyhine sözleşme yasağı da bu kabulü kuvvetlendiren ilkelerden biridir. Hukuk seçiminin sigortalının durumunu kötüleştirmede olduğu ölçüde sigortalının itirazı ile karşılaşma ihtimali azdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, sigorta sözleşmesindeki menfaat dengesinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde sigortalının aleyhine düzenlendiği, hukuk seçiminin bu amaca hizmet ettiği durumlarda, sigortalının haklı itirazı ile karşılaşılacaktır.

Sigorta sözleşmesi akdedilirken sigortalının belli olduğu ve aynı kişinin sigortacıdan talepte bulunduğu durumlarda, sigortalı-alıcı, ticari tecrübelerine dayanarak, sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukun hangi hukuk olacağını satım sözleşmesinde belirtmiş ya da sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukun belirtilmesi bakımından negatif hukuk seçimi yapılmış da olabilir¹⁶⁶. Örneğin, CIF satım sözleşmesinde, satıcının sigorta sözleşmesini yapacağını bilen alıcı, sigorta sözleşmesine de satım sözleşmesine uygulanmak üzere seçilen hukukun uygulanması şartını koyabilir. Böyle bir durumda, hukuk seçiminin varlığı, sigortacının belirlenmesine de etki edebilecektir. Bu tür durumlarda, sigortalının sigorta sözleşmesinde yer alan farklı bir hukuk seçimi ile bağlı tutulması mümkün görülmemelidir.

Sigortalının, sigorta sözleşmesinde seçilen hukukun kendi durumunu katlanılmaz derecede kötüleştirdiği ihtimalde, hukuk seçimi ile bağlı tutulmaması gerektiğine ilişkin genel kuralı destekleyen bir başka husus da CIF satımlara özgü şekilde, “lehtar olunan hakkın kaynağıdır”. Zira, üçüncü kişi lehtar durumundaki sigortalının sigortacıya başvuru hakkının kaynağı her ne kadar sigorta sözleşmesi ise de, sigorta yaptırmak satıcının satım sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümlülüğüdür. Böylece, sigortalının elde ettiği menfaat esasen satım sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, hukuk seçiminin dayanağını oluşturan sigorta sözleşmesi, sigortalı açısından “dolaylı menfaat sağlayan” bir araçtır¹⁶⁷. Bu nedenle, sigorta sözleşmesindeki hukuk seçimi sigortalı açısından bağlayıcı olmamalıdır. Aksinin kabulü halinde, sigorta kapsamındaki rizikonun gerçekleşmesi ile ortaya çıkan yüke ilişkin zarar, satıcıdan talep edilemeyecektir; ancak zararın kapsamının belirlenmesinde söz sahibi olacak hukukun belirlenmesinde satıcının iradesine öncelik tanınmasına izin verilecektir. Dolayısıyla, uluslararası taşıma konu bir malı, taşıma ve sigorta bedeli dahil “götürü bedel” ile satın almak isteyen alıcı, bu tercihi nedeniyle adeta cezalandırılacaktır.

¹⁶⁶ Negatif hukuk seçiminin geçerliliği doktrinde tartışmalıdır. Bkz. ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 335. Bir görüşe göre, objektif bağlama noktasının gösterdiği hukukun yetkisi ortadan kaldırılmadığı sürece negatif hukuk seçimi mümkündür. bkz. TEKİNALP / UYANIK, s. 279. Aksi görüş ise bkz. DEMİR GÖKYAYLA, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, s. 300; DEMİRKOL, *MÖHUK m. 24*, s. 176.

¹⁶⁷ KRAVITZ, Mark R. / DANIEL, J. Klau: “Developments in the Second Circuit: 2000-2001”, *Connecticut Law Review*, 2002, Cilt 34, Sayı 3, s. 849-850.

İstanbul BAM 13. HD'nin bir kararına¹⁶⁸ konu olayda, somut uyuşmazlık, deniz yolu ile taşınacak yükün (3000 ton buğday) gemiye yüklendikten sonra zarara uğraması nedeniyle, sigortalının dava dışı satıcı-sigorta ettiren ile sigortacı arasındaki sözleşmeye dayalı tazminat talebine ilişkindir. Sigorta sözleşmesinde hukuk seçimi yer almaktadır. Ancak ilk derece mahkemesi, CIF satım sözleşmesi uyarınca sigorta sözleşmesinin satıcı tarafından akdedildiğine, davacının bilgisi ve iradesi dahilinde olmaksızın sigorta sözleşmesine uygulanmak üzere seçilen Rusya Federasyonu hukukunun sözleşme dışı sigortalıyı bağlamadığına, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralına göre belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁶⁹. Somut olayda, MÖHUK çerçevesinde varılan sonuç, sigortacının işyeri hukuku olarak yine Rusya Federasyonu hukukudur. Ancak, objektif bağlama kuralı çerçevesinde belirlenen hukukun sigortacının iş yeri hukuku olabileceği gibi, sözleşmenin ifası kapsamında sözleşme ile daha sıkı ilişki kuran başka bir hukuk olabileceği de unutulmamalıdır.

bb. Ayrık Durumlar

Genel olarak, sigortalının sigorta sözleşmesinde yer alan ve kendi durumunu önemli ölçüde kötüleştiren hukuk seçimi ile rızası hilafına bağlı tutulmaması gerektiği söylenebilecekse de, sigortalının her şeye rağmen sözleşmedeki hukuk seçimi ile bağlı olması gerektiğinin savunulabileceği halleri de incelemek gerekecektir. Özellikle deniz yük sigortalarına özgü bazı durumlar nedeniyle, ticaretin genel işleyişine ve dolayısıyla hayatın olağan akışına aykırı hukuki yorumlar ihtilafları çözmekten ziyade, ihtilaf sayısını artırmaya yol açabilmektedir. Ayrıca, kanunlar ihtilafı adaletinin gerektirdiği bazı durumlarda istisnaen sigortalının tarafı olmadığı bir hukuk seçimi ile bağlı olacağı savunulabilir.

Örneğin, bireysel sigorta sözleşmeleri ile reasürans sözleşmeleri gerek kanuni düzenlemeler kapsamında gerekse uygulamada her zaman ayrı değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, sigorta güvencesinin ve ortaya çıkabilecek tazminat miktarının büyüklüğü de dikkate alındığında, deniz yük sigortalarında reasürans şirketinin talepleri doğrultusunda uygulanacak hukukun belirlenmesi ile karşılaşılabilir. Reasürans sistemi dahilindeki bir sigorta sözleşmesinin sigortalıyı da kapsayacak şekilde yeknesak bir rejim yaratması zorunluluğu karşısında sigorta sözleşmesinde yer alan hukuk seçiminin sigortalıyı da bağlaması gerektiği düşünülebilir. Uygulamada "*claims control/cooperation clause*" olarak adlandırılan ve reasürans sözleşmelerinde yer alan şartlar dahilinde, sigorta sözleşmesinin ifasında adeta ipler reasürörün elinde olmaktadır; bu durumda, sigorta şirketi devre dışı kalmaktadır. Dolayısıyla hukuk seçimine ilişkin irade reasüröre aittir ve hasar sürecini reasürör yönetmektedir; ancak sigortalıya karşı sigortacı sorumludur. Özellikle, reasüransın zorunlu olduğu durumlarda bu sonuca varmak daha kolay olacaktır. Bu çerçevede, hukuk seçiminin geçersiz olması halinde uygulanacak hukukun sigortacının riski üzerindeki etkisi ve sigortacı açısından öngörülebilirliğe ilişkin kaygılar ticari anlamda sigortalının korunmasından öte bir gerekliliği ortaya koyabilir. Bu çerçevede, kendisi de basiretli tacir olarak nitelendirilen sigortalının, sigorta ettiren ile süregelen bir ticari ilişkisi içinde reasürans sözleşmesinin gerekliliklerine hâkim ve "sigorta sözleşmesine uygulanmak üzere belirli bir ülkenin hukukunun seçilmesinin zorunlu olduğunu" bilebilecek durumda olması da önem arz etmektedir.

Diğer yandan, özellikle deniz yük sigortalarında sözleşmenin eki haline getirilen şartların sözleşmenin bir parçası olması nedeniyle sigortalıyı da bağladığı konusunda şüphe yoktur. Bu tür kurallar içinde yer alan hukuk seçimi bakımından ise doğrudan aynı şey söylenemeyecekse de, sigortalının anılan şartlar hakkında ve özellikle hukuk seçiminin varlığı konusunda bilgilendirildiği ihtimalde, sigortalının bu hukuk seçimi ile bağlı olmadığı savunması kabul görmeyecektir. Bu çerçevede, satıcı-sigorta ettirenin satım sözleşmesi akdedilirken üzerine düşen bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesi büyük önem arz edecektir.

¹⁶⁸ İstanbul BAM 13. HD, T. 08.06.2023, E. 2021/834, K. 2023/993 (Lexpera Hukuk Bilgi Bankası, ET: 10.09.2023).

¹⁶⁹ İstanbul BAM 13. HD, ilk derece mahkemesinin kararını, gerekçesinde çelişkili sonuçlara varıldığını belirterek kaldırmış ve dosyanın mahkemesine iadesine karar vermiştir.

Sigortalının belli olduğu hallerde satıcı-sigorta ettiren ile arasındaki satım sözleşmesinde, CIF koşullarının ve sigorta kapsamında hangi risklerin güvence altına alınacağına sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk da dahil olmak üzere belirlenmesi ihtimalinde de sigortalının sigorta sözleşmesinde seçilen hukuk ile bağlı olacağı kabul edilmelidir.

Tüm bu ihtimallerde, sigorta sözleşmesine uygulanmak üzere yabancı bir hukukun seçilmesi halinde, sigortalının MÖHUK m. 5 ve 6 kapsamında korunmasının mümkün olduğu da unutulmamalıdır. Zira, hangi hukuk uygulanırsa uygulansın, ortaya çıkan sonuç Türk kamu düzenini bozacak nitelikte ise veya Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren bir hal söz konusu ise, sigortalının seçilen hukuk ile bağlı olmasından bağımsız olarak, kamu düzeninin olumlu etkisi dahilinde ya da doğrudan uygulanan kurallar kapsamında Türk hukukunun uygulanması mümkündür.

SONUÇ

Deniz yük taşıma sigortalarında uygulanacak hukuk, taraflar arasındaki talepleri yönetecek olması nedeniyle sözleşmenin esaslı unsurlarından biridir ve çoğu zaman uyuşmazlık çözümünde yetkili yargı organı ile birlikte sözleşmenin taraflarınca belirlenmektedir. Nitekim, kanunlar ihtilafı anlamında sorun, vasıflandırma veya objektif bağlama noktasına göre uygulanacak hukukun tespitinden ziyade, sübjektif bağlama noktası olan taraf iradesinin ne şekilde uygulanması gerektiği noktasındadır. Doğası gereği yabancılık unsuru taşıyan bu tür sigorta sözleşmelerinde, sözleşmeden yararlanan üçüncü kişilerin durumu, sigorta sözleşmesinde yer alan kayıtların bu kişiler üzerindeki bağlayıcılığı açısından birçok sorunun doğmasına sebep olacak niteliktedir. Çalışma konumuz açısından, hukuk seçiminin sigorta sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişiler üzerindeki bağlayıcılığı da bu sorunların başında gelmektedir.

Esasen inceleme konusu sorun özel hukuk içinde farklı hukuk disiplinlerinin kesiştiği bir noktadadır. Bu nedenle, borçlar hukuku, sigorta sözleşmeleri hukuku ve kanunlar ihtilafı hukuku ilkelerinin birlikte uygulanmasının zorluğu nedeniyle uygulama alanı bulacak net ve kesin bir kural koymanın mümkün olmadığı görülmektedir. Sorumluluk ve mal sigortalarında, zarar gören üçüncü kişi ile mal üzerindeki hakkı dolayısıyla sigortalanabilir menfaat sahibi sigortalının durumu da ayrı ele alınması gereken konulardır. Bu kapsamda TTK m. 1478 ile sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü kişiye sağlanan doğrudan dava hakkı ile sorumluluk veya mal sigortası sözleşmesinde yer alan hukuk seçiminin bağlayıcılığı iki farklı konudur. Sigorta sözleşmesinde, sigortacı ile sigorta ettirenin birbirlerine uygun irade beyanları çerçevesinde seçtikleri hukukun zarar gören üçüncü kişiye ya da sigortalıya doğrudan dava hakkı tanımasa dahi, bu kişilerin Türk mahkemelerinde dava açtıkları takdirde, sorumluluk sigortalarına özgü bir hüküm olan TTK m. 1478 kapsamında doğrudan dava hakkına sahip olup olmayacağı da ayrı bir sorundur. Zira anılan hükmün her ne kadar emredici olduğu kabul edilse de, kanunlar ihtilafı anlamında yetkili hukuku bertaraf edici nitelikte bir doğrudan uygulanan kural olup olmadığı incelenmeye muhtaç başka bir konudur.

Sözleşme kayıtlarının sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler bakımından bağlayıcılığı sözleşmenin niteliğine ve üçüncü kişinin talep hakkının doğasına uygun şekilde yorumlanmalıdır. Bu çerçevede, tüm kayıtları aynı şekilde değerlendirmek de mümkün değildir. Bu itibarla, tahkim ve yetki şartlarının bağlayıcılığı ile hukuk seçimine ilişkin kayıtların bağlayıcılığı bire bir aynı kaidelere tabi tutulmamalıdır. Sözleşmeden yararlanan üçüncü kişinin sözleşmenin ifasına hangi ölçüde katıldığı, talep hakkının niteliği ve hukuk seçimine ilişkin kayıt ile bağlı tutulmasının hukukun genel ilkeleri ile ne kadar bağdaşacağı hassas bir değerlendirme gerektirmektedir.

Borçlar hukukunun genel ilkeleri çerçevesinden bakıldığında, bir sözleşmeden kaynaklanan hakkı kullanan üçüncü kişinin sözleşmedeki kayıtlarla bağlı tutulması gerektiği sonucuna varılabilir. Ne var ki, özellikle uluslararası satım uygulamasında önemli bir yer işgal eden CIF satımlarda, satıcının sigortacı ile akdettiği sigortalı-alıcı lehine olması bir zorunluluk olarak düzenlenen sigorta sözleşmelerinde, gerek sigorta sözleşmesinin gerekse hukuk seçiminin tarafı olmayan üçüncü kişinin tabi olacağı rejii-

min tespitinde bu sonuç hakkaniyetli olmayabilecektir. Dolayısıyla, kanımızca genel kabul, sigortacı ile sigorta ettiren-satıcının iradesinin sözleşmeden doğan talep hakkının -kural olarak- “tek” sahibi olan sigortalıyı, onun durumunu ciddi ölçüde kötüleştirdiği ihtimalde, bağlamadığı yönünde olmalıdır. Bununla birlikte, sigortalının her halde hukuk seçimi ile bağlı tutulmasını gerektiren durumlar da olabilir. Özellikle, reasürans sözleşmelerinde olduğu üzere, sigorta sözleşmesine uygulanmak üzere belirli bir ülkenin hukukunun seçilmesinin sigortacı ve sigorta ettirenin iradesinden bağımsız şekilde “zorunlu” olduğu durumlarda, sigortalı-alıcının da bu durumu bilebilecek durumda olduğu kabul edilerek hukuk seçiminin geçerli olacağı sonucuna varılabilir. Ayrıca, CIF satım sözleşmesinde, satıcı tarafından akdedilecek sigorta sözleşmesine ilişkin düzenlenen kayıtlar da önem arz edecektir. Nihayetinde, yapılacak değerlendirme somut olay odaklı bir inceleme gerektirmektedir.

Ancak, hukuk seçiminin yaratacağı etki ve sözleşmeler hukukunda uygulanacak hukukun tespitindeki önemi karşısında, hukuk seçimi anlaşmasının tarafı olmayan kişilerin durumunun kanunda düzenlenmesi gerektiği savunulabilir. Zira aksi halde konu yoruma açık kalacaktır. Bu çerçevede, MÖHUK m. 24’e eklenecek bir fıkra ile gerek temlik ya da halefiyet, gerekse üçüncü kişi yararına sözleşmeleri kapsayacak şekilde, üçüncü kişilerin sözleşmedeki hukuk seçimi anlaşması karşısındaki durumunun düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- ACAR, Serdar: “Sorumluluk Sigortacısının Doğrudan Davada Dayanabileceği Savunmalar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 2, s. 733-748.
- ACAR, Serdar: *Kulüp Sigortası Protection & Indemnity*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- AĞAOĞLU, Cahit: “INCOTERMS 2020”, *Public Private International Law Bulletin*, 2020, Cilt 40, Sayı 2, s. 1113-1149.
- AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- AKKANAT, Halil / ÇEKİN, Mesut Serdar: “Borçlar Hukuku Perspektifinden Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşmelerde Tahkim Koşulunun Üçüncü Şahsa Etkileri”, *İstanbul Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 2, s. 103-116.
- AKYOL, Şener: *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- ALGANTÜRK LIGHT, Didem: *Deniz Sigorta Hukukunda Kulüp Sigortası*, 2. Baskı, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- ALİBABA, Arzu: *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005.
- AMASYA, Serap: “Some Turkish Law Issues Regarding the Governing Law for the Insurance Contracts Including Element of Foreignness”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Sayı 2, s. 1153-1173.
- ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ARAL ELDELEKLİOĞLU, İrem: “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 1, s. 383-403.
- ASLAN, Yavuz Can: *Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ATAMER, Kerim: “Yargıtay Kararları Işığında Deniz Ticareti ve Deniz Sigortası Hukukunda Güncel Sorunlar ve Gelişmeler”, (Ed.) ŞİT İMAMOĞLU, Başak: *XXIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2009, s. 165-274 (Güncel Sorunlar).
- ATAMER, Yeşim: “Genel İşlem Koşulu mu, Bireysel Pazarlıkta Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri”, (Ed.) KIRCA, Çiğdem: *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Makaleler, Tebliğler)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 103-137 (Değerlendirme Kriterleri).
- ATAMER, Yeşim: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m. 6 ve TTK m. 55/f. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak”, (Ed.) ŞİT, Başak: *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2012, s. 9-73.
- ATAMER, Yeşim: *Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- AYDOĞDU, Murat: *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- AYHAN, Feyza Eker: “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişi Lehbara Teşmili”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Sayı 1, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, s. 95-119.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: *Sigorta Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- BULL, Henrik: “Choice of Law for Insurance Contracts: History of Article 7 of Rome I, Particularly Regarding the Relationship with Directives 88/357 and 90/619 in Light of Directive 2009/138”, *Oslo Law Review*, 2019, Cilt 6, Sayı 1, s. 23-27.
- CONGAR, Hikmet Cem: *Taşıyıcının Sorumluluğu ve Deniz Sigortaları (Yük, Tekne ve P&I Kulüp Sigortaları)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 (Tek Satıcılık Sözleşmeleri).

- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001 (Kamu Düzeni).
- DEMİRKOL, Berk: “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2020, Cilt 40, Sayı 2, s. 1313-1350 (Genel İşlem Şartları).
- DEMİRKOL, Berk: *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (MÖHUK m. 24).
- EKŞİ, Nuray: *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- ERDEM, Ercüment: *SİF Satışlar, (CIF Sales)*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ERSÖZ, Oğuz: “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 3, Sayı 1, s. 69-104.
- ERİŞ, Gönen: *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ERSEN PERÇİN, Gizem: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında ‘Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği’”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2008, Cilt 28, Sayı 1-2, s. 51-63.
- ESEN, Emre: *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- GÖLCÜKLÜ, İlyas: *Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- GÜNAY, Barış: *Sigorta Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- GÜNGÖR, Gülin: *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜRSES, Özlem: “CIF Satışlarda Sigortalanan Menfaatin Ait Olacağı Kişi Sorununa İlişkin Bir Değerlendirme”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2006, Cilt 64, Sayı 1, s. 293-305.
- HARTLEY, Trevor: “Choice of Law Regarding the Voluntary Assignment of Contractual Obligations Under Rome I Regulation”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, Cilt 60, s. 29-56.
- KARA, Etem: *Sigortalanabilir Menfaat İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (Menfaat).
- KARA, Hacı: *Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Sigorta).
- KARACA, Hüseyin Akif: “Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda ‘Hukuk Kuralları’nın Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3”, (Ed.) ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa: *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 113-137.
- KAROL İŞIKLAR, Güneş: “Sorumluluk Sigortalarında Zarar Gören Tarafından Doğrudan Sigortacıya Açılan Davalarda Uygulanacak Hukuk”, (Ed.) ÖZEL, Sibel / PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin: *Atipik Sözleşmeler Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 277-357.
- KARTAL, Dilşah Buşra: *Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KAYIHAN, Şaban / GÜNERGÖK, Özcan: *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2021.
- KENDER, Rayegân: *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 17. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru: “Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı, s. 1759-1170.
- KONFİDAN, Melisa: *Deniz Araçları Sorumluluk Sigortası Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- KÖK, Aslı: *Roma I Tüzüğü Işığında Milletlerarası Unsurlu Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.
- KUYUCU, Aslıhan Sevinç: *INCOTERMS (Uluslararası Ticari Terimler)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.
- KRAVITZ, Mark R. / DANIEL, J. Klau: “Developments in the Second Circuit: 2000-2001”, *Connecticut Law Review*, 2002, Cilt 34, Sayı 3, s. 833-980.

- MURTAZ, Gözde: “Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MÖHUK m. 24 ile Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında)”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 3, Sayı 1, s. 157-202.
- NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021 (DHH).
- NOMER, Haluk N.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Borçlar Hukuku).
- OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami: *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 27. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1*, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- OTANI, Koichi: “Effect and Scope of Governing Clause in Marine Cargo Policy”, *Waseda Business and Economic Studies*, 2007, Sayı 43, s. 1-15.
- ÖZDAMAR, Mehmet: *Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- ÖZDAMAR, Mehmet / DOĞAN, Burak: *Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2010, Cilt 20, Sayı 1-2, s. 27-88.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001 (Doğrudan Uygulanan Kurallar).
- ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif: *Milletlerarası Özel Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- BASEDOW, Jürgen / BIRDS, John / CLARKE Malcolm / COUSY, Herman / HEISS, Helmut (Ed.): *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Verlag Dr. Otto Schmidt, München, 2009.
- SARIOZ BÜYÜKALP, A. İpek: “Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Sayı 2, s. 523-581.
- SİRMEN, Sedat: “Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2010, Cilt 26, Sayı 3, s. 41-66.
- SOPACI ÖZTUNA, Birgül: “Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi”, (Ed.) ÜNAN, Samim / YAZICIOĞLU, Emine: *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 107-136.
- ŞANLI, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- TARMAN, Zeynep Derya: “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2009, Cilt 25, Sayı 2, s. 299-332.
- TEKİNALP, Gülören / UYANIK, Ayfer: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- THOMAS, Rhidian: “Third Party Direct Rights of Action Against Insurers Under UK Law and International Maritime Liability Conventions”, (Ed.) BAL, Abhinayan Basu / RAJPUT, Trisha / ARGUELLO, Gabriela / LANGLET, David: *Regulation of Risk, Transport, Trade and Environment in Perspective*, Brill Nijhoff, Hollanda, 2023, s. 685-717.
- ULAŞ, Işıl: *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Genel Hükümler Mal ve Sorumluluk Sigortaları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- UYAROĞLU, Osman: “Milletlerarası Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *Yargıtay Dergisi*, 2022, Cilt 48, Sayı 1, s. 219-248.
- ÜNAN, Samim: “INCOTERMS 2020 ve Sigorta”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2020, Sayı 2, s. 1057-1085 (Incoterms).

- ÜNAN, Samim: “Insurer’s Pre-contractual Duties to Inform and Warn/Advise”, *Insurer’s Precontractual Information Duty*, Sigorta Hukuku Türk Derneği (Turkish Chapter of AIDA), İstanbul, 2013, s. 9-28 (Insurer’s Pre-conditional Duties).
- ÜNAN, Samim: “SİF (CIF) Olarak Satılan Mallar İçin Yaptırılan Yük Sigortasında Sigortalanabilir Menfaat”, *Sigorta Hukuku Dergisi*, 1997, Sayı 1, s. 15-29 (Sigortalanabilir Menfaat).
- ÜNAN, Samim: “Some Private International Law Problems Relating to Insurance Law in Turkish Practice”, *European Insurance Law Review*, 2012, Sayı 4, s. 60-68.
- ÜNAN, Samim: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt II, Zarar Sigortaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Şerh).
- YAZICIOĞLU, Emine: “Sigortacının Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü”, (Ed.) ÜNAN, Samim / YAZICIOĞLU, Emine: *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 391-422.
- YAZICIOĞLU, Emine / ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra: *Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- YEŞİLOVA, Bilgehan: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Dene-timi*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008.
- YEŞİLOVA ARAS, Ecehan: “Doğrudan Dava (TTK m. 1478 - KTK m. 97)”, (Ed.) ÜNAN, Samim / YAZICIOĞLU, Emine: *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 497-506.
- YEŞİLOVA ARAS, Ecehan: “Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2015, Cilt 80, Sayı 3, s. 447-470 (Genel Şartlar).
- YEŞİLOVA ARAS, Ecehan: *Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013 (Doğrudan Dava).
- YETİŞ ŞAMLI, Kübra: “Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m. 1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı, s. 2977-3004.



Roma Hukukunda Nişanlanma, Evlenme ve Evliliğin Sona Ermesi^(*)



Engagement, Marriage and Termination of Marriage in Roman Law

Elvan SÜTKEN



Doktor Öğretim Üyesi

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Roma Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Roma Hukuku,
Nişanlanma,
Evlenme,
Evliliğin Sona Ermesi,
Boşanma.

Öz

Roma hukukunda aile (*familia*), devletin ilk oluşumu aşamasından başlayarak gerek toplumsal açıdan gerek devletin yönetimiyle ilgili olarak özel önem taşımıştır. Roma'da "dar anlamda aile (*familia proprio iure*)" kavramıyla evlilik kurumu birlikte incelenmiştir. Çalışmamızın konusu, Roma hukukunda nişanlanma, evlenme ve evliliğin sona ermesidir. Çalışmamızda, öncelikle, Roma'da oldukça önem taşıyan, toplumdaki en küçük birlik olan ailenin kurulmasındaki ilk adım olan nişanlanma (*sponsalia*) anlatılmıştır. Daha sonra başlangıcından sona erme aşamasına kadar evlenme (*matrimonium*) konusu incelenmiş, dolayısıyla evlenmek için gerekli şartlar, evlenmenin hükümleri, evliliğin sona ermesi, boşanma (*divortium*), *dos* konuları sırasıyla ele alınmıştır.

Keywords

Roman Law,
Engagement
(Betrothal),
Marriage,
Termination of the
Marriage,
Divorce.

Abstract

In Roman Law, the family (*familia*) had a special importance both in social terms and in relation to the administration of the state, starting from the first formation of the state. In Rome, the concept of "family in the narrow sense (*familia proprio iure*)" and the institution of marriage were examined together. The subject of our study is "Engagement, Marriage and Termination of Marriage in Roman Law". In our study, first of all, engagement (*sponsalia*), which is the first step in the establishment of the smallest union in the society, which is so important in Rome, is explained. Afterwards, the subject of marriage (*matrimonium*) from the beginning to the end was discussed; therefore, the necessary conditions for marriage at the beginning, the provisions of marriage, termination of the marriage, divorce (*divortium*), *dos* are discussed in order.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 17.11.2023, Kabul Tarihi: 21.12.2023.

"Roma Hukukunda Nişanlanma, Evlenme ve Evliliğin Sona Ermesi" başlıklı bu çalışma, yazara ait "Roma Hukuku'nda Şekil" (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2010) isimli çalışmadan, ilgili bölümler geliştirilerek üretilmiştir.



GİRİŞ

Roma’da aile toplumun temel taşı olması sebebiyle özel öneme sahipti. Roma hukukunda, iki tip aile anlayışı olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Bunlar, “dar anlamda aile (*familia proprio iure*)” ve “geniş anlamda aile (*familia communi iure*)”dir. Roma hukukçuları “dar anlamda aile” kavramıyla evliliği (*matrimonium*) birlikte ele almış olduklarından, “Roma Hukukunda Nişanlanma, Evlenme ve Evliliğin Sona Ermesi” başlıklı bu çalışmamızda esasen Roma hukukunda “dar anlamda aile (*familia proprio iure*)” ele alınmıştır.

Familia kelimesi ile asıl kastedilmek istenen, Roma hukukçularının bazılarına göre, *familia proprio iure* idi. Çalışmamızın başında *familia* kavramını ele alırken belirtilmesi gereken diğer bir önemli husus ise Roma hukukunda, aile babası (*pater familias*) ve onun hâkimiyeti altındaki kişilerin Roma ailesinin (*familia'nun*) birer ferdi olmasının, geniş anlamdaki ailenin konusunu teşkil etmesidir. Çalışmamızda ancak yeri geldikçe değinilen Roma hukukundaki geniş anlamdaki aile; baba hâkimiyetinde (*patria potestas*) yer alan tüm aile fertlerinden ve ortak yaşama sahip ev halkından oluşurdu¹.

Doğum, evlat edinme, *manus* altına girme, ortak atadan gelme gibi hukuksal nedenlerle baba hâkimiyetine² giren kimseler geniş anlamda Roma ailesinin kapsamında yer alırlardı³.

Çalışmamızda, Roma hukukçularının dar anlamdaki aile anlayışı (*familia proprio iure*) esas alınarak nişanlanma (*sponsalia*), evlenme (*matrimonium*), evlenmek için gerekli şartlar, evlenmenin hükümleri, evlilik bağının sona ermesi, boşanma (*divortium*), *dos* ve idaresi gibi önemli kurumların kendilerine özgü yapılarıyla Roma hukukundaki yeri incelenmiştir.

¹ Çalışmamızda değinilen Roma hukukundaki “geniş anlamda aile (*familia communi iure*)” ile ilgili olarak belirtmeliyiz ki Roma’da, aile babası (*pater familias*) öldüğünde, aile evlatları bundan böyle kendi hukuklarına tabi (*sui iuris*) olup ailede var olan erkek evlat sayısınca yeni aile doğmuş olurdu. Her bir erkek evlat, artık kendi ailesinin aile babası hâline gelirdi. Kız evlatlar ise aile babası öldüğünde aile kuramıyorlardı. Nitekim kız evlatların *pater familias* olabilmeleri mümkün değildi. Kız çocukların aile durumundaki en çarpıcı değişim ise aile babasının (*pater familias*’ın) ölümüyle kız çocukların baba hâkimiyetinden (*patria potestas*’tan) kurtulup önceden *alieni iuris* (baba hâkimiyetine tâbi) iken bundan böyle *sui iuris* (kendi hukuklarına tâbi) hâle gelmeleriydi. Bkz. MUIRHEAD, John Spencer: *An Outline of Roman Law*, William Hodge and Company Limited, London, 1947, s. 68; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: *Roma Hukuku*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 158-159; SÜTKEN, Elvan: *Roma Hukuku’nda Şekil*, Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2010, s. 80 vd.; KARADENİZ, Özcan: “Aile (Roma Hukukunda)”, *Türk Hukuk Ansiklopedisi*, Cilt 1, Ankara, 1962, s. 456; SANFILIPPO, Cesare: *Istituzioni di Diritto Romano*, Decima Edizione, Rubbettino editore, Soveria Mannelli, 2002, s. 53.

² Roma hukukunda aile babası (*pater familias*), aile evlatları ve tüm ev halkı üzerinde her türlü yetkiyi sağlayan *patria potestas* denen sınırsız hâkimiyete sahipti. *Patria potestas*, Roma’da tek başına sadece aile babasının (*pater familias*’ın) sahip olduğu bir yetki idi. Geniş anlamdaki Roma ailesi, *Ius Civile*’ye göre hukuki bir sebebe dayanarak veya doğumla aynı baba hâkimiyetindeki bireylerden meydana gelen bir topluluktu. *Ius gentium*’a göre ise aile (*familia*), kan hısımlığı esasına dayanmaktaydı. Bkz. KARADENİZ, s. 457; GÜNAL, A. Nadi: “Roma Hukukunun Temel Kriterleri, Kavram ve Kurumları”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, 2009, Sayı 49 (Romalılar I), s. 28; BERKİ, Şakir: “Roma’da Aile Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1957, Cilt 14, Sayı 1-4, s. 112 vd.; AYİTER, Kudret: *Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku*, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963 (Roma Aile Hukuku), s. 1-2; KASER, Max: *Roman Private Law*, (Transl.) DANNENBRING, Rolf, Butterword & Co. Ltd., Durban, 1965, s. 44; SÜTKEN, Elvan: “Roma Aile Hukukunda *Patria Potestas*”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 5, Sayı 1 (Patria Potestas), s. 71; BERKİ, Şakir: *Roma Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1949, s. 141; SCHWARZ, Andreas: *Roma Hukuku Dersleri*, I. Cilt, (Çev.) RADO, Türkân, 7. Baskı, Doğan Kardeş Matbaacılık Sanayii A. Ş. Basımevi, İstanbul, 1965, s. 216 vd.; GUARINO, Antonio: *Dritto Privato Romano*, Dodicesima Edizione, Napoli, 2001, s. 542-543; SANFILIPPO, s. 153-154; MUIRHEAD, s. 68; SERİM, Gökçe: *Roma İmparatorluk Döneminde Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler*, Lykeion Yayınları, Ankara, 2018, s. 14-15.

³ Roma’da geniş anlamda ailenin yani *familia communi iure*’nin tüm ev halkını, ortak atayı, ortak soydan gelen kimseleri, ayrıca ev birliği içindeki ortak malları (köleleri) içine alan oldukça kapsamlı bir kavram olduğunu belirtmekte fayda vardır. Geniş anlamda aile kavramını benimseyen bazı Roma hukukçularına göre Roma ailesinin temeli evlilik kurumuna dayandırılmazdı. Onlara göre *familia* kelimesi esasen, *pater familias*’ın (aile babasının) mutlak hâkimiyetini (*patria potestas*’ı) ve bu hâkimiyetin alanı olan ortak ev hayatını vurgulamaktaydı. Aile babasının idaresi altındaki aileye dâhil olan özgürler ve köleler, aynı babanın hâkimiyetinde olma sebebiyle söz konusu aile içinde adeta benzer konumdaydılar. Bkz. RADO BASMAN, Türkân: “Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1942, Cilt 8, Sayı 1-2, s. 531-532; WATSON, Alan: *Society and Legal Change*, Second edition, Temple University Press, Philadelphia, 2001, s. 23-24; UMUR, Ziya: *Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 374-375; KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 158-159; SÖĞÜTLÜ, Özlem: *Roma Özel Hukuku, Ders Kitabı*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 229-230; SELEK, Hulûsi: “Roma Hukukuna Göre Aile Mütessesesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, 1936, Cilt 1, Sayı 5, s. 223; AYİTER, Kudret: *Roma Aile Hukuku*, s. 42-43; PUGLIESE, Giovanni: “Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış”, (Çev.) UMUR, Ziya, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1956, Cilt 22, Sayı 1-4 (Roma Ailesi), s. 339; SÜTKEN, Elvan: *Patria Potestas*, s. 76-77; KARADENİZ, s. 456; SAYIN KORKMAZ, Bengi Sermet: “Roma Aile Hukukunda Evlat Edinmenin Yeri ve Usulleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2020, Cilt 78, Sayı 3, s. 54-55.

I. NİŞANLANMA (*SPONSALIA*)

Nişanlanma, Roma hukukçuları tarafından “evlenmeye ilişkin vaatte bulunma” olarak nitelendirilmiştir⁴. Nişanlanma, Roma ailesinin kurulması aşamasındaki birinci adım olarak nitelendiriliyordu. Nişanlanma, tüm yönleriyle incelendiğinde, Roma’da toplumsal açıdan önem taşıyan bir hukuki işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca Roma hukukunda verilen söze büyük önem atfedilmesinden dolayı nişanlanmanın, ahlaki değerleri de yakından ilgilendirdiği kabul ediliyordu. Roma’da “*sponsalia*” kelimesi, nişanlanmaya karşılık gelirdi. Esasen *sponsalia*’nın, *stipulatio* ve *sponsio* sözcüklerinden oluştuğu bilinmekteydi. Roma’nın Klasik Öncesi Dönemi’nde şekle bağlı *sponsio* işlemiyle nişanlanma mümkündürdü. Aslen *ius civile*’ye ait şekli bir işlem olan *sponsio*, Roma’da aynı zamanda kefalet işleminin de en eski yapılış biçimiydi. *Sponsio*’yu formül olarak açmak gerekirse, soru olarak “*Spondes?*” ve buna yanıt olarak “*Spondeo*” kelimelerinden oluştuğunu ifade etmeliyiz. Yeri gelmişken belirtmeliyiz ki Roma’da Klasik Dönem’de, şekle bağlı olmayan bir işlemle nişanlanma mümkün hâle geldi. Şekle bağlı bir işlem olan nişanlanma, şekle bağlılığın şartı olan belli söz kalıplarını içererek, Klasik Öncesi Dönem’de, *stipulatio* yoluyla soru sorulması ve buna yanıt verilmesiyle meydana gelirdi. Soru ve cevap yoluyla, genel olarak nişanlanan kızın aile babası ve nişanlanan erkeğin aile babası (kızın ve erkeğin *pater familias*’ları) arasında nişanlanma tamamlanırdı. Günümüzdeki nişan yüzüğü takma adetine benzer şekilde, Roma’da nişanlıya halka vermek bir adetti. Roma’nın en eski devirlerinde, başka bir şey içermeyen sadece demir bir halka verilirdi. İsteğe bağlı olarak değişse de demir halka yerine MS II. yüzyılın sonlarından itibaren nişanlıya altın halka vermek adeti de yerleşmeye başlamıştı. Altın halka üzerine bazen nişanlanmaya ilişkin taahhüdü vurgulayan “*ama me, amate, bonam vitam*” vb. kelimeler yazılabiliyordu. Şöyle ki Roma’da *sponsio* ile nişanlanma gerçekleştirilir, nişanlanmak için taahhüt etme işlemi yapılmasının ardından erkek, nişanlandığı kıza bu halkayı verirdi. Öyle anlaşılıyor ki bu halka, nişanlanmaya ilişkin taahhüdün adeta delili niteliğindedir. Erkek nişanlanma sırasında halkayı nişanlısının parmağına bizzat takardı. Sonraki dönemlerde, erkek bu halkayı nişanlısına gönderme yolunu da seçebiliyordu. Sol elin parmaklarından dördüncüsü, adet gereği, bu halkanın takılması gereken yerdirdi. Hukukçular arasında, nişan halkası verme adetinin niteliğine ilişkin bazı görüş farklılıkları vardır. Hukukçuların bir kısmı, bunun sözleşmenin kurulabilmesi için şekle ilişkin bir şart olduğunu savunurken bir kısmı ise halkanın rehin niteliğini taşıdığını savunuyordu. Bunun yanında halka vermenin *sponsio*’ya kuvvet kazandıran bir bağlanma parası, başka bir deyişle pey akçesi niteliğinde olduğu görüşü MS II. yüzyılda ortaya atılmış ve bu görüş oldukça taraftar bulmuştu. Ancak nişan yüzüğü sadece erkek tarafından kadına verildiğinden ve verildikten sonra artık kadının malı sayıldığından, yüzüğün bağlanma parası kapsamında değerlendirilebileceği düşüncesine katılmamaktayız⁵.

⁴ D. 23.1.1: “*Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum.*”. D. 23.1.1: “Nişanlanma gelecekteki evlenmenin teklifi ve karşılıklı vaadidir”. Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 118. maddesi “Nişanlanma” başlığıyla düzenlenmiştir. TMK m. 118’in ilk fıkrasına göre “Nişanlanma, evlenme vaadiyle olur”. Günümüz hukukunda doktrinde nişanlanmanın çeşitli tanımları vardır. Bu tanımlardan birine göre “Nişanlanma, bir kadın ile bir erkeğin, ileride birbirleriyle evleneceklerini, karşılıklı olarak vaat etmeleridir”. Başka bir tanıma göre “... Nişanlanma, ileride birbirleriyle evlenmek isteyen ve evlenmeleri caiz olan ayrı cinsten iki kişinin, birbirlerine, bu konudaki iradelerini açıklama suretiyle, özel ailevi ilişkiler içine girmeleridir...”. Bkz. KOÇ, Nevzat: *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2002, s. 12. AKINTÜRK’e ve ATEŞ’e göre nişanlanma, ileride evlenmek niyetinde olan ayrı cinsten iki kişinin buna ilişkin iradelerini birbirlerine açıklamalarıdır. Nişanlanma, evliliğin ön şartlarından biridir. Nişanlanma, ileride evlenme niyetinde olan kişilerin birbirlerinin ve ailelerinin yaşam biçimlerini, alışkanlıklarını, geleneklerini tanıma olanağı sağladığı için evlenmeye hazırlık dönemi olarak nitelenebilir. Bkz. AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 23 vd. *Dural / Ögüz / Gümüüş*’e göre ancak iki unsur varsa nişanlanmadan bahsedilebilir: İlk unsur, karşılıklı olarak evlenme vaadi söz konusu olmalıdır. İkinci unsur ise bu vaatte bulunanların ayrı cinsiyetten kişiler olmasıdır. Bkz. DURAL, Mustafa / ÖGÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 15. *Kılıçoğlu*’na göre nişanlılık ve nişanlanma kavramlarını birbirinden ayırt etmekte fayda vardır. Tarafların birbirlerine evlenme vaadinde bulunmaları “nişanlanma” olarak adlandırılırken tarafların evlenme öncesinde devam eden hukuksal durum ya da ilişkileri ise “nişanlılık” olarak adlandırılır. Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Aile Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 9-10.

⁵ BURDICK, William Livesey: *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, Lawyers Co-operative Pub. Co., New York, 1938, s. 219; KOSCHAKER, Paul: *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, (Çev.) AYİTER, Kudret, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1993, s. 300; SOMER, Pervin: “Dar Anlamda Aile Hukukunun Esasları”, *T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 1, Sayı 2, s. 155; SCHULZ, Fritz: *Classical Roman Law*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1969, s. 109; RADO BASMAN, s. 537-538; TALAMANCA, Mario: *Elementi di Diritto Privato Romano*, Giuffrè Editore, S.p.A, Milano, 2001, s. 75; TAHIROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: *Roma Hukuku Meseleleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996 (Roma Hukuku Meseleleri), s. 205-206; SERİM, s. 32.

Roma'da adet olduğu üzere, evlenmeden önce, evlenme niyeti olan kadın ve erkeğin, karşılıklı olarak evlenme vaadinde bulunarak nişanlanmaları şarttı. Nişanlanmanın, evlilik teklifine karşılık geldiği düşüncesi hâkimdi⁶. Aile babası, gelecekteki evlilik için kızını *sponsio* ile gerçekleşmesi beklenen evlilikteki kocasına, bazen de onun aile babasına vaadedirdi. Klasik Öncesi Dönem'de, önceden belirlenmiş olan sorunun sorulması ve bu sorunun tam karşılığı olan yanıtın verilmesi şartıyla meydana gelen *sponsio*, açıkça görüldüğü üzere, şekle bağlı bir törendi. "*Sponsa*" nişanlanacak kadın için kullanılan terimdi. Nişanlanacak erkeğe "*sponsus*" denirdi. *Sponsalia*, üzerinde durduğumuz vaade karşılık gelen terimdi⁷. Hukuk düzenince geçerli kabul edilen bir neden olmaksızın nişanlanma vaadini yerine getirmeyen, yani evlenmenin gerçekleşmemesine sebep olan taraf, bu sebeple Klasik Öncesi Dönem'de tazminat ödemekle yükümlü kılınabilirdi. Roma hukuku kaynaklarından⁸ edinilen bilgiler doğrultusunda, Klasik Dönem'de nişanlanmanın gerçekleşmesi için tarafların hazır bulunmamasına rağmen rızalarının var olmasının hukuk düzenince yeterli görüldüğünü önemle vurgulamak gerekmektedir. Klasik Dönem'e ilişkin olarak tarafların irade beyanları değerlendirildiğinde, nişanlanmanın gelecekte yapılması istenen evlilik sözleşmesi için tarafların karşılıklı rızalarının uyuştugu (*consensus*'un sağlandığı) anlamına da geldiği vurgulanmalıdır. Klasik Dönem'den başlayarak irade beyanlarının şekle bağlı olmasına gerek duyulmuyordu. Bunun yanında eğer taraflar isterlerse nişanlanma iradelerini karşılıklı beyan etmek için sözlü, yazılı, örtülü, açık irade beyanı şekillerinden birini tercih edebilirlerdi. Roma Hukuku kaynakları incelendiğinde şu sonucu çıkarmak mümkündür ki⁹ Klasik Dönem'den başlayarak nişanlanma sürecinde evlilik sözleşmesini ilgilendiren bir ceza şartı eklenmesi artık geçersiz olacaktı. Nitekim evliliğin cezai bir şartla ile ilişkilendirilmesinin şerefli bir durum doğurmayacağı anlayışı artık hâkimdi. Klasik Dönem'de hukuki düzenlemelerde, evlenecek kız ve erkek için yaş sınırlandırması yapılmamıştı. Ancak bu kimselerin nişanlandıklarını anlamaları hukuken şarttı. *Iustinianus* Dönemi'nde ise nişanlanan kişiler için yedi yaşını doldurmuş olma şartı aranmaktaydı¹⁰.

Baba hâkimiyeti (*patria potestas*) altındaki nişanlanacak kız ve erkek için aile babasının rızasının bulunması şartı getirilmişti. Ayrıca erkek aile evladının kendisinin nişanlanmaya rızasının bulunması şarttı. Klasik Öncesi Dönem'de, kız aile evladının kendisi bakımından rızasının bulunması şartı yoktu. Nişanlanırken kız aile evladı susmuşsa bu davranışı rızasının varlığına işaret eder, ikrar olarak kabul edilirdi. *Iustinianus* Dönemi'nde, kötü ahlaklı bir erkek ile nişanlanması söz konusu olan kız aile evladı, nişanlanmasında mahsur görmeyen aile babasının iradesine itiraz etme hakkını elde etti. Kanımızca kız evladın bu hakkı elde etmesi, hukukun gelişimine paralel olarak, beyan edilen iradeye hukuk düzeni tarafından verilen önemin artmasının bir sonucudur. İlerleyen zamanda da aile evladı erkeğe nişanlanması için aile babası açıkça rıza göstermeliydi. Eğer aile evladı kız ise kızın aile babasının açıkça nişanlanmaya itiraz etmemiş olması aranıyordu¹¹.

Nişanlılardan birisi evlenmek istemediğini beyan ederse veya nişanlı kız ve erkeğin ikisi de karşılıklı olarak artık evlenmeye dair rızalarının olmadığını, yani gelecekteki evliliği artık istemediklerini beyan etmeleri nişanın bozulmasına yol açardı. Nişanın bozulmasına ilişkin bu durum, Roma'da *repudium* olarak ifade edilirdi ve şekle bağlılık arz etmezdi. Hukuki gelişimin önemli aşamalar katettiği Klasik Dönem'de aile birliğine son derece önem veren Romalılara göre, evlilik birliğinin zorlamayla oluşması ya da taraflarca gerçekten istenmeden yapılan evlilikler, kanımızca, ailelerin yapısını temelden sarsacağı şüphesiyle hoş

⁶ GRUBBS, Judith Evans: *Women and the Law in the Roman Empire*, Taylor & Francis Books Ltd., New York, 2002, s. 88.

⁷ VOLTERRA, Edoardo: *Ricerche Interno Agli Sponsali in Diritto Romano*, Industria Tipografica Romana, Roma, 1932, s. 5-6; İPEK, Nurcan: "Roma Hukukunda Nişanlanma (*Sponsalia*)", *Belgin Erdoğan'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s. 114-115; SERİM, s. 30.

⁸ D. 23.1.4: "*Nişanlanma için tarafların karşılıklı rızalarının uyuşması yeterlidir...*". Ayrıntılı bilgi için bkz. IUSTINIANUS: *The Digest of Justinian*, (Ed.) MOMMSEN, Theodor / KRUEGER, Paul / WATSON, Alan: Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, s. 656.

⁹ D. 45.1.134: "... nitekim evlilik ile ceza arasında ilişki kurmak şerefli bir hal sayılmaz...". Ayrıntılı bilgi için bkz. IUSTINIANUS, s. 674.

¹⁰ DI MARZO, Salvatore: *Roma Hukuku*, (Çev.) UMUR, Ziya, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1959, s. 180; MUIRHEAD, s. 74; TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 205-206; BONFANTE, Pietro: *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1987, s. 160-161; RADO BASMAN, s. 537.

¹¹ DI MARZO, s. 180-181.

karşılanmazdı. Klasik Sonrası Dönem'de ise hukuksal bir neden ileri sürülmeksizin makul bir süre içinde nişanlı çift evliliğe yanaşmaz, evlilik gerçekleştirilmezse nişanın bozulması gerekirdi. Bunun yanında nişanlıların evlenmesini engelleyen bir sebebin ortaya çıkması veya nişanlıların başına gelebilecek ölüm olayı da nişanlanmanın sona ermesi sonucunu doğururdu. Gerçekleşme tarihinden başlayarak iki sene zarfında evlilikle sonlanma şartıyla nişanlanma, evlilikte karı kocanın sahip olduğu bazı ayrıcalıkları nişanlı çiftte de sağlamaktaydı. Hediyelere ilişkin olarak ise nişanlılık sona ererse, kusur olmadıkça, hediyelerin kusuru olmayan tarafça geri istenebileceğini ifade edebiliriz. Klasik Sonrası Dönem'de, nişanlılıkta verilen hediyelerin evlenme niyeti ve şartı ile verildiği, evlenmeye kusurlu davranışlarıyla engel olan tarafın vermiş bulunduğu hediyeleri geri isteyemeyeceği kuralı uygulanmaya başladı. Nişanlılığın sona erme nedeni ölüm olduğunda ise -nişan Roma geleneklerine uyulup buse ile gerçekleştirilmişse- erkeğin kıza verdiği hediyelerin yarısı sağ kalan nişanlıya bırakılırdı, kızın erkeğe verdiği hediyeler ise mutlaka geri verilirdi. Nişanlılığın sona ermesi hâlinde değerlendirilmesi gereken diğer bir konu da Roma'da *arrha sponsalicia* olarak bilinen bağlanma parasının (pey akçesinin) akıbetidir. Nişanlanma sürecinde bağlanma parası vermek, Roma hukukunun Klasik Sonrası Dönem'de Doğu eyaletlerinde uygulanan hukuktan etkilenmesinin sonuçlarından birisi olarak karşımıza çıkar. Bağlanma parası (*arrha sponsalicia*), Roma'da, nişanlanmadan serbestçe dönme fikrinden nişanlıları caydırma fonksiyonu itibarıyla, muhtemelen, bir aile hukuku kurumu olan nişanlanmayı koruma altına alma düşüncesi ile kullanılmıyordu. Nişanlı çiftlerin karşılıklı bağlanma parası vermesiyle karşılıklı evlenme taahhütleri güvenceye kavuşturulmuş oluyordu. Bağlanma parası, kadının getirdiği *dos* kapsamında ya da kocanın evlenmeden önce nişanlanma sürecinde yaptığı bağışlamalar kapsamında verilebilmekteydi. Bağlanma parası, nişanlanma sona ererse bu parayı alan tarafta kalıyordu. Bazı Roma hukuku kaynaklarından anlaşıldığı üzere, bağlanma parasını vermiş ve evlenme taahhüdünü yerine getirmemiş olan nişanlı taraf, hem verdiği bağlanma parasını kaybediyor hem de önceden kendisine diğer nişanlının vermiş olduğu bağlanma parasının dört katını iade etmek zorunda kalıyordu. *Iustinianus* Dönemi'nde ise şartlar oluşmuşsa, bağlanma parasını veren taraf için dava yoluyla (*actio ex sponsu*) bağlanma parası verilen nişanlıdan bu paranın iki katını isteyebilme hakkı doğmaktadır¹².

Roma'da evlenmek için engel teşkil eden nedenler aynı zamanda nişanlanma için de engel teşkil etmekteydi. Örneğin akıl hastalığı, evlenmeye engel olduğu gibi nişanlanmaya da engeldi. Vasi ve vesayeti altındaki kızın nişanlanması da evlenmesi de yasaktı. Ergenlik yaşına gelmemiş küçükler nişanlanabilirdi. Bu durumda on iki yaşını doldurmamış olan kızlar ile on dört yaşını doldurmamış olan erkeklerin nişanlanmalarına hukuken engel yoktu. *Iustinianus* Dönemi'nde ise nişanlanabilmek için çocukluk döneminin sonu kabul edilen yedi yaşını doldurma şartı konmuştu¹³. Nişanlıyken, bu durumu hukukun ve Roma adetlerinin gerektirdiği şekilde sonlandırılmadan bir başkasıyla nişanlananların belli hakları kısıtlanıyor, ayrıca bu kimseler şerefsiz ilan ediliyorlardı. Bunun yanında nişanlılar bazı yasaklara uymak zorundaydılar. Örneğin bir kimse, kendi nişanlısının babasının aleyhine veya kızının nişanlısının aleyhine tanıklık yapmaya mecbur bırakılamaz, yani zorlanamazdı. Nişanlılık, nişanlı çiftlerin birbirlerinin anne ve babasıyla evlenmelerine de engeldi. Diğer bir yasak ise *dos* ile ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki nişanlanan kız *dos* vermişse nişanlı erkeğin verilen şeyi satması yasaktı. Bunların yanında nişanlı çiftte birtakım haklar tanınmaktaydı. Şöyle ki nişanlanan erkek, nişanlısı hakarete ya da benzer bir haksız fiile uğrarsa kendisi harekete geçerek dava açabilirdi. Nişanlanmaya bağlanan hukuki sonuçlardan birisi de nişanlı erkeğin ihaneti zina suçu olarak değerlendirilmezken, nişanlanmış bulunan kızın ihanetinin zina suçu iddiasıyla nişanlısı olan erkek tarafından öne sürülebilmesiydi. Nişanlıların birbirlerine destek olmalarını ve yardım etmelerini hukuk düzeni desteklerdi, şöyle ki nişanlılar bağışlama yasağı kapsamı dışında tutulmuştu. Nişanlı birinin kendi nişanlısını öldürmesi ya da nişanlısının anne veya babasını öldürmesi, yine bir kimsenin müstakbel damadını veya gelinini öldürmesi, hukuk düzeni tarafından bir kimsenin kendi anne veya babasını öldürme suçuyla eşdeğer varsayılarak, aynen cezalandırılmaktaydı¹⁴.

¹² DI MARZO, s. 182; EMİROĞLU, Haluk: *Roma Hukukunda Kadının Durumu*, Sözkese Matbaası, Ankara, 2003, s. 39-40; TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 207; RADO BASMAN, s. 538-539.

¹³ SOMER, s. 156; İPEK, s. 121; GRUBBS, s. 88.

¹⁴ DI MARZO, s. 181-182; İPEK, s. 124 ve 126; SOMER, s. 157.

II. EVLENME (*MATRIMONIUM*)

Roma hukukunda evlilik, basit ve özel bir sözleşmeyle yaratılan hukuki durum olarak nitelendirilebilir. Roma'da evlenen kadın ile erkek, hayatta oldukları sürece birbirine bağlı kalacakları konusunda anlaşmış ve bu hukuki birlikteliğe dâhil olmuşlardır¹⁵. Roma hukuku kaynaklarının çoğunda, Roma ailesinin oluşumunda evlilik kurumunun son derece önem taşıdığına yer verilmiştir. Bu sebeple Roma'da hukuk bilimiyle uğraşanlar, evlenme üzerinde özenle durmuşlar ve kusursuz olarak nitelenebilecek evlenme (*matrimonium*) tanımı yapmışlardır¹⁶. Bu kuruma dikkate değer şekilde önem yüklenmesinin temelinde yatan, evliliğin soyun devam etmesini temin etmesi için zaruri olduğunun düşünülmesidir. Örneğin, hukuki düzenlemelerden *Lex Iulia*'da belirtildiği üzere, yirmi beş ve altmış yaş aralığındaki bütün erkekler ile yirmi ve elli yaş aralığındaki bütün kadınlar evlenmek ile yükümlüydüler. Önceki evlilikleri boşanma ya da eşlerinin ölümü sebebiyle sona ermiş bile olsa bu yaşlardaki kadınların ve erkeklerin, soyun devamı için yeni evlilikler yapması beklenirdi. Evlenmemiş kimseler yani *coelibes* açısından mameleke ilişkin konularda sorunlar vardı. Şöyle ki bunlara mamelek vasiyet edilemiyordu. Yine bu kanuna göre evli olup da çocukları olmayanlar, miras elde etme söz konusu olduğunda kendilerine vasiyet edilenin ancak yarısını alabiliyorlardı¹⁷. Evliliğin ahlaki açıdan da büyük değer taşıdığı düşünülüyordu, bu kurum Roma'da ilahi nitelik taşıyan bir sözleşme niteliğine bürünmüştür. Nitekim evlilik kutsal kabul edildiğinden, örneğin, Klasik Öncesi Dönem'de evliliğin asla bozulması istenmez, buna yönelik düzenlemeler yapıldı. Ayrıca Roma adetleri, bir kadının zor kullanılarak kaçırılması sonucunda söz konusu olan yersiz, kötü durumu dahi sonradan ayinlerle yapılan bir evlenme töreniyle meşru hâle getirip geçmişte meydana gelen uygunsuz durumu düzeltme eğilimindedeydi. Roma'nın en önceki devirlerinde, her ailenin kendine özgü tanrıları ve dolayısıyla ayrı dini vardı. Evlilik törenleri ayinler eşliğinde, başka bir deyişle ilahi unsurlarla donatılmış şekilde yapıldı. Aynı zamanda dini birlik niteliği taşıyan ailelere yeni bir kimse girdiğinde, o kimsenin bundan böyle yeni ailesinin dini birliğine dâhil olduğu kabul ediliyordu. O hâlde evlenmekle kadının kocasının ailesine dâhil olması, dolayısıyla kocasının ailesinin inandığı dine girmesi kutsal sayıldığından, bu aile ve din değiştirme eylemi törenlerle yapılmalı, meşrulaştırılmalıydı.

Yaptığı evlilikle artık kocasının ailesinin bir ferdi hâline gelen kadın, yeni aileye dâhil olana dek kendi evinde yer alan ateş yanan mabet önünde kendi eski ailesinin inandığı din için ibadet ederken artık sadece kocasının ailesinin evindeki ateş yanan mabet önünde kocasının ailesinin dini için ibadet edip yeni üyesi olduğu ailenin katıldığı dini merasimlere katılmalıydı. Evlilik birliği içinde doğacak çocuklardan bahsetmek gerekirse, çocuklar da kadının üyesi olduğu yeni ailenin, yani kocasının ailesinin inandığı dinin gerektirdiklerini yapmalı, kadının girmiş olduğu bu yeni dinin törenlerine katılmalıydılar. Kadın, kocasının yaşadığı evde yeniden doğmuş gibi kabul ediliyordu. Dolayısıyla o ana dek kadın kendi babasının hâkimiyetindeyken artık bu durum sona eriyordu. Bundan böyle kadın, eğer kocası aile babası (*pater familias*) ise onun, değilse kocasının aile babasının hâkimiyeti altına giriyordu. Kocasını aile babası olan kadın, onun kızı kabul edilirken kocası aile babası hâkimiyeti altında olan kadın ise kocasının kız kardeşi olarak kabul ediliyordu¹⁸. Evlilik töreni, kadının müstakbel kocasının evine getirilmiş olması şartıyla, müstakbel koca yokken de yapılırsa geçerli sayılırdı¹⁹.

Roma'da Klasik Öncesi Dönem'de *manus* adlı işlem, evlenen kadını kocasının ailesine dâhil etmek amacıyla yapılırdı. Genellikle *manus*, evlenen kadının üzerinde hâkimiyet kurmak olarak ifade

¹⁵ BIERKAN, Andrew T. / SHERMAN, Charles P. / STOCQUART, Emile: "Marriage in Roman Law", *The Yale Law Journal*, 1907, Cilt 16, Sayı 5, s. 304; GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ: *Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 55; TAMER, Diler: *Roma Hukuku Cilt 1*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 102; HONIG, Richard: *Roma Hukuku Dersleri*, (Çev.) TALİP, Şemseddin, Ahmed İhsan Matbaası Ltd., İstanbul, 1935, s. 161.

¹⁶ PARIBENI, Roberto: *Roma Ailesi*, (Çev.) TALİP, Şemseddin, A. İhsan Basımevi, İstanbul, 1935 (Roma Ailesi), s. 35.

¹⁷ KASER, s. 243; SOMER, s. 172.

¹⁸ PARIBENI, *Roma Ailesi*, s. 36-37.

¹⁹ RADIN, Max: "A Glimpse of Roman Law", *The Classical Law Journal*, 1949, Cilt 45, Sayı 2, s. 75; BIERKAN / SHERMAN / STOCQUART, s. 303.

ediliyordu. Evlenen kadının, kocasının ya da onun aile babasının hâkimiyeti altına girebilmesi için yapılması söz konusu olan hukuki işlem Roma’da *conventio in manum* idi. Roma hukukçularından bazıları, “*conventio in manum*”un aslında *manus* işlemi yerine kullanılan teknik bir terim olduğu görüşünü benimsemişlerdi. Özel hukukun kapsamındaki bazı tipik işlemlerle *conventio in manum*’un yapılması mümkündü. Bahsedilen işlemler şöyle sıralanırdı: *confarreatio*, *usus*, *coemptio*. *Confarreatio* ve *coemptio* şekle bağlı, törenli işlemlerdi ancak *usus* şekle bağlı değildi. *Manus* ve evlilik birbirinden farklı işlemlerdi. Evliliği esasen meydana getiren *consensus* (evlilik sözleşmesi için tarafların karşılıklı rızalarının uyuşması) idi²⁰.

Confarreatio, Roma’da *manus* ile yapılan evlilikler incelendiğinde, evlenme şekilleri içinde tarihsel olarak en önce kullanımda olanıdır. *Confarreatio*, kullanımda olduğu devirde toplumun üst tabakası tarafından tercih edilmekteydi. *Confarreatio*’nun evlenme şekilleri içinde öne çıkan meşhur özelliği, diğerlerine nazaran baştan sona tümüyle Roma toplumuna özgü oluşuydu. Belirtilen sebeplerden dolayı son derece önem taşıdığı ortada olan *confarreatio*’nun belli şekli şartlara uyularak törenler zinciri eşliğinde yapılması gerekiyordu. *Confarreatio*’nun bu çalışmada *usus* ve *coemptio*’ya göre daha ayrıntılı incelenmiş olmasının sebebi, evlenme şekilleri arasındaki bu özel yeridir²¹.

Confarreatio usulüne göre evlilik töreni, hem dini nitelik hem de hukuki değer taşıyordu. Kutsal olarak nitelenen *confarreatio*’ya dair işlem, on adet tanık huzurunda gerçekleştirilirdi²². *Confarreatio* usulüne göre evlilik töreni, diğer evlenme şekillerindeki törenlerden daha fazla dinsel nitelik taşıyordu. Yine de umumi mabede gidilmesine gerek duyulmadan veya din adamlarına başvurmaksızın, sadece evlenecek kızın ve erkeğin akrabalarının eşliğinde, çiftin kendi ailelerine ait evlerin mabedinin önünde *confarreatio* yapılırdı²³. Evlenecek kız, genelde baba hâkimiyeti altında bulunduğundan, sadece kızın aile babası onu hâkimiyeti altından çıkartabilirdi. Kızın aile babası onu kendi hâkimiyetinden çıkarttığına, aynı zamanda kız o zamana değin üyesi olduğu evlenmeden önceki ailesinden ve de bu eski ailesinin dini birliğinden de çıkartılmış olacaktı. *Confarreatio* usulüne göre evlenmede üç aşamalı dinsel tören yapılmaktaydı: Törenin ilk aşamasında hem evlilik sözleşmesi yapılır hem de kız *traditio* ile kocasına teslim edilirdi. Bundan sonraki aşamada kız, kocasının yaşadığı eve götürülürdü (*deductio in manum*). Son aşamada koca, karısını kendi evinde kabul ederdi. Dinsel törenin ilk aşaması kızın kendi aile babasına ait evde başlardı. Sabah erken saatlerde kuşların nasıl uçtuğu izlenir, bundan olumlu çıkarım elde edilirse, bu durum törene davetli kimselere duyurulurdu. Hemen bundan sonra ayın başlar, evdeki ocakta dualarla Jupiter için koyun kurban etme ritüeli gerçekleştirilirdi. *Patria potestas* yani baba hâkimiyeti gereğince, kızın önceki ailesi ile olan bağı hemen kesilmeli, kocası aile babasıysa, *manus*’lu evliliklerde bundan böyle kız üstünde hâkimiyetini ve himaye yetkisini sürdüreceği kabul edilen kocasına *traditio* işlemi ile derhâl teslim edilmeliydi. Eğer kızın kocası aile evladiysa kız, aynı şartlarda kocasının aile babasına teslim edilmeliydi²⁴. Geleneklere göre evlilik töreni mutlak surette yapılmalı, hiçbir aşama ihmal edilmemeliydi. Romalılar, törenin dinsel niteliğinin evlilik kurumunu meşrulaştırdığı ve ona hukuki boyut getirdiği düşüncesindeydiler. Roma’da hukuki birliktelikleri *concubinatus*’dan ayıran ölçüt, diğer bir deyişle sadece hukuki birliktelikler için şart koşulan nokta, evlenecek kadın ve erkeğin rızalarının karşılıklı uygun olması yani *consensus* yanında, hem *manus*’lu hem

²⁰ KASER, s. 239-240 ve 245; TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: *Roma Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021 (Roma Hukuku Dersleri), s. 171; TALAMANCA, s. 73; MANSFIELD, Edward D.: *Legal Rights, Liabilities and Duties of Women*, John P. Jewett & Co., 1845, s. 48; AYİTER, Kudret: *Klasik Roma Hukukunda “Dos”un Tesisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1958 (“Dos”un Tesisi), s. 10; BONFANTE, s. 127-128; KAYAK, Sevgi: “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 8, Sayı 2, s. 261; SOHM, Rudolf: *Institutes, a Textbook of the History and System of Roman Private Law*, Clarendon Press, Oxford, 1892 (Roman Private Law), s. 453-454; SAYIN KORKMAZ, s. 68-69; SERİM, s. 49; SÜTKEN, *Patria Potestas*, s. 86-87.

²¹ FRIER, Bruce W. / MCGINN, Thomas A.J.: *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford University Press, New York, 2004, s. 54.

²² KASER, s. 245; TAMER, s. 103; WATSON, Alan: “Roman Private Law and the Leges Regiae”, *The Journal of Roman Studies*, 1972, Cilt 62, s. 103.

²³ PARIBENI, Roberto: “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1935, Cilt 1, Sayı 1 (Aile Kurumu), s. 94.

²⁴ PARIBENI, *Roma Ailesi*, s. 37-38.

de *manus*'suz evliliklerde aynı şekilde, geleneklere uygun olarak dinsel törenin ve ayrıca düğün töreninin yapılmasıydı. Gelinin kocasının evinde dini törenle takdimi ile evliliğin artık başlamış olduğu kabul edilmekteydi. Söz konusu takdim, Roma'da *deductio in donum mariti* olarak ifade edilirdi. Kadının, kocasının evinde, kocası tarafından kabul edilmesiyle evlenme töreni sona ererdi²⁵.

İlk dönemlerde uzun süre kullanılmış olan *confarreatio* usulünde, gelin adayının iradesini önemsemeden evlenme işlemine girişilmesi, kendine özgü mantık yapısına sahip olan, hukuk dünyasında doğruluk ile iyiniyet ilkelerini benimseyen ve insani hisleri gözetmekte olan Roma'nın düşünüş yapısı ile uyumsuzdu. O nedenle zamanla evliliği güçlü temellere dayandırmak amacıyla, erkek ve kadının her ikisinin de rızalarının yanında, ayrıca evlenecek kadın ve erkek üzerinde hâkimiyet sahibi olacak aile babasının rızalarının var olması şart hâline geldi.

Esasen hukuki birliktelik niteliğini taşıyan evliliği, başka tür birliktelikten²⁶ ayıran en önemli nokta, tarafların evlenerek birbirinin karısı ve kocası olmak niyetine sahip olmalarıydı. Kadın ve erkeğin evlenerek birbirlerinin karısı ve kocası yani eşi olmaya ilişkin bu istek ve iradeleri, kadın ve erkeğin gerçekleştirmek istedikleri söz konusu evlilik sözleşmesi için rızalarının karşılıklı olarak uyuştuğunu yani *consensus*'un sağlandığını gösteriyordu²⁷. Başka bir deyişle evlenecek erkek, kendi mevcut durumunun müstakbel karısı açısından da geçerli olabilmesini istemekte, onun kendisinin eşi olmasını uygun görmektedir. Üzerinde durduğumuz niyet unsuru, Roma hukuku kaynaklarında *affectio maritalis* olarak yer etmiştir. Bahsetmiş olduğumuz *affectio maritalis*, Roma'da evlilik kurumunun subjektif unsuruyken evlilik şerefi olarak ifade edebileceğimiz *honor matrimonii* objektif unsurdur. *Honor matrimonii* toplumda karı koca statüsünde bulunmayı gerektirmekteydi²⁸. Roma'da İmparatorluk Dönemi'nde oluşturulmuş ve günümüze ulaşmış olan bazı kaynaklarda, müstakbel karı ve kocanın evlenmek için açık şekilde irade beyanında bulduklarına, böylelikle tarafların rızalarının karşılıklı olarak uyuştuğuna yer verilmiştir. *Plutark*'ın belirttiği üzere, gelini kocasına ait eve getirenler, bundan sonra oturacağı bu eve girmesinden hemen önce geline belli bazı sözcüklerden oluşan şu formülü müstakbel kocasının duyacağı şekilde söylettiriyorlardı: “*Ubi tu Gaius, ego Gaia*”. Bu şu anlama gelmekteydi: “Senin *Gaius* olduğun yerde ben de *Gaia*'yım”.

Bahsedilen belli kalıptaki sözleri söylemek adeti ve zorunluluğu, Roma'da evliliğe ve ailenin oluşumuna ne kadar önem verildiğinin, çalışma konumuzda ele alındığı üzere, ayrı bir kanıttır. Evlenecek kız kocasına söylediği “*Ubi tu Gaius, ego Gaia*” sözleriyle aynı zamanda, o zamana kadar birlikte yaşadığı ailesinden ve kendi aile babasının himayesinden ve hâkimiyetinden ayrılmakta kararlı olduğunu, bundan böyle kocasının hâkimiyetine girmek istediğini açık bir şekilde beyan etmiş oluyordu. Elbette ki bu açık irade beyanı, müstakbel kocası aile evladı ise, gelinin de kocasının babasının hâkimiyetine girmeye kararlı olduğu anlamını taşırdı. Gelinin kocasının ya da onun babasının hâkimiyeti altına girmeye razı olduğununun diğer göstergesi ise mihrap huzurundaki *dextrarum tunxtio* ifadesi ile

²⁵ BIERKAN / SHERMAN / STOCQUART, s. 304; RADO BASMAN, s. 542; BERGER, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, *Transactions of the American Philosophical Society*, 1953, Cilt 43, Sayı 2, s. 427.

²⁶ Diğer birliktelikler ifadesiyle işaret edilen özellikle *concubinatus*'tur. *Concubinatus*, kadın ile erkeğin evliliğe çok yaklaşır hâlde, sürekli beraber yaşamalarıdır. *Ius Civile*'nin geçerli bir evlilik olarak görmediği, ilerleyen zamanda da asla gerçek bir evliliğin hükmünde olmayan *concubinatus*'un uygulamada olmasının sebebi, evlenmeyip beraber yaşayanların karşılaşacağı her türlü yaptırımın önlenmesine yaramasıdır. Bkz. DE MONTMORENCY, James Edward Geoffrey: “The Registration of Marriage Under Mediaeval Roman Law”, *Journal of the Society of Comparative Legislation New Series*, 1914, Cilt 14, Sayı 2, s. 390; SÖĞÜTLÜ, s. 246-247; GÜNEŞ CEYLAN, s. 81; AYİTER, *Roma Aile Hukuku*, s. 6 vd.; SERİM, s. 85-86; OĞUZOĞLU, Cahit: *Roma Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1959, s. 102-103.

²⁷ DI MARZO, s. 177; GÜNEŞ CEYLAN, s. 60; BIERKAN / SHERMAN / STOCQUART, s. 303. Günümüz hukukunda da evlenecek kadın ve erkeğin rızalarının karşılıklı olarak uyuşması, evlilik sözleşmesinin kurucu unsurlarındandır. Bkz. SCHWARZ, Andreas: *Aile Hukuku I*, (Çev.) DAVRAN, Bülend, Ülkü Matbaası, İstanbul, 1942, s. 102 ve s. 104; ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 158-159.

²⁸ PUGLIESE, Giovanni: *Istituzioni di Dritto Romano Sintesi*, Seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, s. 251 ve 253; TREGGIARI, Susan: *Roman Marriage*, Oxford University Press, London, 2002, s. 54; TALAMANCA, s. 77-78; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem: “Roma Toplumunda Kadının Konumu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 4, Sayı 2, s. 10; GÖNENÇ, Fulya İlçin: *Roma Hukukunda Kadın*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010 (Roma Hukukunda Kadın), s. 87-88; BIERKAN / SHERMAN / STOCQUART, s. 304; SOMER, s. 160; KAYAK, s. 259-260; DONAHUE, Jr. Charles: “The Case of the Man Who Fell into the Tiber: The Roman Law of Marriage at the Time of the Glossators”, *American Journal of Legal History I*, 1978, Cilt 22, Sayı 1, s. 6 vd.

anılan evlenme töreniydi. Dua ve ilahilerin okunduğu bu törenle, düğün alayı gelini kocasının evine götürürdü. Gelinin kocasına teslimi ise *traditio* ile yapılırdı. Törende şenlik içinde çocuklar, adetler gereği, “*Sperge, marite, nocet!*” şeklindeki belli söz kalıplarını dile getirerek evlenen erkektek ceviz isterlerdi. Gelin, anne ve babası, üç genç ve meşaleler taşıyan yakınlarının oluşturduğu düğün alayıyla beraber, akşam karanlığında kocasının evine (bundan böyle evli çiftin birlikte oturacağı eve) vardığında, geline su ile ateş sunarlardı. Ardından zeytinyağının gelin tarafından kapı eşliğine dökülmesi ve kapı tokmağı üzerine yün sarma adeti gerçekleştirilirdi. Bu adet yerine getirilirken de önceden belirtilen “*Ubi tu Gaius, ego Gaia*” sözleri gelin tarafından söylenmeliydi. Sonrasında, bir eski zaman geleneği olan, evlenecek erkeğin evleneceği kızı kaçırma olayı canlandırılmasına sıra gelir ve kocası, gelini kollarıyla kavrayıp kaldırarak kapı eşliğinden içeriye geçirirdi. Koca eşliğinde eşikten geçişin sebebi, gelinin tam yeni evine ve hayatına girerken takılmamasını, düşmemesini sağlamaktı. Esasen buradaki inanış, evlenen kadının eve girerken ilk adımını güvenle atması ve böylece evlilik boyunca her şeyin engelsiz, yolunda gitmesiydi. Bundan sonra ise törenle yeni evlenmiş olan kadın, kocasıyla yaşayacağı bu evde yanmakta olan, hatta kaynaklarda genellikle hiç sönmediğine ilişkin bilgiler bulunan ateşin önünde, bu yeni üyesi olduğu kocasının ailesinin ilahlarına tapınırdı. Yeni evli çift, tapınma sona erince, gelinin önceden yaşadığı kendi babasına ait evde kurban edilen koyunun yüzülmüş derisi üstünde beraber otururlar ve buğdayın kullanılmadığı devirde onun yerini tutan tahıl ile yoğurulmuş *panis farreus* denen ekmeği birlikte yeme geleneğini yerine getirirlerdi²⁹.

Confarreatio, Roma'nın Klasik Dönemi'nde kullanım dışı kalmıştı³⁰. Bunun nedeni, bu usulle evlenmenin şekle aşırı bağlı olması, bir dizi tören gerektirmesi dolayısıyla pratiklikten uzak olmasıydı. Oysa Klasik Dönem'de zamanla bu törenlere, şekle bağlılığa verilen önemin yerine, evlenmeyle alakalı olarak mal ile mülkün koruma altına alınması gerekliliği gündeme geldi ve önem kazandı. Artık iyice kullanışlılığı azalan *confarreatio*, yerini *conventio in manum*'un diğer usulleri olan *usus* ve *coemptio*'ya bıraktı. Aslen *conventio in manum*, evlenen kadının kocasının ailesinin içine girebilmesi için yapılan bir hukuki işlemi³¹.

Hayalî bir satış olan ve *mancipatio*'yla benzerlik arz eden *coemptio* ile gelinin babası, kızını gelecekteki kocasına vermekteydi. Bazı yazarlar, *coemptio*'yu “evlenen kadının *mancipatio* yoluyla kocasına satılışı” sözleriyle ifade etmişlerdir. Ancak bu satış işlemiyle evlenen kadın köle hâline gelmesin diye, bahsedilen işlem için söz konusu kadının rızasının olması gerekiyordu. Şekle bağlı işlem niteliğindeki *coemptio*, o hâlde, önceki devirlerde, gelin sanki satılıyor gibi farzedilerek yapılıyordu. İlerleyen zamanda, göstermelik olarak bir kurş karşılığında satışı yapılmaktaydı. Daha sonraları, *stipulatio* ile yani sözlü şekilden yararlanılarak *coemptio* yapılmaya başlandı. *Coemptio*'da müstakbel karı ve koca, soru cevap şeklinde biri diğerine kendisiyle evlenmeye rızası olup olmadığını sorardı. Evlenme işleminin başlangıcında yapılmasının şart koşulmayıp bu işlemin başlamasından sonra da *coemptio* yapmanın serbest olması, evliliğin *manus*'tan farklı bir müessese teşkil ettiğini gösteriyordu.

Roma'da zamanaşımı yolu ile yapılan evlenme *usus* olarak belirmektedir. Zamanaşımının buradaki rolü şöyleydi: Üç gün art arda ayrı kalmamış olmak koşuluyla bir erkekle bir sene beraber yaşamış olan kadın, onunla artık bahsettiğimiz *usus*'u gerçekleştirmiş yani evlilik yapmış kabul ediliyordu. Oniki Levha Kanunu'nda belirtilmiş olduğu üzere, kadın beraber yaşadığı erkektekten yani kocasından (dolayısıyla kocasının ailesinden) bahsedilen süre olan ardışık üç gün ayrılmışsa, bundan böyle *usus* ile başlamış olan aile üyeliği bitmiş kabul edilirdi. Evlilik sürmesine karşın *manus*'lu evliliği arzu etmeyen bir kadın, bu süre koşulunu yerine getirmeyerek yani ardışık üç gün evde kalmayarak *manus*'lu bir evliliğin yapılmasına razı olmadığını beyan etmiş sayılırdı. *Usus* ile evlenme şekle bağlı bir

²⁹ PARIBENI, *Roma Ailesi*, s. 42; CLARK, Edwin Charles: *History of Roman Private Law*, Biblo and Tannen, New York, 1965, s. 81-82; FRIER / MCGINN, s. 54; RADO BASMAN, 542-543; GREENIDGE, Abel Hendy Jones: “Development of Roman Marriage”, *Law Quarterly Review*, 1905, Cilt 21, Sayı 4, s. 363; BIERKAN / SHERMAN / STOCQUART, s. 309.

³⁰ KASER, s. 245.

³¹ TREGGIARI, s. 17-18; HADLEY, James: *Introduction to Roman Law*, Rothman & Co., Colorado, 1996, s. 141 vd.

işlem değildi. *Coemptio* ile ve kocasının evinden ayrı kalmayarak ardışık üç günlük süre koşulunu yerine getirmişse *usus*'la evlenmede, kadın *manus*'lu evlilik yapmış kabul edilirdi³².

Roma'da ailelerin tabi olduğu geleneklerin icra edildiği yer, bu ailelerin yaşamakta olduğu evlerdi. Dolayısıyla evlilik törenleri de evlenen kadın ve erkeğin beraber yaşadıkları aile evlerindeki mabette düzenleniyordu³³.

III. EVLENMEK İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Roma'da kadın ve erkeğin tek eşle evlenmesi esastı. Doktrinde bazı yazarlar, evliliğin geçerli olması için aranan kriterleri; rızaların uyuşması, yaş ve evlilik töreni için gereken şekil kurallarının yerine getirilmesi olarak belirtmişlerdi³⁴. Evlik boyunca karı kocanın mutlak surette birlikte yaşamaları şartı aranmıyordu³⁵. Evlenme ehliyeti *conubium* adı altında düzenlenmişti. Devlet, evlenme için bazı kurallar koymuştu. Bu kuralları *Di Marzo* ve bazı Roma hukukçuları; “ergin olma, evlenme ehliyeti, karşılıklı rızaların bulunması (*consensus*), özel engeller” başlıkları altında incelemişlerdir.

Evlenmek için gereken “ergin olma” şartına göre; Roma'da genel olarak sağlık sebebiyle ve ahlak kuralları gerektirdiği üzere, evlenebilmek için kadın ve erkeğin yasalar tarafından belirlenen yaşa ulaşmış olmaları aranıyordu. Erkekler için şart koşulan yaş on dört iken kızlara şart koşulmuş yaş on ikiydi.

“Evlenme ehliyeti (*conubium*)” şartına göre ise öncelikle belirtmek gerekir ki, Roma'da önceki devirlerde evlenebilmek hakkı (*ius connubii*), sadece Roma vatandaşlığına sahip olan özgürlere tanınmıştı. En önceki devirlerde, sadece *patricius*lar evlenmeye ehildiler. Özgür ve Roma vatandaşı olanlar evlenme hakkına sahipken bu özelliklere sahip bir erkeğin yabancı kadınla evlenmesi için evlenme izni alması şarttı. Ancak daha sonraki devirde İmparator *Caracalla*, Roma'nın sınırları içindeki herkesin bundan böyle Roma vatandaşlığını kazandığını, evlenme hakkına da sahip olduğunu ilan etti³⁶. Köleler ve özgürlerin birliktelikleri geçerli evlilik sayılmazdı. Bu birleşmeler, “*contubernium*” adı altında ayrı bir kategoride yer alıyorlardı. Roma'da yakın akrabaların birbirleriyle evlenme ehliyetleri bulunmazdı. Alt soy ve üst soy arasında evlenme yasağı vardı. Evlat edinen ile evlatlık arasında da evlatlık ilişkisi bitse de evlenme yasağı bulunurdu. Ancak yan soy hısımları (ortak bir asıldan gelen hısımlar) içinde kardeş çocukları arasında evlenmeye izin verildi. Sihri hısımlıkla (evlenmeye dayanan hısımlıkla) ilgili olarak bir kimsenin gelini, kayınvalidesi, üvey kızı, üvey annesi ile evlenmesi yasaklanmıştı.

“Karşılıklı rızaların bulunması (*consensus*)” şartıyla ilgili olarak, evlenmeyi diğer birlikteliklerden ayıran en önemli ölçütün meşru evlilikler için aranan karı ve koca olmak niyetinin varlığı olduğunu daha önce çalışmamızda belirtmiştik. Evlenecek kimselerin karı ve koca olmak niyetinde bulunmaları, artık kendilerinin evlenme konusunda karşılıklı rızalarının var olduğunu, başka bir deyişle *consensus*'u sağladıklarını göstermekteydi. Eski Hukuk Dönemi'nden başlayarak evlilik için asıl gerekli olan evlenecek çiftin rızaları idi; yoksa geçerli bir evlilik sadece aile babasının (*pater familias*'ın) iradesiyle kurulamıyordu. Aile evladını kendi seçtiği gelin adayı ile evlenmeye zorlayan aile babasının söz konusu iradesi, aile evladının ve gelin adayının karşılıklı rızaları (*consensus*) olmaksızın tek başına bu evliliği geçerli kılmazdı. Ancak aile babasının hâkimiyeti altındaki *sui iuris* olmayan aile evlatlarının *consensus*'u yanında evlenirken aile babasının izni şarttı. Klasik Hukuk Dönemi'nde, evlenecek çiftin *consensus*'u yanında aile babalarının rıza göstermesi kuralı yine geçerliydi. Yenilik olarak bazı durumlarda aile babasının aile kızına itiraz etmemesi geçerli bir evlilik için yeterliydi. *Iustinianus* Dö-

³² DI MARZO, s. 161; TREGGIARI, s. 16 vd.; SOMER, s. 163-164; EMİROĞLU, 39-40; PARIBENI, *Roma Ailesi*, s. 43; TALAMANCA, s. 74; AYİTER, *Roma Aile Hukuku*, s. 17; MANSFIELD, s. 48; REYNOLDS Jr., Osborne M.: “Legal and Social Aspects of Roman Marriage”, *Southern University Law Review*, 1982, Cilt 9, Sayı 2, s. 220-221; SÜTKEN, *Patria Potestas*, s. 88; GREENIDGE, s. 359.

³³ PARIBENI, *Roma Ailesi*, s. 43.

³⁴ REYNOLDS, s. 205-206.

³⁵ DI MARZO, s. 176-177.

³⁶ SERİM, s. 42-43; PARIBENI, *Roma Ailesi*, s. 44.

nemi'nde, aile babasının sebepsiz yere evlenmeye rıza göstermemesi *magistra*'ya şikayet sebebiydi. Rızanın geçerli olabilmesi için ayrıca temyiz kudreti aranırdı. Evlenecek kişilerden birisinin akıl hastası olmasının Roma'da evlenme engeli oluşturduğu yeri gelmişken belirtilmelidir. Evlenmeden sonra meydana gelen akıl hastalığı ise evliliği geçersiz hâle getirmezdi.

Evlenmek için “özel engeller” bulunmaması gerekmektedir. Roma'da belli bazı durumlar, uzun yıllar boyunca evlenmeye yasak teşkil etmişti. Şöyle ki, farklı dinden olanların birbiriyle evlenmesi yasaklanmıştı. *Iustinianus*'un, kız kaçırma olaylarında kaçırma eyleminde bulunan erkekle kaçırılmış olan kızın evlenemeyeceğine ilişkin emirnamesi vardı. Cumhuriyet Dönemi'nde askerlerin ordugahta evli olup kadınlarla yaşamaları yasaklanmıştı ancak daha sonra bu yasak kaldırıldı. Vasinin, vesayeti altındaki kızla evlenmesi ya da onu alt soyu ile evlendirmesi yasaktı. En eski dönemlerde sınıfsal farklar evlenme engeliydi; *patricius*lar ve *plebler* arasında evlenmeler yasak iken MÖ 445 yılında bu yasak kaldırıldı. Azatlının kendini azat eden efendisinin karısıyla, kendini azat eden kadınla ve bunların alt soyu ile evlenmesi yasaklanmıştı. Bir eyalette görev yapan *magistra*'nın, o eyalette ikamet eden, o eyaletin yerlisi bir kadınla evlenmesi yasaktı. Ancak eyalet *magistra*'sı görevinden ayrıldıktan sonra söz konusu kadınla olan birlikteliği meşru bir evlilik hâline gelirdi³⁷.

IV. EVLENMENİN HÜKÜMLERİ

Roma'da evliliğin esas gayesinin yeni nesilleri dünyaya getirerek ailelerin büyümesini sağlamak olduğuna inanıldığından bu müesseseye hem hukuksal hem de toplumsal açıdan büyük önem atfedilmişti. Ölümle azalan aile nüfusunun çoğalması için alınan tedbirler, nesillerin sürekliliğini sağlayarak aynı zamanda aile yapılarının da zaman içinde her açıdan (din, gelenek görenek ve benzeri) korunabilmesine hizmet ediyordu. Ailelerin yok olmaya yüz tutmasının, her ailenin dininin de kaybolması gibi olumsuz bir sonuç doğuracağına inanılırdı. Hatta en eski devirlerde evlenmeyip bekâr kalmanın, dinsel açıdan bir suç teşkil ettiği kaynaklardan anlaşılmaktadır³⁸.

Evlenen kadının hukuki durumu, kocası eğer aile evladı ise kocasına benzeyip kadın da kocasının ailesinin evladı olurdu. Kadının kocası aile babası (*pater familias*) ise aile babalarının sahip olduğu tüm aileyi hâkimiyeti altında bulundurma yetkisi (*patria potestas*) kadınlar için söz konusu olamayacağından bu açıdan benzerlikten bahsedilemezdi ancak sosyal statü benzerliğinden bahsedilebilirdi. Söz konusu evlilikten dünyaya gelmiş olan çocuklar, baba tarafının ailesinin birer ferdiydiler ve doğuştan Roma vatandaşlığını kazanırlardı. Eşlerin birbirlerine sadakat, sevgi, saygı gösterme görevleri vardı. Zina yapan kadına kocası her zaman dava açabilirdi, kadın boşanırdı ve kadın *Lex Iulia* gereği çok ağır cezalandırılırdı. Zina yapan kocaya ise her zaman dava açılamazdı. Zina yapan kocaya, ancak zina yapılan kadının evli bir kadın olması hâlinde evli kadının kocası tarafından zina davası açılırdı. Evin tüm masraflarını karşılama yükümlülüğü yalnızca kocaya aitti. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde inceleneceği üzere, kadının ancak evlilik birliği kurulurken *dos* getirerek bu masraflara katkıda bulunması mümkündü. Klasik Dönem'de *manus*'suz evliliklerde mal ayrılığı rejimi söz konusuydu. *Sui iuris* kadın *manus*'suz evlenirse evlenmeden önceki malvarlığını kendisi yönetirdi. *Manus*'lu evlenen kadının evlenmeden önceki malvarlığı ise evlilik birliğinde artık kocasının malvarlığına katılırdı. Malvarlığını korumaya yönelik olarak evli çiftin ilişkisinin ve uyumunun maddiyat içerikli nedenlerle zarar görmemesi için iyiniyet sahibi eşin de korunması gayesiyle, eşler arasında bağışlamalar yasaktı. Ancak eşler maddi durumlarıyla orantılı olarak kendilerini ekonomik açıdan zora sokmayan hediyeleri birbirine verebilirlerdi. Örf ve adetler gerektirdiği üzere, kocası ölmüş kadın, yas müddeti olarak kabul edilen on ay (veya Roma'da kullanımda olan takvim uyarınca yaklaşık bir yıllık kanuni süre) geçtikten sonra evlenmeliydi. Boşanan kadın da aynı kanuni bekleme süresine uymalıydı. Eğer eşi ölen kadın on aylık yas süresi dolmadan başka bir evlilik yaparsa bu yeni evlilik geçerli sayılsa da kadın şerefsiz (*infamis*) ilan edilirdi. Evlilik birli-

³⁷ DI MARZO, s. 184-185; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 11-12; DONAHUE, s. 35-36; EMİROĞLU, s. 73 ve 80; GÜNEŞ CEYLAN, s. 72-73; REYNOLDS, s. 207-208.

³⁸ PARIBENI, *Aile Kurumu*, s. 82.

ğinin onurunu zedelememek amacıyla eşler arasında hırsızlık davası (*actio furti*) açılmazdı. Evlilik birliği boşanma ve ölümle sona erse de mirasçılar ve eşlerden biri arasında hırsızlık davası açılmazdı³⁹.

Bazı Roma hukuku kaynaklarında belirtildiği üzere, Roma hukukunda evlilik, *manus*'lu yapıp yapılmamasına göre üç değişik dönemde ele alınmıştı. Bu dönemler; sadece *manus*'lu evliliğin meydana geldiği dönem (Klasik Öncesi Dönem), evliliğin *manus*'lu veya *manus*'suz yapılabildiği dönem, son olarak da milattan önce üçüncü yüzyıldan başlayarak *manus*'lu evliliklerin sona erdiği dönemdir. *Manus* olmadan ilk hangi zamanda evlenilebildiği konusunda Roma kaynakları yeterli değildir. Kimi yazarlar, Oniki Levha Kanunu'nun uygulandığı dönemde *manus* ile ve *manus* olmadan evlenmenin mümkün olduğunu eserlerinde belirtmişlerdir. Bir kısım yazarlar, *manus* olmaksızın evliliğin hukuken milattan sonra dördüncü yüzyıl biterken tamamen mümkün hâle geldiğini belirtmişlerdir. *Manus*'lu evlilik yapan kadın, eşi eğer bir aile babasıysa artık onun kızı, sahip oldukları çocukların da kardeşi kabul edilirdi. *Manus*'lu evlilik yapan kadın, eşi eğer bir aile evladıysa, kocasını hâkimiyeti altında bulunduran aile babasının hâkimiyetine girerek onun kız kardeşi sayılırdı. *Manus*'lu evlilik yapan kadının, evlenmeden önceki ailesi ile var olan *agnatio* hısımlığı artık sonlanırdı. *Manus* altına alınan kadın ile evlenerek dâhil olduğu ailenin fertleri, çocukları arasında, bundan böyle aynı babanın hâkimiyeti altında bulunmanın sonucu olarak, *agnatio* hısımlığı kurulmuş oluyordu. Bazı yazarlar, *manus* ile kadının özellikle mameleki bakımından başka birisinin ailesine girdiğini vurgularlar. Çünkü daha önce de belirttiğimiz üzere, kadın *sui iuris* ise *manus* ile evlenince artık kadının evlenmeden önce sahip olduğu mameleki kocasının yönetimine girerdi. Bunun yanında evlendikten sonraki edinimleri de kocasının yönetimine dâhil olurdu. Roma'da sadece *confarreatio*'da kadın evlilik sözleşmesi yapılırken aynı anda *manus* altına girerdi. Tören ve hukuken geçerlilik şartı olan şekil gibi uyulması gereken zorunluluklar bulunmaksızın *manus*'suz evlilik yapılabiliyordu. Zorunlu olmamakla birlikte müstakbel karı ve koca, eğer arzu ederlerse, yazılı evlilik sözleşmesi yapabiliirdi. *Manus* olmadan hukuken geçerli bir evlilik yapabilmenin gerektirdikleri; eşlerin evlenme konusunda karşılıklı rızalarının uyuşması, müstakbel kocasının evine gelinin getirilmesi ve yerleşmesi, evlenerek ilerde çocuk dünyaya getirmek için karşılıklı rızalarının bulunması yani *consensus*'un sağlanmış olmasıydı. Karı ve kocanın evliliği devam ettirme iradeleri bulunduğu müddetçe, *manus* olmadan yapılan bu evlilik geçerli olarak hükümlerini doğururdu. Karşılaştırma yapmak gerekirse, esasen fiili durum arz eden Roma'daki *manus*'suz evlilikler, çağdaş hukuktaki evlilik sözleşmelerinden çok, serbest birliktelikler gibidir. Roma'da Klasik Dönem boyunca şekil kurallarına uyulmaksızın evlilik yapmak mümkündü. Roma hukukunda şekle bağlılık esasına dayanan hukuki işlemler oldukça sık görülmektedir. Bunun yanında şekil şartı içermeden *manus*'suz yapılan evliliklerin geçerli olması istisna teşkil etmektedir. Söz konusu istisna, Roma toplumunda *manus*'suz evlenmenin hukuki işlem olmaktan çok, geleneklerden ötürü hukuksal sonuç doğuran fiil sayılmasıyla izah edilebilir. Roma'da *manus*'lu evlilik ile *manus*'suz evliliğin gerektirdikleri birbirinden farklı değildi. Şöyle ki; müstakbel karı ve kocanın karşılıklı rızaları, aile babasının söz konusu evliliğe izin vermiş olması, belli yaşı tamamlamış olmak (erkek için on dört yaşı tamamlamak, kadın için on iki yaşı tamamlamak) ve evlenme ehliyeti gerekiyordu. *Manus*'suz evlilik yapmış bir kadın, kocasının aile babası kimse onun hâkimiyeti altına girmezdi. Dolayısıyla kocasının ailesine dâhil olmazdı. *Manus*'suz evlilik yapmadan evvel kendi hukukuna tabi yani *sui iuris* olan bir kadın, bu evlilik sonrasında yine *sui iuris* olmaya devam ederdi. Böylelikle kadının malvarlığı kendisinde kalmaya devam ederdi. *Manus*'suz evlilik yapmış kadının kocası ölürse kocasının mirasçısı olması mümkün değildi. Yine *manus*'suz evlilik yapmış kadının durumunu ele almaya devam ettiğimizde, bu kadının çocuklarıyla arasındakinin kan bağına dayanan hısımlık (*cognatio*) olduğunu belirtmek gerekir. Son olarak hem *manus*'lu, hem de *manus*'suz evliliklerden doğan çocuklar, babalarının hâkimiyetine girmektedirler⁴⁰.

³⁹ RATTIGAN, William Henry: *Jural Relations; or the Roman Law of Persons as a Subject of Jural Relations: Being a Translation of the Second Book of Savigny's System of Modern Roman Law*, Wildy & Sons, London, 1884, s. 133 vd.; EMİROĞLU, s. 83; TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR, Gökçe: *Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 230-231; GÜNEŞ CEYLAN, s. 99; DI MARZO, s. 191-192.

⁴⁰ KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 164 vd.; PUGLIESE, *Roma Ailesi*, s. 346; SÖĞÜTLÜ, s. 240 vd.; GÖNENÇ, *Roma Hukukunda Kadın*, 62-63; SELEK, s. 226 vd.; RADO BASMAN, s. 541; SAYIN KORKMAZ, s. 70; SERİM, s. 46; KAYAK, s. 273-274; REYNOLDS, 215-216; SOHM, Rudolph: *Institutes of Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1892, s. 116 vd.

V. EVLİLİK BAĞININ SONA ERMESİ

Roma hukukunda evlilik bağının ortadan kalkmasının nedenleri şöyle sıralanırdı: evli kadın veya erkeğin Roma vatandaşlığını kaybetmiş olmaları, özgürlüklerini kaybetmiş olmaları, boşanmaları, eşlerden herhangi birisinin ölmesi.

Savaş esirliği hâli (*captivitas*), özgürlüğün yitirilmesine neden olacağından evlilik son bulurdu. *Digesta*'da, savaşta kocası esir olmuş bir kadının evliliğin devamını arzu etmesine ve esaret süresince kocasına ait evde yaşamasına rağmen evli kabul edilemeyeceğine yer verilmiştir. *Iustinianus*, savaşta esir düşmüş kimsenin karısının, kocasının esareti süresince başka erkekle evlenemeyeceğine ve böylelikle esir olsa da kocasıyla evli kalmasının yerinde olduğuna hükmetmiş ve buna ilişkin düzenlemelerde bulunmuştur. D. 24.2.6 incelendiğinde görüldüğü üzere, evli kadının beş yıl bekledikten sonra, kocasının yaşıyor olmasına artık şüpheyle bakıldığından, bu süre sonunda evlenmesi kanunen serbest bırakılmıştı.

Kocalarının esareti durumunda, özgür kadınlar bu yasaklara uymazlarsa cezalandırılırlardı. *Iustinianus*, evliliklerin esaret ve benzeri sebeplerle sonlanmaması için önlemler almış; madende çalışmakta olanların, hayatının sonuna dek kürek cezası alan mahkumların köleliklerinin kaldırılmasını sağlamış ve böylelikle özgürlüğün kaybedildiği bu hâllerin evliliğin sonlanmasına neden olmasını önlemiştir. Ayrıca *Iustinianus*, cezalandırılarak sürgüne gönderilenlerin evliliklerinin de sona ermeyeceğine ilişkin kurallar koymuştur⁴¹.

Iustinianus'tan önce, evlenen kadının kocasının babası, çocuğunu *emancipatio* ile hâkimiyeti altında buldurmaya son vermeden, evlenen kadını veya kocasını *adoptio* yöntemiyle evlat edinmişse, evli çift bununla birbirinin kardeşi hâline dönüşür, *incestum* gerçekleşir ve artık çiftin evliliği son bulmuş olurdu. Ancak *Iustinianus* zamanında, evlat edinen aile babasının kızını veya oğlunu hâkimiyetinden çıkarma mecburiyeti bulunduğundan, evlilik sonlanmazdı⁴².

Evlilik bağının sonlanmasının bazı nedenleri sonradan meydana gelebilirdi. Karı ya da kocanın zaman içinde genel hâlinin farklılaşması bu nedenler arasındaydı. Örneğin azat edilmiş kadının eşinin veya azat edilmiş bir erkeğin eşinin babasının *senatoya* seçilmesiyle, artık evlilik geçerliliğini yitirirdi. *Iustinianus* bunu uygun bulmayarak *senato* üyelerinin azat edilmiş kimselerle olan evlilik yasağına son verdi. Bunun sebebi, *Iustinianus*'un erkek için söz konusu olabilecek statüsündeki iyi yöndeki değişikliğin, aslen herkes için hoş karşılanması gerektiğine inanmasıdır. Arzu edilen böyle bir durum, kadın için evliliğini sonlandıran sebep olamazdı. Başka bir örnekte ise *Iustinianus* zamanındaki kanuni uygulamalara göre *senatoda* görev alan bir erkeğin karısı eğer tiyatrocuydu, söz konusu erkek karısından boşanmakla yükümlüydü. Ancak *senatoda* görev alan bir erkeğin, eşinin ebeveyninden birisi tiyatrocuydu bu erkek eşinden boşanmakla yükümlü değildi⁴³.

VI. BOŞANMA (*DIVORTIUM*)

Roma hukukunda evli çiftin ortak yaşamı bittiyse ve karı koca olma niyetleri artık bulunmuyorsa evlilik sonlanmış kabul edilirdi⁴⁴. Karının ve kocanın birlikte veya bir taraflı iradesiyle evlilik bağının kopmasıyla boşanma, Roma hukukundaki ismiyle *divortium* gerçekleşirdi. Karı kocadan birisi karşı tarafa evliliklerinin son bulmasını istemekte olduğuna ilişkin irade beyanında bulunursa bu durum *repudium* olarak adlandırılırdı ve bunu açıkça sözlü şekilde veya örtülü şekilde (zımnen) kimi hareket ve tutumlarıyla, bazen yazı ile örneğin bir mektup aracılığıyla veya bir elçiyle yapardı. Roma kaynaklarında, evliliği sürdürmeyle ilgili iradenin sonlanması bazen *divortium* bazen de *repudium* ile ifade

⁴¹ DI MARZO, s. 196; EMİROĞLU, s. 90.

⁴² SOMER, 176-177; DI MARZO, s. 195; UMUR, Ziya: *Roma Hukuku Lügatı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 85.

⁴³ DI MARZO, s. 196.

⁴⁴ NICHOLAS, Barry: *An Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, New York, 1975, s. 85.

ediliyordu. Nişanlılığın sonlandırılmasına ilişkin iradenin beyan edilmesiyle yalnızca *repudium* kavramıyla ifade edilmekteydi⁴⁵. Roma’da evlilik sözleşmesinin ve bunun çerçevesinde belirlenen karı koca ilişkisinin sürekliliği esastı ancak boşanmayla bu kurum sonlanırdı çünkü *consensus* bozulurdu⁴⁶. Boşanmaya ilişkin vaatte bulunmak ayıp teşkil ederdi⁴⁷. Evliliğin kızgınlıktan ötürü kısa bir zaman için kesilmesi boşanma sayılmazdı. Boşanmak, evliliğin sonlanmasına ilişkin ciddiyet ve kararlılık gerektirirdi. O nedenle de boşanma konusundaki gerçek niyetlerin saptanması zordu⁴⁸. Boşanmak isteyen taraf, bu yöndeki yazılı iradesini eşine elçi aracılığıyla gönderip sonra da kararını değiştirip cayarsa ancak cayma kararını elçiye haber verememişse, boşanma yönündeki yazılı irade beyanı karşı tarafa ulaşmasına rağmen artık gerçek irade yazılı beyanla uyuşmadığından boşanma meydana gelmez, evliliğin devamı söz konusu olurdu⁴⁹. Evlenme *manus* ile yapılmışsa boşanma sadece koca tarafından talep edilebilirdi, kadın tarafından talep edilemezdi. Kadın, kocasının bu talebini reddetme hakkına sahip değildi. *Manus*’suz yapılan bir evliliğin ardından boşanmanın şekil kurallarına uyarak meydana gelmesi gerekiyordu. Roma’da şekle bağlı bir işlem ancak söz konusu işlemin tam tersiyle ortadan kaldırılabilirdi, *confarreatio* usulünde *manus*’lu yapılan bir evliliğin sona ermesi *diffareatio*’yla, *coemptio* usulünde *manus*’lu yapılan evliliğin ise sona ermesi *remancipatio* veya *emancipatio* işlemleriyle mümkündü. *Manus* olmadan yapılan bir evliliğe gelince, sözleşmenin geçerliliği için şekle bağlılık değil de sadece *consensus* arandığından, evliliği sonlandırmak için karı ve kocanın karşılıklı yöneltilmiş irade beyanlarının uyuşmasıyla *divortium* yani boşanma, tek bir taraf bunu istediğinde ise *repudium* söz konusu olurdu⁵⁰.

Roma hukuku kaynakları uyarınca, MÖ 18 yılına ait, zina suçuna ilişkin olan *Lex Iulia de Adulte-riis*’te belirtildiği üzere, eğer karı veya kocadan yalnızca biri boşanmayı isterse artık boşanmak için gerekli olan ve bu duruma has şekil şartı, ergin bir azatlının yedi Roma yurttaşı önünde boşanmayı ilan etmesiydi⁵¹. Klasik Dönem için ancak sayılı sebepler var ise boşanmanın gerçekleştirilebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmuyordu ve sebepsiz boşanmalara da rastlanmaktaydı. İlerleyen zamanda kendi kusu-ruyla evliliğin sonlanmasına neden olan eşin para cezası ödemesi yerinde görülmüş ve kanunen düzenlenmiştir. Hristiyanlık, İmparatorluk’ta resmi din olarak kabul edilince boşanma yeniden ele alınmıştır. İmparator *Constantinus*’un bu konudaki esaslı düzenlemeleri MS 331 senesinde yapmış olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Bu yeni düzenlemelerde, bir kadının kocası; adam öldürme, mezarlara zarar verme, birini zehirlemekten oluşan belli tipteki üç suçu (*tria crimina*’yı) işlerse artık söz konusu kadın boşanmayı talep edebilecekti. Bu üç suçun işlenmiş olması haricindeki sebeplerden dolayı kadın boşanmayı talep ederse kadının kendisi ya da ailesi tarafından evlilik birliğine getirilen *dos*’u ve kadına evlilik sırasında verilen her şeyi kocasına iade etmeliydi. Karısı zina suçunu işlemiş, birisini zehirlemiş veya ahlaksız bir duruma yol açan bir kocanın, karısını boşamaya hakkı vardı. Koca bu hâller haricinde boşanmayı talep ederse *dos*’u derhâl iade ederdi ve ikinci defa evlenemezdi. Koca, yasak olduğu hâlde yeniden evlenirse hakaret görmüş kabul edilen ilk eş, kocasına ait eve girip ikinci kez evlendiği kadın tarafından getirilmiş olan *dos*’u alma hakkına sahipti. İmparator II. *Theodosius*, MS 439 yılında, boşanmayı isteyenlere yalnızca evliliği sonlandırmaya ilişkin şekle bağlı irade beyanında bulunmayı şart koşup boşanmayı güçleştiren yürürlükteki katı kuralları uygulamadan kaldırmıştı. Söz konusu geçerlilik şartı olan şekil; *sola contraria voluntate* idi yani tarafların karşılıklı olarak evliliğin devamına ilişkin rızalarının var olmamasıydı. Boşanmada şekle bağlı irade beyanının şart koşulmasının sebebi, “*solutionem etiam mat-*

⁴⁵ MUIRHEAD, s. 73-74; GRUBBS, s. 187; SANFILIPPO, s. 165; BERGER, s. 439; TALAMANCA, s. 78; DI MARZO, s. 197; EMİROĞLU, s. 92; GÖNENÇ, Fulya İlçin: “Roma Hukukunda Boşanma (*Divortium*)”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 7, Sayı 1-2 (Boşanma), s. 647; OĞUZOĞLU, s. 100-101; CLARK, s. 96.

⁴⁶ NICHOLAS, s. 85; KASER, s. 248-249.

⁴⁷ BUCKLAND, William Warwick: *The Main Institutions of Roman Private Law*, The Macmillan Co., New York, 1931, s. 59.

⁴⁸ GRUBBS, s. 188; PUGLIESE, *Roma Ailesi*, s. 346-347; BERGER, s. 439.

⁴⁹ DI MARZO, s. 196-197; GRUBBS, s. 189-190.

⁵⁰ SELEK, s. 230; SOMER, s. 177-178; SERİM, s. 57-58; BERGER, s. 439; CLARK, s. 94-95; SOHM, *Roman Private Law*, s. 474-475.

⁵¹ NICHOLAS, s. 85; DI MARZO, s. 197.

rimonii difficiliorum debere esse favor imperat liberorum” idi. Bunun anlamı, “söz konusu evlilikten doğan çocukların yararına evliliği sonlandırmak zorlaştırılmalıdır” fikrinin benimsenmesidir. İlerleyen zamanda II. Theodosius, evlilik kurumunun itibarına zarar veren kimi davranışları ve suç konusu fiilleri işaret ederek, hukuki sebepsiz boşanmaların yasaklanmasını emretti. Buna ek olarak haklı bir sebep bulunmaksızın gerçekleşen boşanmalarda uygulanan cezaları azalttı. Bu son kanuni düzenlemelere uymayarak boşanmış olan bir kadının beş yıl içinde yeniden evlenmesi yasaklanmıştı. Buna rağmen yeniden evlenen kadın ise şerefsiz (*infamis*) ilan edilerek cezalandırılmış olurdu. İmparator Anastasius’un MS 497 yılındaki emirnamesinde, *consensus* sağlanarak gerçekleşen boşanmalarda kadına, bir senelik bekleme süresi geçtikten sonra tekrar evlenebilme hakkı tanınmıştı⁵².

Iustinianus, evliliğin sona erdirilmesine ilişkin bir iradenin şeklen şart koşulan, belli kalıplarda beyan edilmesi düşüncesini esas alıp II. Theodosius’un getirmiş olduğu boşanmanın sebeplerine ilişkin hukuki düzenlemelere kendi emirnameleriyle yeni sebepler ekledi. Bunun yanında *Iustinianus*, Klasik Dönem hukukçularının eserlerini elden geçirip boşanmanın sebepleri konusundaki bölümlerin zamanın şartlarına uyarlanmasını sağladı. Buna göre karı veya kocadan birisinin tedavi edilemeyen akıl hastalığına yakalanması durumu *Iustinianus*’un düzenlemelerinde yeni bir boşanma sebebi olarak yer aldı. Bir başka sebep, asgari beş sene olmak üzere, kadın veya erkeğin savaşta esir düşmesiydi. *Iustinianus*, “hukuki sebebe bağlı boşanma”, “hukuki sebepten yoksun boşanma”, “kusurun kimseye yüklenemediği durumda boşanma”, “rızarın karşılıklı olarak uygun olmasıyla boşanma” şeklinde dört değişik boşanma türüne ilişkin düzenlemeler yaptı. *Iustinianus*’un MS 535’te yapmış olduğu bu düzenlemeler aslen evlilik bağının ceza ile veya ceza olmadan kopması temeline dayandırılmıştı. *Iustinianus*, karşılıklı rızayla boşanmalarda taraflar arasındaki anlaşmaların esas alınması gerektiği düşüncesini benimsediğinden, bu konudaki düzenlemesi detaylı değildi. Ölüm, esaret, köle olmakla bir tutulan kendini tanrıya adama hâllerinde ise evlilik kusura bağlı olmadan sonlanırdı. O zaman için, boşanma sebeplerinin cezalı boşanma ve ceza olmadan boşanma olarak ayrılması zorunluluğu, artık Klasik Dönem’deki bakış açısından ayrılarak, boşanmanın diğer ayrılma sebepleri arasında yer almasını sağladı. Esasen *Iustinianus*, kendi yaptığı düzenlemelerin öncesinde de evlenmenin *bona gratia* (hüsnü rıza) ile sona ermesinin mümkün olduğunu yer geldikçe vurgulamıştı⁵³.

Iustinianus, ilerleyen zamanda boşanma konusunda çıkarttığı son kanunların boşanmayı aşırı basitleştirdiğini fark edip bunun Roma aile yaşantısı için bir tehdit unsuru olabileceğine kanaat getirdi. Bunun üzerine zamanın hukukçularıyla konuyu daha etraflıca inceleyerek yeniden yapılan düzenlemelerde boşanmanın yasal nedenlerinin azaltılması yoluna gitti. Bunun yanında rızaların karşılıklı olmasıyla meydana gelen boşanmalarda dahi cezai yaptırımların işleme koşulu getirildi. Kurallara karşı gelerek boşanmış bir kadın bazen mamelekini azaltıcı ceza ödemek zorunda bırakılıyor, bazen de böyle bir kadın hayatının sonuna dek manastırda kapanmayla cezalandırılıyordu. Ayrıca evlilik sürerken kadın rahibe, koca rahip olursa evlilik şekle bağlılık gözetilmeksizin sonlanabilirdi. Yine bu en son düzenlemelerde, hukuki sebep bulunmaksızın eşinden boşanan bir kimsenin, kadın ya da erkek olması farketmeksizin, aynı cezaları alması sağlanmıştı. Diğer bir konu ise hukuki bir sebep bulunmaksızın boşanan çiftin, manastırda kapanmayla cezalandırılmadan evvel, yeni düzenlemeler uyarınca tekrar evlenebilme hakkına sahip olmalarıdır. Tekrar evliliğe rıza gösteren tarafın almış olduğu cezalar ise affa uğruyordu. Şu var ki bu derece güçleştirilmiş boşanmalar, zora girmiş evlilikler açısından tehlike doğuruyordu. Nitekim eski geleneklerin etkisi devam etmekteyken toplumun yapısı ile ilgili bir konuda hukuki düzenlemelerle zorlama bir yapı oluşturmaya çalışmak, beklenenin tersine, zararlı sonuçlar doğurmaktaydı. O nedenle *Iustinianus*’tan sonra, MS 566 senesinde, mevcut zamana dek uygulanmış boşanma ile ilgili kanunların yürürlükte kalmasının yerinde olduğuna karar verilip, değişik olarak, karşılıklı rızaya dayanan boşanmanın tekrar yasallaşması söz konusu olmuştur⁵⁴.

⁵² DI MARZO, s. 199-200; GÖNENÇ, *Boşanma*, s. 652-653.

⁵³ DI MARZO, s. 200; GRUBBS, s. 188; NICHOLAS, s. 87; GÖNENÇ, *Roma Hukukunda Kadın*, s. 119-120.

⁵⁴ DI MARZO, s. 201.

VII. DOS

Dos, ailenin geçimini temin etmekle yükümlü olan kocanın evlilik dolayısıyla çoğalan aile masraflarını (*onera matrimonii*'yi) karşılaması için, evlenen kadının kendisi, ailesi, ya da kadının ailesinin yakınları tarafından verilen, kocanın malvarlığını arttıran şeylerdi. Ayiter'in de belirttiği üzere, *dos* bir hediye olmayıp günümüz hukukundaki çeyize tam karşılık gelmezdi. Roma'da önceleri *dos* vermek bir gelenektir. Şöyle ki *dos* verilmeksizin yapılan evlilikler hoş karşılanmazdı. *Dos* vermek, evlenecek kadının ailesi için onur konusuydu. Zamanla *dos* vermek hukuki bir zorunluluğa dönüştü. Bu zorunluluğun sebebi, Roma ailesinde eve ait tüm giderlerin erkek tarafına yüklenip kadın tarafına giderleri paylaşmayla ilgili bir zorunluluk yüklenmemesinin, hakkaniyete uymadığı düşüncesi idi⁵⁵. Ekonomik değeri olması ya da gelir getirmesi zorunlu olmaksızın malvarlığı değeri taşıyan her şey *dos* olarak verilebilirdi. Gelir getiren *dos* ise daha makbuldü⁵⁶. Ailelerin sosyal durumuna göre değişmekte olan *dos*'un miktarının, kadının gireceği yeni ailenin tahmini masraflarıyla orantılı olması beklenirdi⁵⁷. Bir evlilik hukuk dünyasında geçerli olarak meydana getirilmişse bu evlilik için kadın tarafından getirilen *dos* da hükmünü doğururdu. *Dos*'un tesisinde "Sonlanan bir evlilikte, bu evlilik için getirilmiş olan *dos* artık kadına aynen iade edilemez" biçiminde koşul konamaz, konmuşsa da bu koşul geçerli olmazdı. Klasik Dönem için esasen üç değişik biçimde *dos* tesisi mümkündü: Bunlardan ilki olan *dotis datio*'ya göre *dos*'un konusunu oluşturan malın mülkiyetinin devredilmesiyle *dos* tesis edilmekteydi. *Dotis dictio* (*dos* vaadi) denen ikincisinde, taahhüt işlemiyle *dos* tesis edilmekteydi. *Dotis dictio*'nun sıklıkla nişanlanma sırasında yapıldığı bilinmektedir. Üçüncüsü olan *legatum dotis constituendae* ise miras yoluyla *dos* tesisi idi⁵⁸.

Dos, evlenen kadının kocası baba hâkimiyeti altındaysa, kadının evlenerek dâhil olduğu kocasının ailesindeki aile babasına verilir. Böyle bir durumda tesis edilen *dos*, *pater familias* ölünce onun bütün mirasçıları arasında paylaşılmayıp söz konusu kadının kendi kocasına geçerdi⁵⁹. Roma hukukunun inkişafında, *dos* kurumu da tabiatıyla değişim geçirmiştir. Kadının özgürlük alanının günden güne genişlemesi, ayrıca boşanmaların çoğalması bu değişime tesir etmiştir⁶⁰. Klasik Dönem'deki hukukçular, *dos*'un mülkiyetinin kocaya ait olduğu düşüncesini benimsemişlerdi. Evli kadının kocasının aile babası hâkimiyetinde bulunmasından dolayı *dos*'un konusunu oluşturan malların da aile babasının mülkiyetine geçeceği hâllerde bile *dos*'u getiren kadının kocası *dos*'u gözetimi altında bulundururdu. *Iustinianus* ise kocanın *dos* üzerindeki hakkını kısıtlayan bir anlayıştan hareketle, *dos*'un kadın için tedarik niteliğinde olduğuyla ilgilenmiştir⁶¹. Zamanla, kocanın mamelekinde olan *dos* üzerinde, temelde kadının bazı hakları bulunduğundan, *dos*'un onu veren kadının hukukuna tabi olduğu anlayışı gelişti. Şöyle ki *dos*'un sahibi kadının kocasıydı ama yine de kadına *dos*'u oluşturan malların yönetimine ilişkin açıklama yapmak, bilgi vermekle sorumluydu. Boşanma gerçekleşirse *dos*, kadın tarafından geri istenebilirdi⁶².

Evlilik sona ererse *dos*'a ilişkin olarak kadının evlendiği erkek veya onun mirasçıları kadına iade yükümlülüğü altında olduklarından, kanımızca da o zamana göre yerinde bir uygulama olarak, *dos*'un kocanın diğer malvarlığından ayrı muhafaza edilmesi fikri zamanla yerleşti⁶³.

⁵⁵ KOSCHAKER, s. 316; HADLEY, s. 147; GARDNER, Jane F.: *Family and Familia in Roman Law and Life*, Oxford University Press Inc., New York, 1998, s. 85; AYİTER, "Dos"un Tesisi, s. 32; BURDICK, s. 430; FRIER / MCGINN, s. 72; VOICI, Pasquale: *Istituzioni di Diritto Romano*, Quinta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1996, s. 534-535; SANFILIPPO, s. 167; KAGAN, K. Kahana: "Nature of Dowry in Roman Law-Rights of Husband and Wife", *Tulane Law Review*, 1945-1946, Cilt 20, Sayı 4, s. 558-559.

⁵⁶ KOSCHAKER, s. 316-317; AYİTER, "Dos"un Tesisi, s. 68-69; BONFANTE, s. 170; GÖNENÇ, *Roma Hukukunda Kadın*, s. 124; ESTAVAN, Lawrence: "Roman Law in Plautus", *Stanford Law Review*, 1966, Cilt 18, Sayı 5, s. 884.

⁵⁷ AYİTER, "Dos"un Tesisi, s. 78; GÖNENÇ, *Roma Hukukunda Kadın*, s. 121.

⁵⁸ FRIER / MCGINN, s. 73; BONFANTE, s. 170-171; KOSCHAKER, s. 318; AYİTER, "Dos"un Tesisi, s. 89; SANFILIPPO, s. 167; ESTAVAN, s. 884.

⁵⁹ SALLER, Richard P.: "Roman Dowry and the Devolution of Property in the Principate", *The Classical Quarterly New Series*, 1984, Cilt 34, Sayı 1, s. 197; AYİTER, "Dos"un Tesisi, s. 33.

⁶⁰ NICHOLAS, s. 88.

⁶¹ KASER, s. 251; EMİROĞLU, s. 101; SCHULZ, s. 104.

⁶² TREGGIARI, s. 332; DI MARZO, s. 206-207; OĞUZOĞLU, s. 93-94; GÜNEŞ CEYLAN, s. 155.

⁶³ TREGGIARI, s. 361.

Klasik Dönem’de *dos* veren kadın veya kadının ailesi, evliliğin son bulması hâlinde *dos*’un kendilerine iade edilmesi taahhüdünü içeren bir anlaşmayı *stipulatio* (sözlü sözleşme) yoluyla yapabiliirdi. Bunun asıl amacı *dos*’un kocanın tamamen malvarlığına geçme olasılığının ya da kocanın israfa giren davranışlarla tüm malvarlığını tüketmesi tehlikesinin önüne geçmektir. Ayrıca bu, *dos*’u vermiş olanın yararına *stipulatio* davası (*actio ex stipulatu*) açma hakkını sağlamasından dolayı kadının mamelekine ilişkin bir teminat (*cautio rei uxoriae*) mahiyetindeydi⁶⁴.

Kocasını ölen bir kadının, boşanmadakine benzer biçimde, evlilik nedeniyle kocasına veya kocasının ailesine vermiş olduğu *dos*’un kendisine iadesini talep etmeye hakkı vardı. İade etmezlerse kadın, ölen eşinin ailesine *actio rei uxoriae* davasını açardı⁶⁵. Cumhuriyet Dönemi’nin sonlarına doğru sıklıkla kullanımda olan *actio rei uxoriae* davası ile kadın, boşanma veya kocasının ölümü hâlinde, herhangi bir şart olmaksızın, *dos*’u geri almaya başlamıştı. O hâlde *dos*’un bir diğer önemli işlevi, evlilik sonlandığı zaman kadının bakımı için güvence oluşturmasıydı⁶⁶. Daha sonraları, *dos*’un geri istenebilmesi için kadının kocası ve *dos*’u vermiş olan kimse arasında şekle bağlı olmayan iade anlaşmasının bulunması yerinde görüldü. *Iustinianus* Dönemi’nde bu şekilsiz anlaşmaya bağlı olarak *actio praescriptis verbis* adlı dava hakkı tanınmıştı⁶⁷.

SONUÇ

Roma’nın bir şehir-devlet olarak kurulduğu MÖ 753 senesinde oluşmaya başlayıp zaman içinde gelişen Roma hukuku kurumlarının çoğu günümüz hukukunu etkilemiştir. Esasen hukuk kurumlarının, hukuk bilimiyle uğraşanlar tarafından tarihsel kökenlerine dayanarak karşılaştırmalı olarak incelenmesi faydalı bulunmaktadır. Roma hukukundan kaynaklanıp günümüz hukukunda hâlen yer alan kurumların ve ilkelerin, Roma’da ortaya çıkışını ve gelişimini doğuran tarihsel, siyasi, toplumsal, ekonomik koşulları incelemek, hukukçular tarafından gerekli görülmektedir. Buna göre Roma’nın tarihi dönemleri ve siyasi dönemleri farklı sınıflandırılmıştır⁶⁸. Roma’nın tüm dönemlerinde aile; özel önem taşıyan, toplumdaki en küçük birlik olarak kabul edilmişti. Nitekim Roma’da ailelerin güçlü yapıda olmasının sürekliliği sağlandıkça devletin de güçlü olacağı düşüncesi hâkimdi. Roma ailesini (*familia*’yı), mutlak yetki niteliğindeki baba hâkimiyetine (*patria potestas*’a) sahip olan aile babası (*pater familias*) yönetirdi. Devletin ailenin iç yapısına müdahalesi sınırlıydı. Ancak devlet, aile yapısının bozulmaması için gerekli önlemleri alırdı.

Roma hukukunda, “dar anlamda aile (*familia proprio iure*)” ve “geniş anlamda aile (*familia communi iure*)” olmak üzere iki değişik tip aile anlayışı mevcuttu. Roma hukukçuları “dar anlamda aile” kavramıyla evliliği (*matrimonium*’u) birlikte incelediğinden, “Roma Hukukunda Nişanlanma, Evlenme ve Evliliğin Sona Ermesi” başlıklı bu çalışmamızda esasen Roma hukukundaki “dar anlamda aile (*familia proprio iure*)” ele alınmıştır. Çalışmamızda ancak yeri geldikçe değinilen Roma hukukundaki geniş anlamdaki aile (*familia communi iure*) ise ailenin yaşça en büyük erkeği yani atası olan aile babasının hâkimiyeti altına giren tüm aile üyelerinden ve ortak yaşama sahip ev halkından oluşurdu. Günümüz hukukunda ise aile kavramı, Roma ailesinden çok farklıdır. Medeni hukukumuzda aile kavramı; “dar anlamda aile”, “geniş anlamda aile” ve “en geniş anlamda aile” olmak üzere üç farklı an-

⁶⁴ DI MARZO, s. 203; GARDNER, Jane F.: “The Recovery of Dowry in Roman Law”, *The Classical Quarterly New Series*, 1985, Cilt 35, Sayı 2 (Dowry), s. 453; EMİROĞLU, s. 95; VILLERS, Robert: “Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar, Kadının Hukuki Durumu”, (Çev.) TAHİROĞLU, Bülent, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1974, Cilt 39, Sayı 1-4, s. 10.

⁶⁵ EMİROĞLU, s. 102; GARDNER, *Dowry*, 449; TREGGIARI, s. 353; SANFILIPPO, s. 168-169.

⁶⁶ NICHOLAS, s. 88; SANFILIPPO, s. 169; BONFANTE, s. 172-173; KASER, s. 252-253; SALLER, s. 197.

⁶⁷ TREGGIARI, s. 356; DI MARZO, s. 208-209.

⁶⁸ Roma’nın siyasi dönemleri, devlet örgütü biçimlerinin farklı dönemlerdeki yapılanmasına göre; I. Krallık Dönemi (MÖ 753-MÖ 509), II. Cumhuriyet Dönemi (MÖ 509-MÖ 27), III. *Principatus* Dönemi (MÖ 27-MS 235/284), IV. İmparatorluk Dönemi (MS 284-MS 476/1453) olarak ayrılmıştır. Siyasal rejimdeki değişiklikler önce meydana gelip özel hukuk sistemlerinde bunların etkisi sonradan görüldüğünden, tarihi dönemler değişik sınıflandırılmıştır. Roma hukukunun tarihî dönemleri; Eski Hukuk Dönemi (MÖ 753-MÖ 150), Klasik Öncesi Hukuk Dönemi (MÖ 150-MÖ 27), Klasik Hukuk Dönemi (MÖ 27-MS 250), Klasik Sonrası Hukuk Dönemi (MS 250-MS 527) ve *Iustinianus* Dönemi (MS 527-MS 565) olarak bilinmektedir. Bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 16 vd.

lamda incelenmiştir. *Öztañ*, bunların içinden en geniş anlamdaki aileyi “*bir ev başkanının yönetiminde aynı çatı altında hep birlikte aile hâlinde yaşayan bireylerden oluşmuş bulunan insan topluluğu*” olarak tanımlarken yazarın Roma hukukundaki aile babasının hâkimiyeti (*patria potestas*) altına giren tüm Roma ailesi fertlerinin ve ortak yaşama sahip ev halkının oluşturduğu geniş anlamdaki Roma ailesini işaret ettiğini gözlemlemekteyiz⁶⁹.

Günümüz hukukunda, Roma aile hukukunun etkileri yok denecek kadar az düzeydedir. Bununla birlikte günümüzde aile hukuku kurumlarıyla ilgili olarak çalışmamızda da değindiğimiz bazı hususların Roma hukukundan kaynaklandığını ifade edebiliriz. Aile hukukuyla ilgili kurumlar Roma’da gelenekler ve din kurallarıyla düzenlendiğinden ve *patria potestas* (baba hâkimiyeti) Roma aile hukukuna adeta damgasını vurmuş olduğundan Roma’daki aile babasının mutlak yetkisine dayanan aile yapısı günümüzün aile hukukuyla benzerlik arz etmemektedir. Roma’da hem nişanlanmada hem de evlenme ve evliliğin sona ermesi sürecinde, şekle bağlılık anlayışı hâkimdir. Sıkı şekilci anlayış, özellikle *Ius Civile*’de esas alınmıştı. Günümüz aile hukukunda da şeklin zorunlu olduğu bazı durumlar bulunmaktadır. Örneğin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun⁷⁰ 141. ve 142. maddelerine göre evlenme törenle yapılan bir sözleşmedir.

Romalılar, aynı aileye dâhil olan bireyler arasındaki ilişkilerin düzenlenişini geleneklere bırakma yolunu seçmişlerdir. Romalılar, kanunların aileyle ilgili bu alana müdahalesini ancak istisnai olarak, zorunluluk sebebiyle mümkün kılmışlardır. Roma’nın eski devirlerinde Roma ailesinin özerk birlik olduğu kabul ediliyordu. Kapalı bir yapıya sahip her bir ailenin ayrı kuralları ve gelenekleri vardı. Ailenin başında yer alan aile babasının mutlak yetkisine (*patria potestas*’a) karışılmazdı⁷¹. Roma adetlerine göre taraflar, evlenmeden önce karşılıklı olarak evlenme vaadinde bulunarak nişanlanmıydılar. Günümüz hukukunda ise nişanlanmayı evlilik için mutlak bir şart olarak görmemekteyiz. Bununla birlikte günümüz hukukunda nişanlanan kadın ve erkeğin, gelecekte birbirleriyle evlenme niyetinde olmaları, başka bir deyişle karşılıklı olarak evlenmeyi vaatmeleri, Roma’da nişanlanmanın evlenme teklifi sayılmasıyla benzerlik arz etmektedir. Roma hukukunda Klasik Öncesi Dönem’de, önceden belirlenmiş olan sorunun sorulması ve bu sorunun tam karşılığı olan yanıtın verilmesi şartıyla meydana gelen *sponsio* (nişanlanma), açıkça görüldüğü üzere şekle bağlı bir törendir. Nişanlanma sırasında kızın babası, kızın gelecekteki kocasına veya kocasını hâkimiyeti altında bulunduran aile babasına, gelecekteki evlilik için kızını vaatmekteydi. Roma’daki gibi, nişanlanmanın geçerliliği için şart olan şekle bağlı törene günümüz hukukunda aynen rastlanmamaktadır. Ancak şunu de belirtmek gerekir ki günümüzde de farklı toplumlarda geleneklere bağlı olarak nişanlanma tören eşliğinde yapılabilir. Nişanlanma ile ilgili düzenlemeler açısından Roma hukukunun günümüz hukukuna pek çok konuda kaynaklık ettiğini vurgulamalıyız. Roma’da ve günümüzde, evlilikten önceki bir hukuki ilişki olan nişanlanma, önemli bir aile hukuku kurumu olarak incelenmiş ve nişanlanma ile ilgili hususlar doktrinde tartışılmıştır. Yine nişanlanma sırasında günümüz hukukundaki nişan yüzüğü takma adetine benzer şekilde, Roma’da nişanlıya halka verme adetinin bulunduğunu görmekteyiz. Şöyle ki *sponsio*

⁶⁹ Türk Medeni Kanunu’nda aile kavramı üç farklı anlamda kullanılmıştır: Sadece karı ve kocadan oluşan birlik, “dar anlamda aile” kavramıyla ifade edilmektedir. Türk Medeni Kanunu’nda ilk önce dar anlamdaki aile düzenlenmiştir. Doktrinde bu dar anlamdaki aile “evlilik birliği” olarak adlandırılmıştır. Türk Medeni Kanunu’nun 185. maddesinin ilk fıkrasına göre “*Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur.*” Bununla ifade edilen dar anlamdaki ailedir. Türk Medeni Kanunu’nda m. 124-281 arasında dar anlamda aileyle ilgili düzenlemeler bulunur. Geniş anlamda aile ise doktrinde ana, baba, çocukların oluşturduğu topluluk olarak incelenir. *Öztañ*’a göre dar anlamdaki aileye çocukların eklenmesiyle oluşan topluluk, geniş anlamda aile olarak ifade edilir. Türk Medeni Kanunu’nda m. 335-363 arasında, geniş anlamda aileyle ilişkin düzenlemeler çoğunluktadır. Geniş anlamda aileyle ilişkin düzenlemelerin çoğu velayet kurumuna ilişkindir. En geniş anlamda aile ise “*bir ev başkanının yönetiminde aynı çatı altında hep birlikte aile hâlinde yaşayan bireylerden oluşmuş bulunan insan topluluğudur.*” Önceden “ev reisliği” adı altında düzenlenen bu kurum, Türk Medeni Kanunu’nda m. 367-371 arasında “ev düzeni” adı altında düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu m. 367’ye göre “*Aile hâlinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örfeye göre belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi ona ait olur. Evi yönetme yetkisi, kan veya kayın hısımlığı, işçilik, çıraklık veya benzeri sebeplerle ya da koruma ve gözetme ilişkisi içinde ev halkı olarak bir arada yaşayanların hepsini kapsar.*” *Öztañ*’a göre Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenmiş olan en geniş anlamdaki aile, adeta eski tip ailenin günümüz hukukundaki yansıması olma özelliğini taşır. Bkz. ÖZTAN, s. 3-4; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 6-7.

⁷⁰ 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete.

⁷¹ KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 169-170.

ile nişanlanma gerçekleştirilir, nişanlanmak için taahhüt etme işlemi yapılmasının ardından erkek, nişanlandığı kıza bu halkayı verirdi. Öyle anlaşılıyor ki bu halka, nişanlanmaya ilişkin taahhüdün adeta delili niteliğini taşımaktaydı. Bazı hukukçular, Roma'da nişan halkası vermenin, nişanlanmanın geçerliliği için gerekli bir şekil şartı olduğu düşüncesindeydiler.

Roma hukukunda, Klasik Sonrası Dönem'de Doğu eyaletlerinde uygulanan hukuktan etkilenmenin sonuçlarından birisi olarak uygulamaya giren bağlanma parası (*arrha sponsalicia*), nişanlanmadan serbestçe dönme fikrinden nişanlıları caydırma amacını taşıyordu. Böylelikle nişanlı çiftlerin karşılıklı evlenme taahhütleri güvenceye kavuşturulmuş oluyordu. O hâlde günümüz hukukuyla karşılaştırıldığında, Roma'da nişanlanma kurumunun adeta evlenmeye zorlayıcı tedbirlerle koruma altına alınmış olduğunu ifade edebiliriz. Ancak bunun yanında seyrek de olsa Roma'da nişanlanmadan evlilikler yapılabilmekteydi. Günümüz hukukunda nişanlanma zorunlu değildir, ihtiyaridir. Bununla birlikte, aynen günümüz hukukunda olduğu gibi, Roma hukukuna göre de nişanlanma tek kişiyle yapılmak zorundaydı. Nitekim her iki hukuk düzeninde de tek eşlilik kabul edilmiştir. Günümüz hukukunda doktrinde nişanlılığın bir ön sözleşme, nişanlıların iradelerinin yöneldiği bir karar, bağımsız bir sözleşme, güven ilişkisi, bazı hukukçulara göre ise aile hukukuna özgü bir sözleşme niteliğinde olduğuna ilişkin görüşler ve tartışmalar bulunmaktadır. Günümüz hukukunda doktrinde görüş birliği olduğu üzere evlilik ile ilgili iradenin zorlanmaması gerekmektedir. Evlilikle ilgili irade özgürlüğünün zedelenmemesi için Türk Medeni Kanunu'nda nişanlılığın evliliğe zorlayıcı bir kurum olması yönünde herhangi bir düzenlemeye yer verilmiştir⁷². Nişanlı çiftlerin birbirlerine karşı yükümlülükleri (sadaqat, karşılıklı yardım ve dayanışma gibi), hakları (tanıklıktan kaçınma, hakarete uğrayan yararına dava açma, diğer nişanlının haksız fiile uğraması hâlinde başvurabilecekleri yollar vb.), nişanlanmanın sona ermesi durumunda tarafların gerekli şartların oluşması hâlinde neler talep edebilecekleri (günümüzdeki düzenlemelerde maddi tazminat ve manevi tazminat talep etme hakları), nişanlılığın sona ermesi şartları, haklı sebep oluşması hâlinde nişanlılığın sona erebilmesi, nişan hediyelerini geri isteme şartları gibi konular hem Roma hukukunda hem de Türk medeni hukukunda benzer hükümlerle düzenlenmiştir. Benzer düzenlemelerden biri; hem Klasik Dönem'den başlayarak Roma hukukunda hem de günümüz hukukunda nişanlanma ile ilgili cezai şart getirilememesidir. Ancak Klasik Dönem öncesinde Roma'da bu konuda cezai şart getirilebiliyordu. O hâlde Roma'da Klasik Dönem'den başlayarak günümüz hukukundaki anlayışa yaklaşılmıştır. Hem Roma hukukunda hem günümüz hukukunda, nişanlanmanın sona ermesi, evlenmenin yapılmasına ilişkin olarak dava açma hakkı doğurmamaktadır. Yani nişanlanma her iki hukuk düzeninde de evlenme zorunluluğu doğurmaz. Yine hem Roma hukukunda hem günümüz hukukunda, evlenme engelleri olarak hukuk düzenince belirlenen kriterler nişanlanmaya da engeldir.

Roma hukukunda da günümüzde olduğu gibi evlenme (*matrimonium*), bir ailenin kurulmasındaki en etkili kurumdu. Roma hukukunda evlilik, basit ve kendine özgü bir sözleşmeyle yaratılan hukuki statü olarak nitelendirilebilir. Roma'da evlenen kadın ile erkek, hayatta oldukları sürece birbirine bağlı kalacakları konusunda anlaşmış ve bu hukuki birlikteliğe dâhil olmuşlardır. Evliliğin, soyun devam etmesini temin etmek için zaruri olduğu düşünülmekteydi. Öyle ki, *Lex Iulia*'da belirtildiği üzere, yirmi beş ve altmış yaş aralığındaki bütün erkekler ile yirmi ve elli yaş aralığındaki bütün kadınlar evlenmek ile yükümlüydüler. Evlilik kutsal kabul edildiğinden, örneğin Klasik Öncesi Dönem'de evliliğin asla bozulması istenmez, buna yönelik düzenlemeler yapılırdı. Esasen hukuki birliktelik niteliğini taşıyan evliliği, başka tür birliktelikten ayıran en önemli nokta, tarafların evlenerek birbirinin karısı ve kocası olmak niyetine (*consensus*) sahip olmalarıydı. Başka bir deyişle evlenecek erkek, kendi mevcut durumunun gelecekteki karısı açısından da geçerli olabilmesini istemekte, onun kendisinin eşi olmasını uygun görmekteydi. Niyet unsuru, Roma hukuku kaynaklarında *affectio maritalis* olarak yer etmiştir. *Affectio maritalis* Roma'da evlilik kurumunun subjektif unsuruyken evlilik şerefi olarak ifade edebileceğimiz *honor matrimonii* ise objektif unsurdur. *Honor matrimonii* toplumda karı koca statüsünde bulunmayı gerektirmekteydi.

⁷² ABİK, Yıldız: "Nişanlanma ve Nişanlılık", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 54, Sayı 2, s. 92.

Roma'da evlilik töreni, kadının müstakbel kocasının evine getirilmiş olması şartıyla, müstakbel koca yokken de yapılırsa geçerli sayılırdı. Günümüz hukukunda ise evlenme bundan değişik olarak evlendirme memurunun önünde, evlenecek çiftlerin bulunmasıyla ve iki tanığın önünde yapılmalıdır. Roma'da evlenen kadının kocasının ya da onun aile babasının hâkimiyeti altına girebilmesi için yapılması söz konusu olan hukuki işlem *conventio in manum* idi. Özel hukukun konusu olan bazı tipik işlemlerle *conventio in manum*'un yapılması yani kadın üzerinde *manus*'un kurulması mümkündü. Bahsedilen işlemler şöyle sıralanırdı: *confarreatio*, *usus*, *coemptio*. *Confarreatio* ve *coemptio* şekle bağlı, törenli işlemlerdi ancak *usus* şekle bağlı değildi. *Manus* ve evlilik birbirinden farklı işlemlerdi. Evliliği *manus* değil, esasen *consensus* tesis ediyordu. *Confarreatio*, Roma'da *manus* ile yapılan evlilikler incelendiğinde, evlenme şekilleri içinde tarihsel olarak en önce kullanımda olanıdır. *Confarreatio*'nun, belli şekli şartlara uyarak törenler zinciri eşliğinde yapılması gerekiyordu. *Confarreatio*'nun bu çalışmada *usus* ve *coemptio*'ya göre daha ayrıntılı incelenmiş olmasının sebebi, baştan sona tümüyle Roma toplumuna özgü oluşu ile evlenme şekilleri arasındaki özel yeridir.

Günümüzde, zorunlu olmamakla birlikte, evlilik törenle yapılmaktadır. Roma hukukunda ise dinsel içeriğe sahip ritüeller zinciri olan törenlerin evliliğin geçerliliği için şekil şartı olduğunu çalışmamızda incelemiş bulunuyoruz. Günümüzde ise Türk Medeni Kanunu'nun 141. maddesinde belirtildiği üzere “Evlenme töreni, evlendirme dairesinde evlendirme memurunun ve ayırt etme gücüne sahip erğin iki tanığın önünde açık olarak yapılır. Ancak, tören evleneceklerin istemi üzerine evlendirme memurunun uygun bulacağı diğer yerlerde de yapılabilir.” Roma'da ailelerin tabi olduğu geleneklerin icra edildiği yer, bu ailelerin yaşamakta olduğu evlerdi. Evlilik törenleri de evlenen kadın ve erkeğin beraber yaşadıkları aile evlerindeki mabette düzenleniyordu. Türk Medeni Kanunu'nun 142. maddesine göre “Evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar.” Öztan'a göre, günümüz hukukunda “nişanlıların evlenmek istediklerine ilişkin açıkça irade beyanında bulunmaları” ve “yetkili evlendirme memurunun önünde bu iradelerini açıkça beyan etmeleri”, evlenmenin kurucu unsurlarıdır⁷³. Evlenme ehliyetinin koşulları konusunda Türk Medeni Kanunu'nun 124. maddesinde “yaş”, 125. maddesinde “ayırt etme gücü” ile ilgili düzenlemeler vardır. TMK m. 124/I'e göre “Erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez.” TMK m. 124/II'ye göre “Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verilebilir. Olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.” TMK m. 125'e göre “Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemez.”

Roma hukukunda hukuki birliktelikler için getirilen koşul ve onları *concubinatus*'dan ayıran nokta, evlenecek kadın ve erkeğin rızalarının karşılıklı olarak uyuşması yanında, *manus*'un bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, tüm evliliklerde geleneklere uygun şekilde dinsel törenin ve ayrıca düğün töreninin yapılmasıydı. Roma hukukçularının çoğu, evliliğin geçerli olması için aranan ölçütleri; rızaların uyuşması, belli yaşa ulaşma ve evlilik töreni için gereken şekil kurallarının yerine getirilmesi olarak belirtmişlerdi. Ayrıca, evlenmeye engel olacak özel durumların bulunmaması gerekiyordu. Erkeklerin evlenebilmesi için şart koşulan yaş on dört iken, kızlar için şart koşulmuş yaş on ikiydi. Evlenecek kişilerden birisinin akıl hastası olması Roma'da evlenme engeli oluştururdu. Evlik boyunca karı kocanın mutlak surette birlikte yaşamaları şartı aranmıyordu. Evlilikten dünyaya gelmiş olan çocuklar, baba tarafının ailesinin birer ferdiydiler ve doğuştan Roma vatandaşlığını kazanırlardı. Eşlerin birbirlerine sadakat, sevgi, saygı gösterme görevleri vardı. Roma'da Klasik Öncesi Dönem'de *manus* adlı işlem, evlenen kadını kocasının ailesine dâhil etmek amacıyla yapılırdı. *Manus*, “kadın üzerinde kurulan hâkimiyet” olarak tanımlanıyordu. Bazı Roma hukuku kaynaklarında belirtildiği üzere Roma hukukunda evlilik *manus*'lu yapıp yapılmadığına göre üç değişik dönemde ele alınmıştı. Bu dönemler; sadece *manus*'lu evliliğin meydana geldiği dönem (Klasik Öncesi Dönem'de), *manus*'lu veya ma-

⁷³ ÖZTAN, s. 158 vd.

manus'suz evliliğin yapılabildiği dönem, son olarak da milattan önce üçüncü yüzyıldan başlayarak *manus*'lu evliliklerin bittiği dönemdir. Klasik Dönem'de *manus*'suz evliliklerde mal ayrılığı rejimi söz konusuydu. *Sui iuris* kadın *manus*'suz evlenirse *sui iuris* kalmaya devam eder, evlenmeden önceki malvarlığını kendisi yönetirdi. *Manus*'lu evlenen kadının evlenmeden önceki malvarlığı ve evlilik birliği sırasındaki edinimleri artık kocasının malvarlığına katılırdı. Malvarlığını korumaya yönelik olarak evli çiftin ilişkisinin ve uyumunun maddiyat içerikli nedenlerle zarar görmemesi için ve iyiniyet sahibi eşin de korunması amacıyla eşler arasındaki bağışlamalar yasaklanmıştı. Ev ile ilgili masraflar kocaya aitti. Bu masraflara katkı için kadının tarafı evlilik yapılırken kocaya *dos* verirdi. Eşler, maddi durumlarıyla orantılı olarak birbirine hediye verebilirlerdi. Örf ve adetler gerektirdiği üzere, kocası ölmüş kadın, yas müddeti olarak kabul edilen on ay (veya Roma'da kullanımda olan takvim uyarınca yaklaşık bir yıllık kanuni süre) geçtikten sonra evlenmeliydi⁷⁴. Boşanan kadın da aynı kanuni bekleme süresine uymalıydı. Eğer eşi ölen kadın on aylık yas süresi dolmadan başka bir evlilik yaparsa, bu yeni evlilik geçerli sayılsa da, kadın şerefsiz (*infamis*) ilan edilirdi. *Manus*'lu evlilik yapan kadın, eşi eğer bir aile babasıysa artık onun kızı, sahip oldukları çocukların da kardeşi kabul edilirdi. Ancak eşi eğer bir aile evladıysa kocasını hâkimiyeti altında bulunduran aile babasının hâkimiyetine girerek onun kız kardeşi sayılırdı. *Manus*'lu evlilik yapan kadının, evlenmeden önceki ailesi ile var olan *agnatio* hısımlığı artık sonlanırdı. Roma'da sadece *confarreatio*'da kadın evlilik sözleşmesi yapılırken aynı anda *manus* altına girerdi. Tören ve hukuken geçerlilik şartı olan şekil gibi uyulması gereken zorunluluklar bulunmaksızın *manus*'suz evlilik yapılabiliyordu. Karı ve kocanın evliliği devam ettirme iradeleri bulunduğu müddetçe, *manus*'suz yapılan bu evlilik geçerli olarak hüküm doğururdu. Karşılaştırma yapmak gerekirse, esasen, fiili durum arz eden Roma'daki *manus*'suz evlilikler, çağdaş hukuktaki evlilik sözleşmelerinden çok serbest birliktelikler gibidir. *Manus*'suz evlenen kadının çocuklarıyla arasında kan bağına dayanan hısımlık (*cognatio*) bulunurdu. Son olarak hem *manus*'lu hem de *manus*'suz evliliklerden doğan çocuklar, babalarının hâkimiyetine girmektedirler.

Roma hukukunda evli kadın veya erkeğin Roma vatandaşlığını kaybetmiş olmaları, özgürlüklerini kabetmiş olmaları, boşanmaları, eşlerden herhangi birisinin ölmesi, evlilik bağının ortadan kalkmasına sebep olurdu. Roma hukukunda evli çiftin ortak yaşamı bittiyse ve karı koca olma niyetleri artık bulunmuyorsa evlilik sonlanmış kabul edilirdi. Karının ve kocanın birlikte veya tek taraflı iradesiyle evlilik bağının kopmasıyla boşanma (*divortium*) gerçekleşirdi. Roma'da evlilik sözleşmesinin ve bunun çerçevesinde belirlenen karı koca ilişkisinin sürekliliği esastı ancak boşanmayla bu kurum sonlanırdı çünkü *consensus* bozulurdu. Boşanmak, evliliğin sonlanmasına ilişkin kararlılık gerektirirdi. Roma hukukunda şekle bağlı bir işlem ancak söz konusu işlemin tam tersiyle ortadan kaldırılabileceğinden, *confarreatio* usulünde *manus*'lu yapılan bir evliliğin sona ermesi *diffareatio*'yla, *coemptio* usulünde *manus*'lu yapılan evliliğin ise sona ermesi *remancipatio* veya *emancipatio* işlemleriyle mümkündü. *Manus* olmadan yapılan bir evliliğe gelince, sözleşmenin geçerliliği için şekle bağlılık değil de sadece *consensus* arandığından, evliliği sonlandırmak için karı ve kocanın karşılıklı yöneltilmiş irade beyanlarının uyuşmasıyla *divortium* yani boşanma, tek bir taraf bunu istediğinde ise *repudium* söz konusu olurdu.

Roma Hukukunda *dos*, evlenerek kurulan Roma ailesinin geçimini temin etmekle yükümlü olan kocanın, evlilik dolayısıyla çoğalan aile masraflarını karşılaması için, evlenen kadının kendisi, kadının ailesi veya ailesinin yakınları tarafından verilen, kocanın malvarlığını arttıran, kıymetli, gelir getirici olması beklenen, genellikle evlilik boyunca meydana gelecek masraflara katkı amacını taşıyan şeylerdi. Roma'da *dos* bir hediye değildi. *Dos*, günümüz hukukunda incelenen çeyize ilk bakışta benzetilse de, *Ayiter*'in de belirttiği üzere, günümüz hukukundaki çeyize tam karşılık gelmezdi. Günümüzde kadınlar da erkekler gibi iş hayatında yaygın olarak yer alıp evlilik birliğine katkıda bulunmaktadır.

⁷⁴ Günümüz hukukunda da Roma hukukundaki iddet süresine benzer düşünceyle, Türk Medeni Kanunu'nun 132. maddesinde "Kadın için bekleme süresi" başlığı altında, kadının evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenemeyeceği, doğurmakla bekleme süresinin biteceği ancak önceki evliliğinden gebe olmadığı anlaşılırsa veya evliliği sona eren eşler birbiriyle tekrar evlenmek isterse mahkemenin bu süreyi kaldıracağı düzenlenmiştir.

Ancak Roma'da kadınlar iş hayatında etkin değillerdi. Kanımızca da Roma hukukundaki *dos* ile günümüz hukukundaki çeyiz birbirinden farklıdır. Şöyle ki *dos* evlilik süresince oluşacak giderlere katkı sağlamak amacıyla evlenecek kadının kendisi veya ailesi tarafından evlenecek erkeğe zorunlu olarak verilir. Ancak günümüzde çeyiz zorunlu olmayıp yerel adetlere göre farklı anlayışlarla oluşturulmaktadır. Günümüzde bazen çeyiz sırf evlilik töreni yapılması sırasındaki masraflara katılma amacını taşıyabilmektedir. Günümüzde bazen evlilik töreni sırasında kadının ailesinin erkeğe ya da erkeğin ailesinin kadına takı, para olarak verdiği hediyeler de kapsamı evlilik boyunca meydana gelecek masraflara katkı amacını taşıyan şeylerden oluşan Roma hukukundaki *dos*'tan farklılık arz eder.

Evlilik kurumu Roma'da, geleneklerin ve din kurallarının, ilkel döneme ait toplumsal ve ekonomik yapının etkisiyle biçimlenmiş olsa da bu kurumlar bazı yönlerden günümüz hukukuna temel oluşturmaktadır. Roma hukukunda "dar anlamda aile (*familia proprio iure*)" kavramıyla evlilik kurumunu birlikte ele alan hukukçuların değerli eserleri ışığında, Roma'da nişanlanma (*sponsalia*), evlenme (*matrimonium*), evlenmek için gerekli şartlar, evlenmenin hükümleri, evlilik bağının sona ermesi, boşanma (*divortium*) gibi kurumlar, günümüz hukukuna kaynak teşkil ettiklerinden, bu çalışmanın yapılması gerekli görülmüştür.

KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız: “Nişanlanma ve Nişanlılık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 54, Sayı 2, s. 65-152.
- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- AYİTER, Kudret: *Klasik Roma Hukukunda “Dos”un Tesisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1958 (“Dos”un Tesisi).
- AYİTER, Kudret: *Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku*, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963 (Roma Aile Hukuku).
- RADO BASMAN, Türkân: “Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1942, Cilt 8, Sayı 1-2, s. 530-544.
- BERGER, Adolf: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Transactions of the American Philosophical Society*, 1953, Cilt 43, Sayı 2, s. 333-809.
- BERKİ, Şakir: *Roma Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1949.
- BERKİ, Şakir: “Roma’da Aile Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1957, Cilt 14, Sayı 1-4, s. 111-121.
- BIERKAN, Andrew T. / SHERMAN, Charles P. / STOCQUART, Emile: “Marriage in Roman Law”, *The Yale Law Journal*, 1907, Cilt 16, Sayı 5, s. 303-327.
- BONFANTE, Pietro: *Istituzioni di Dritto Romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1987.
- BUCKLAND, William Warwick: *The Main Institutions of Roman Private Law*, The Macmillan Co., New York, 1931.
- BURDICK, William Livesey: *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, Lawyers Cooperative Pub. Co., New York, 1938.
- CLARK, Edwin Charles: *History of Roman Private Law*, Biblo and Tannen, New York, 1965.
- DE MONTMORENCY, James Edward Geoffrey: “The Registration of Marriage Under Mediaeval Roman Law”, *Journal of the Society of Comparative Legislation New Series*, 1914, Cilt 14, Sayı 2, s. 390-399.
- DI MARZO, Salvatore: *Roma Hukuku*, (Çev.) UMUR, Ziya, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1959.
- DONAHUE, Jr. Charles: “The Case of the Man Who Fell into the Tiber: The Roman Law of Marriage at the Time of the Glossators”, *American Journal of Legal History* 1, 1978, Cilt 22, Sayı 1, s. 1-55.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- EMİROĞLU, Haluk: *Roma Hukukunda Kadının Durumu*, Sözkese Matbaası, Ankara, 2003.
- ESTAVAN, Lawrence: “Roman Law in Plautus”, *Stanford Law Review*, 1966, Cilt 18, Sayı 5, s. 873-909.
- FRIER, Bruce W. / MCGINN, Thomas A.J.: *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford University Press, New York, 2004.
- GARDNER, Jane F.: *Family and Familia in Roman Law and Life*, Oxford University Press Inc., New York, 1998.
- GARDNER, Jane F.: “The Recovery of Dowry in Roman Law”, *The Classical Quarterly New Series*, 1985, Cilt 35, Sayı 2, s. 449-453 (Dowry).
- GÖNENÇ, Fulya İlçin: “Roma Hukukunda Boşanma (Divortium)”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 7, Sayı 1-2, s. 645-654 (Boşanma).
- GÖNENÇ, Fulya İlçin: *Roma Hukukunda Kadın*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010 (Roma Hukukunda Kadın).
- GREENIDGE, Abel Hendy Jones: “Development of Roman Marriage”, *Law Quarterly Review*, 1905, Cilt 21, Sayı 4, s. 357-364.

- GRUBBS, Judith Evans: *Women and the Law in the Roman Empire*, Taylor & Francis Books Ltd., New York, 2002.
- GUARINO, Antonio: *Dritto Privato Romano*, Dodicesima Edizione, Napoli, 2001.
- GÜNAL, A. Nadi: “Roma Hukukunun Temel Kriterleri, Kavram ve Kurumları”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, 2009, Sayı 49 (Romalılar I), s. 11-32.
- GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ: *Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- HADLEY, James: *Introduction to Roman Law*, Rothman & Co., Colorado, 1996.
- HONIG, Richard: *Roma Hukuku Dersleri*, (Çev.) TALİP, Şemseddin, Ahmed İhsan Matbaası Ltd., İstanbul, 1935.
- IUSTINIANUS: *The Digest of Justinian*, (Ed.) MOMMSEN, Theodor / KRUEGER, Paul / WATSON, Alan: Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985.
- İPEK, Nurcan: “Roma Hukukunda Nişanlanma (Sponsalia)”, *Belgin Erdoğmuş’a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s. 113-133.
- KAGAN, K. Kahana: “Nature of Dowry in Roman Law-Rights of Husband and Wife”, *Tulane Law Review*, 1945-1946, Cilt 20, Sayı 4, s. 557-565.
- KARADENİZ, Özcan: “Aile (Roma Hukukunda)”, *Türk Hukuk Ansiklopedisi*, Cilt 1, Ankara, 1962, s. 456-459.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: *Roma Hukuku*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- KASER, Max: *Roman Private Law*, (Transl.) DANNENBRING, Rolf, Butterword & Co. Ltd., Durban, 1965.
- KAYAK, Sevgi: “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 8, Sayı 2, s. 249-302.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Aile Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- KOÇ, Nevzat: *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2002.
- KOSCHAKER, Paul: *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, (Çev.) AYİTER, Kudret, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1993.
- MANSFIELD, Edward D.: *Legal Rights, Liabilities and Duties of Women*, John P. Jewett & Co., 1845.
- MUIRHEAD, John Spencer: *An Outline of Roman Law*, William Hodge and Company Limited, London, 1947.
- NICHOLAS, Barry: *An Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, New York, 1975.
- OĞUZOĞLU, Cahit: *Roma Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1959.
- TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe: *Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- PARIBENI, Roberto: *Roma Ailesi*, (Çev.) TALİP, Şemseddin, A. İhsan Basımevi, İstanbul, 1935 (Roma Ailesi).
- PARIBENI, Roberto: “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1935, Cilt 1, Sayı 1, s. 79-96 (Aile Kurumu).
- PUGLIESE, Giovanni: “Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış”, (Çev.) UMUR, Ziya, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1956, Cilt 22, Sayı 1-4, s. 339-349 (Roma Ailesi).
- PUGLIESE, Giovanni: *Istituzioni di Dritto Romano Sintesi*, Seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998.
- RADIN, Max: “A Glimpse of Roman Law”, *The Classical Law Journal*, 1949, Cilt 45, Sayı 2, s. 71-79.
- RATTIGAN, William Henry: *Jural Relations; or the Roman Law of Persons as a Subject of Jural Relations: Being a Translation of the Second Book of Savigny’s System of Modern Roman Law*, Wildy & Sons, London, 1884.
- REYNOLDS Jr., Osborne M.: “Legal and Social Aspects of Roman Marriage”, *Southern University Law Review*, 1982, Cilt 9, Sayı 2, s. 205-230.
- SALLER, Richard P.: “Roman Dowry and the Devolution of Property in the Principate”, *The Classical Quarterly New Series*, 1984, Cilt 34, Sayı 1, s. 195-205.

- SANFILIPPO, Cesare: *Istituzioni di Diritto Romano*, Decima Edizione, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2002.
- SAYIN KORKMAZ, Bengi Sermet: “Roma Aile Hukukunda Evlat Edinmenin Yeri ve Usulleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2020, Cilt 78, Sayı 3, s. 49-98.
- SCHULZ, Fritz: *Classical Roman Law*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1969.
- SCHWARZ, Andreas: *Aile Hukuku I*, (Çev.) DAVRAN, Bülend, Ülkü Matbaası, İstanbul, 1942.
- SCHWARZ, Andreas: *Roma Hukuku Dersleri, I. Cilt*, (Çev.) RADO, Türkân, 7. Baskı, Doğan Kardeş Matbaacılık Sanayii A. Ş. Basımevi, İstanbul, 1965.
- SELEK, Hulûsi: “Roma Hukukuna Göre Aile Müessesesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, 1936, Cilt 1, Sayı 5, s. 214-232.
- SERİM, Gökçe: *Roma İmparatorluk Döneminde Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler*, Lykeion Yayınları, Ankara, 2018.
- SOHM, Rudolph: *Institutes of Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1892.
- SOHM, Rudolf: *Institutes, a Textbook of the History and System of Roman Private Law*, Clarendon Press, Oxford, 1892 (Roman Private Law).
- SOMER, Pervin: “Dar Anlamda Aile Hukukunun Esasları”, *T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 1, Sayı 2, s. 155-180.
- SÖĞÜTLÜ, Özlem: *Roma Özel Hukuku, Ders Kitabı*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem: “Roma Toplumunda Kadının Konumu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 4, Sayı 2, s. 1-31.
- SÜTKEN, Elvan: “Roma Aile Hukukunda Patria Potestas”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 5, Sayı 1, s. 67-100 (*Patria Potestas*).
- SÜTKEN, Elvan: *Roma Hukuku'nda Şekil*, Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2010.
- TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: *Roma Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021 (Roma Hukuku Dersleri).
- TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: *Roma Hukuku Meseleleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996 (Roma Hukuku Meseleleri).
- TALAMANCA, Mario: *Elementi di Dritto Privato Romano*, Giuffrè Editore, S.p.A, Milano, 2001.
- TAMER, Diler: *Roma Hukuku Cilt I*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- TREGGIARI, Susan: *Roman Marriage*, Oxford University Press, London, 2002.
- UMUR, Ziya: *Roma Hukuku Lüğati*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.
- UMUR, Ziya: *Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984.
- VILLERS, Robert: “Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar, Kadının Hukuki Durumu”, (Çev.) TAHİROĞLU, Bülent, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1974, Cilt 39, Sayı 1-4, s. 1-19.
- VOCI, Pasquale: *Istituzioni di Diritto Romano*, Quinta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- VOLTERRA, Edoardo: *Ricerche Interno Agli Sponsali in Diritto Romano*, Industria Tipografica Romana, Roma, 1932.
- WATSON, Alan: *Society and Legal Change*, Second edition, Temple University Press, Philadelphia, 2001.
- WATSON, Alan: “Roman Private Law and the Leges Regiae”, *The Journal of Roman Studies*, 1972, Cilt 62, s. 100-105.



Paylı Mülkiyetten Doğan veya Paylı Malı İlgilendiren Gider ve Yükümlülüklerden Paydaşların Dış ve İç İlişkideki Sorumluluğu^(*)



External and Internal Liability of the Co-Owners for Expenditures and Obligations Arising Out of the Co-Ownership

Efe Can YILDIRIR



Araştırma Görevlisi Doktor
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Kısmi Borçluluk,
Giderler,
Vergiler,
Yükümlülükler,
Rücu.*

Öz

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesinde birden çok kimsenin maddi olarak bölünmemiş bir şeyin tamamına belirli paylarla malik olması şeklinde açıklanan paylı mülkiyet ile uygulamada karşılaşılan sorunlar arasında paylı mal ile nesnel bağlantı içinde bulunan giderlerden ve yükümlülüklerden paydaşların hem alacaklılara karşı hem de birbirlerine karşı sorumlulukları esaslı önemi haizdir. Bu öneme binaen kanun koyucu TMK m. 694'ü sevk etmiştir. Bu çalışmanın kaleme alınması ile bu düzenlenmenin detaylı bir şekilde incelenmesi hedeflenmiştir. Anılan kanun hükmünün sadece iç ilişkiye dair olması, çalışmanın gayesinin gerçekleştirilmesi için paylı mal ile nesnel bağlantı içinde bulunan giderlerden ve yükümlülüklerden paydaşların üçüncü kişilere karşı (dış) sorumluluğunun da detaylı bir biçimde ele alınmasını gerektirmektedir. Özellikle bölünebilir edimi konu edinen borçlardan birden fazla kişinin sorumlu olması durumunda alacaklıyla ilişkilerde kural olarak kısmi borçluluğun kabul edilmesi, TMK m. 694'ün paydaşların dış ilişkideki sorumluluğu bağlamında incelenmesini gerekli kılmaktadır. Paylı mülkiyette doğan ve paylı malı ilgilendiren gider ve yükümlülüklerden paydaşların birbirlerine karşı sorumluluğunun belirlenmesinde ise TMK m. 694'ün öneminin anlaşılabilmesi için sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş görmeye dayalı talep haklarına dayalı rücu ile de karşılaştırmalara ihtiyaç vardır.

Keywords

*Partial Liability,
Expenditures,
Taxes,
Obligations,
Recourse.*

Abstract

Among the problems encountered in practice with the co-ownership, defined as the ownership of an undivided property by more than one person with certain shares, the liabilities of the co-owners both against the creditors and each other for the expenditures and obligations that are objectively related to the shared property are of fundamental importance. Due to this importance, the legislator has introduced TCC Art. 694. The aim of this study is to examine this provision in detail. The fact that the provision is only related to the internal relationship necessitates a detailed examination of the (external) liability of the co-owners against third parties for the expenditures and obligations that are objectively related to the shared property in order to realize the purpose of the study. In particular, the acceptance of partial liability as a rule in relations with the creditor in cases where more than one person is responsible for the obligations that are subject to divisible performance makes it necessary to examine TCC Art. 694 in the context of the external liability of the co-owners. To understand the importance of TCC Art. 694 of the in determining the responsibility of the shareholders against each other for the expenditures and obligations arising from the co-ownership, comparisons with the recourse based on the claim rights based on unjust enrichment and agency without authority are also needed.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 15.11.2023, Kabul Tarihi: 27.12.2023.

Bu çalışma yakın zamanda aramızdan ayrılan değerli meslektaşım ve kardeşim *Fatih Duran*'ın aziz hatrasına ithaf edilmiştir.

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) 688. maddesinde birden çok kimsenin maddi olarak bölünmemiş bir şeyin tamamına belirli paylarla malik olması şeklinde açıklanan bu birlikte mülkiyet çeşidi ile uygulamada karşılaşılan sorunlar arasında paylı mal ile nesnel bağlantı içinde bulunan giderlerden ve yükümlülüklerden paydaşların hem alacaklılara karşı hem de birbirlerine karşı sorumlulukları esaslı önemi haizdir. Bu çalışmanın amacı, esas olarak, birlikte borçluluğa ilişkin genel ilkeler ve paylı mülkiyete ilişkin düzenlemeler arasında “4. Gider ve Yükümlülükler” kenar başlığı ile kaleme alınmış TMK m. 694 dikkate alınarak hem kuramsal açıdan hem de uygulamada oluşturduğu önemli hukuki sonuçları bulunan bu soruna ilişkin detaylı bir inceleme sonucunda çözüm önerileri sunmaktır. Hem Türk hukukundaki hem de karşılaştırmalı hukuktaki öğretiyi ve uygulamaya irdelemeyi amaçlayan bu çalışmamız, sadece paylı mülkiyeti konu edinmekte olup kat mülkiyeti ile devre mülk hakkı kapsam dışında bırakılmıştır.

I. PAYLI MÜLKİYETTEN DOĞAN VEYA PAYLI MALI İLGİLENDİREN GİDER VE YÜKÜMLÜLÜKLERİN KAPSAMININ BELİRLENMESİ

TMK m. 694/1'e göre “*paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer yükümlülükler, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paydaşlar tarafından payları oranında karşılanır*”¹. Anılan düzenleme, paydaşların paylı mülkiyete tabi mal² ile arasında nesnel bağ bulunan giderler bakımından katkıda bulunma yükümlülüğünü düzenlemektedir³. Bu bağlamda da iç ilişkide paydaşların birbirlerine karşı paylı sorumluluğunun konusu “yönetim giderleri”, “vergiler” ve “diğer yükümlülükler” olarak belirlenmiştir⁴. Kaleme alınış şekline de anlaşılacağı üzere bu düzenlemede sınırlı sayı prensibi benimsenmemiş olup durumun özelliğine göre hâkime takdir yetkisi verilmiştir⁵.

A. Yönetim Giderleri Kavramı

Yönetim, paylı malın varlığının korunmasına, değerinin artırılmasına, işletilmesine ve özgülenme amacına uygun şekilde kullanılmasına yönelik işlemlerin yapılmasına ve tedbirlerin alınmasına dair yürütülen faaliyetler olarak tanımlanabilir⁶. Paylı malın yönetiminde esas itibarıyla paydaşların paylı malın durumuna ve kullanılabilirliğine ilişkin ortak menfaati öne çıkmaktadır⁷.

¹ Kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 649. maddesinin Almanca metninin ilk fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Paylı mülkiyetten doğan veya müşterek mala dayanan yönetim masraflarına, vergilere ve diğer yükümlülükler, başka türlü belirtilmiş olmadıkça, paylı malikler payları oranında katlanırlar*”. Anılan düzenlemenin Fransızca metni ise şu şekildedir: “*Paylı mülkiyetten doğan veya müşterek mal ile ilgili yüklenen yönetim masraflarına, vergilere ve diğer yükümlülükler, aksine hüküm yoksa, bütün paydaşlar tarafından payları oranında katlanılır*”. Muadil bir düzenlemenin bulunduğu Alman Medenî Kanunu'nun 748. paragrafı ise şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Her paydaş, diğer paydaşlara karşı, müşterek malın yüklenmesine ilaveten koruma, yönetim ve ortak kullanım masraflarını da payı oranında üstlenmekle yükümlüdür*”.

² Bu düzenlemenin birden fazla kişi lehine kurulan mecra irtifakından kaynaklanan giderler bakımında da uygulanabileceği hususunda BGE 111 II 26.

³ Benzer PERRUCHOUD, Edmond: “Art. 649”, PISCHONNAZ, Pascal / FOËX, Bénédicte / PIOTET, Denis (Éd): *Commentaire romand Code civil II*, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2016 (Yazar, CR CC), N. 5; GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara: “Art. 649”, AEBI-MÜLLER, Regina E. / MÜLLER, Christoph (Hrsg.): *Berner Kommentar, Das Eigentum - Allgemeine Beziehungen - Art. 641-654a*, Stämpfli Verlag, Bern, 2022 (Yazar, BK), N. 13.

⁴ Örneklem yoluyla dahi olsa her biri ayrı ayrı sayılmış bu unsurlardan “yönetim giderleri”ni diğerlerini de kapsayacak biçimde geniş yorumlayan SIMONIUS, Pascal / SUTTER, Thomas: *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel & Frankfurt am Main, 1995, § 14, Rn. 74. Kanun koyucunun benimsediği bu sayım yöntemi yerine “*genel giderler*” şeklinde bir ifadeyi kullanmasının yeterli olacağını belirten HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 127. TMK m. 694/1'e nazaran daha detaylı şekilde kaleme alınmış Alman Medenî Kanunu'nun 648. paragrafında ise paylı sorumluluğun konusu müşterek malın yükleri ile bakım, yönetim ve ortaklaşa kullanım giderleri olarak belirtilmiştir.

⁵ BERTAN, Suad: *Aynı Haklar, Medenî Kanununun 618-764'üncü Maddelerinin Şerhi, Cilt: 1: M. K. 618-702*, Balkan Basım ve Cilt Evi, Ankara, 1976, M. 626, N. 4.

⁶ Benzer tanımlar için bkz. GÜRİSOY, Kemal Tahir / EREN, Fikret / CANSEL, Erol: *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984, s. 411; AYAN, Mehmet: “Paylı Mülkiyette Yönetim”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 10, Sayı 3-4 (Yönetim), s. 7-8. Doktrinde ÖZTAŞ, paylı malın tamamı üzerindeki tasarruflar ile özgüldüğü amacın değiştirilmesini yönetim işi olarak nitelendirmemektedir. Bunun için bkz. ÖZTAŞ, İlker: *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 185.

⁷ NOMER, Halûk Nami / ERGÜNE, Mehmet Serkan: *Eşya Hukuku*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, N. 721. Bununla birlikte paylı maldan yararlanma her bir paydaş için bireysel nitelikte olup ortak menfaat ile ilgilenmez. Bu yönüyle de yararlanma yönetimden ayrılır. Bu yönde REY, Heinz: *Grundriss des Schweizerischen Sachenrechts, Band I, Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, 3. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2007, N. 676.

Yönetim giderleri⁸, yukarıda anılan faaliyetler çerçevesinde geçerli şekilde yerine getirilmiş faaliyetlerden kaynaklanan bütün harcamalar olarak tanımlanabilir⁹. Bu bağlamda bir harcamanın yönetim gideri niteliğinde olabilmesi için öncelikle yönetim işi dâhilinde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca ilgili yönetim faaliyetinde bulunanın yetkili olması da önem taşımaktadır¹⁰. Yetki; kanuna (TMK m. 689-692’de belirlenmiş kanuni düzene)¹¹, paydaşlar arasındaki özel bir anlaşmaya veya yar-

⁸ Yönetimden kaynaklanan talepler sadece yönetim giderleriyle sınırlı değildir. Bu bağlamda makul çözümler için karar alınırken veya oylama yapılırken ya da üçüncü kişiler ile paylı malı ilgilendiren (kira, eser vb.) sözleşmeler kurulurken iş birliğinde bulunma borcu ile anılan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi yüzünden veya paylı mülkiyetin doğasına aykırı diğer davranışlardan (mala zarar verme veya diğer paylı malıkların mala girişine izin vermemeye gibi) doğan tazminat yükümlülüğü de yönetime ilişkin giderlerle birlikte yönetimden kaynaklanan talepleri oluşturmaktadır. Bu tespit için bkz. SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 75.

⁹ EICKELBERG, Jan: “§ 748”, VON STAUDINGER, Julius: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch: 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 741-764 (Gemeinschaft, Leibrente, Spiel)*, Otto Schmidt - De Gruyter, Berlin, 2021 (STAUDINGER / Yazar), Rn. 8. Yazar, yönetim giderlerinin kapsamına sadece yönetimden kaynaklanan giderlerin değil geçerli bir şekilde yönetim işinin neden olduğu bütün harcamaların girdiğine dair bir vurguda da bulunmaktadır. Bu bağlamda örneğin zeytin ağaçlarının bakımı bağlamında yapılan masraflar sadece bakım ücretini değil, aynı zamanda bu işin görülmesinde işçi çalıştırılmışsa işçi bulma masraflarını ve onların ücretlerini de içerecektir. Bu yönde anlaşılabilir yüksek mahkeme kararı için bkz. Yargıtay, 3. HD, T. 10.06.2013, E. 2013/9826, K. 2013/9834 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, ET: 10.10.2023).

¹⁰ WIELAND, Carl: *Kanunu Medeni’de Ayni Haklar*, (Çev.) KARAFAKI, İsmail Hakkı, 2. Baskı, Yeni Cezaevi Yayınevi, Ankara, 1946, M. 649, s. 83; HAAB, Robert / SIMONIUS, August / SCHERRER, Werner / ZOBL, Dieter: *Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB*, 2. Baskı, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1977, Art. 649, N. 1; MEIER-HAYOZ, Arthur: *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen; Artikel 641-654*, 5. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 1981, Art. 649Yazar, BK), N. 4; REY, N. 700; STREBEL, Lorenz: “Der Ausgleichsanspruch des Miteigentümers gemäss Art. 649 Abs. 2 ZGB”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2010, s. 1116; SUTTER-SOMM, Thomas: *Schweizerisches Privatrecht, V/I, Eigentum/Besitz*, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, N. 215; ROMELLI, Stefano: “Art. 649”, KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / NOBEL, Peter / SCHWANDER, Ivo / WOLF, Stephan (Hrsg.): *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2011 (Yazar, OFK), N. 5; BRUNNER, Christoph / WICHTERMANN, Jürg: “Art. 649”, GEISER, Thomas / WOLF, Stephan (Hrsg.): *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 7. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2023 (Yazar, BSK), N. 6; DOMEJ, Tanja / SCHMIDT, Céline P.: “Art. 649”, BÜCHLER, Andrea / DOMINIQUE, Jakob (Hrsg.): *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018 (Yazar, KUKO), N. 1; GRAHAM-SIEGENTHALER, BK, Art. 649, N. 19; MANGISCH, Jonas: “Art. 649”, KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / WOLF, Stephan / ARMSTUTZ, Marc / FANKHAUSER Roland (Hrsg.): *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021 (Yazar, OFK), N. 4. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde aynı yönde HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 127. Alman hukukunda benzer SCHMIDT, Karsten: “§ 748”, SÄCKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LIMPERG, Bettina (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Schuldrecht-Besonderer Teil IV, § 705-853, Partnergesellschaftsgesetz- Produkthaftungsgesetz*, 8. Baskı, C.H. Beck, München, 2020 (MÜKOBGB / Yazar), Rn. 7.

¹¹ İlgili faaliyet; paylı mülkiyete tabi mal açısından önem taşımayan, masrafı az, günlük işleyişe yönelik olan bu bağlamda da normal bir bakım, muhafaza veya işletmenin gerekli kıldığı işlerden ise olağan yönetim işi kapsamında değerlendirileceğinden (bu tespit için bkz. TEKİNAY, Selâhattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halûk / ALTOP, Atilla: *Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik- Tapu Sicili-Mülkiyet*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 572; AYAN, *Yönetim*, s. 10; NOMER / ERGÜNE, N. 734) her bir paydaşın bunu yapmaya yönelik yetkisi, aksi TMK m. 690/ 2 uyarınca paydaşlar tarafından kararlaştırılmadıkça, TMK m. 690/1 uyarınca kanundan doğacaktır. Bununla birlikte paylı mülkiyete tabi malın niteliği ile ekonomik amacında bir değişikliğe neden olmaksızın eşyanın değeri ve iktisadi verimini arttırmaya yönelik olup malın hâlihazırda durumuna göre büyük masraf gerektiren veya paydaşlar tarafından kullanılan tarzını belirleyen veya değiştiren işler olarak tanımlanan önemli yönetim işleriyle (bu tespit için bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 573; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 413) kanun koyucu tarafından “paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi” ve “korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girilmesi” şeklinde örneklendirilen olağanüstü yönetim işleri (bu tespit için bkz. SİRMEYEN, Lâle: *Eşya Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 323; NOMER / ERGÜNE, N. 734) bakımından farklı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Nitekim bu yönetim işlerinin yetkili bir şekilde yürütülebilmesi paydaşların, önemli yönetim işi bakımından TMK m. 691/1 uyarınca pay ve paydaş çoğunluğu, olağanüstü nitelikte oldukları açısından ise TMK m. 692’ye göre oybirliği ile karar almalarına bağlıdır. Geçerli şekilde alınmış iç ilişkiye ilişkin bu kararda dış ilişkide hangi paydaşın bu işlemi yapmaya yetkili olduğu belirtilmişse anılan iş dolayısıyla yapılan harcamanın TMK m. 694/1’deki yönetim gideri kapsamına girebilmesi ancak yetkili kılınmış o paydaş tarafından işin görülmesinden bu giderin doğması hâlinde mümkün olabilir. Yönetim işine dair kararda böyle bir yetkilendirilme yapılmamış ise icrası mümkün kararın dış ilişkide kimin tarafından yerine getirileceği meselesi tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş önemli yönetim işi olarak TMK m. 691/1’de nitelendirilen kira sözleşmesine ilişkin değerlendirilmesinde bu sözleşmeyi yapabilecek kişilerin paydaşların tamamı olduğunu belirterek buna katılmayan paydaşların varlığı hâlinde ise diğerlerinin TMK m. 691/3 uyarınca mahkemeye başvurarak kayıym atanmasını ve ilgili hukuki işlemi kayıym tarafından gerçekleştirilmesini sağlayabileceklerini ileri sürmektedir. Bu yönde bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Kayımlık*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 262-263, dn. 928. Bir başka görüşe göre ise kanunun amacına uygun olan çözüm, gerekli yetersayıry iç ilişkide sağlayan paydaşın dış ilişkide de ilgili yönetim işini yürütmeye ve bu bağlamda hukuki işlemleri tüm paydaşlar adına yapmaya yetkili olmasıdır. Bunun için bkz. NOMER / ERGÜNE, N. 689. Öğretide ayrıca özellikle önemli yönetim işleri dikkate alınarak yapılan bir değerlendirmede karar alındıktan sonra ilgili sözleşmenin yapılmasının olağan yönetim işi niteliği taşıması hâlinde her bir paydaşın ilgili hukuki işlemin dış ilişkide gerçekleştirilmesi hususunda yasal temsil yetkisini haiz olduğu da savunulmaktadır. Bunun için bkz. ÖZTAŞ, s. 148, 150. Bu konuda değerlendirmede bulunurken kanaatimizce öncelikle kanun koyucunun yönetim işlerine ilişkin yapmış olduğu sınıflandırmada benimsediği kıstasların dikkate alınması gerekmektedir. Yukarıda da içerikleri belirtildiği üzere kanun koyucu bir işin niteliğini belirlerken esas olarak ilgili işin hukuki sonuçlarının paylı mülkiyete tabi mal üzerindeki etkilerini dikkate almış ve günlük işleyişe yönelik normal bir bakım, muhafaza ve işletmeyi aşan işler bakımından paydaşların karar almasını öngörmüştür. Bir kere paydaşlar tarafından kararlaştırılıp ilgili işin mala ve paylı mülkiyet birliğine yönelik etkileri hususunda anlaşıldıktan sonra bu iradeyi yansıtan karara dayalı olarak -zaten içeriği ilgili nisabın sağlanmasıyla belirlenmiş- ilgili işlemin üçüncü kişilerle yapılmasının paylı mülkiyete etkisi olağan yönetim işinden fazlası değildir. Nitekim bir kere bu karar alındıktan sonra bütün paydaşları bağlar ve buna uygun hukuki işlemin yapılması artık paylı mal için önem taşımayan günlük işleyişe tabi bir nitelik taşır. Salt hukuki işlemin yapılmasının olağan niteliği, paydaşların yönetime ilişkin kararında ayrıca bir temsilci belirlememiş olmalarına yönelik iradeleri ile de uyumludur.

gı kararına dayanabilir¹². Ayrıca yapılan giderin mevcudiyeti ve miktarı bakımından hakkaniyete uygun olması da TMK m. 694/1 kapsamına girip girmediği bakımından belirleyicidir¹³.

Yönetim giderlerine örnek olarak genellikle paylı malın bakımından¹⁴, korunmasından¹⁵, yenilenmesinden¹⁶ veya onarımından, (bitki dikilmesi de dâhil) ekilmesinden¹⁷ veya başka türlü işletmesinden doğan giderler¹⁸ ile sigorta primleri¹⁹ verilmektedir²⁰. Buna ilaveten paylı malın korunması için açılan el atmanın önlenmesi davasından kaynaklanan masraflar²¹ veya kira sözleşmesinin yapılması için yapılan harcamalar²² da yönetim giderleri kapsamındadır. Doktrinde bu giderler arasında yönetici paydaşın veya faaliyeti yönetim işi kapsamında değerlendirilebilecek paydaşın ücretinin de örnek olarak sayıldığı görülmektedir²³.

Yönetim giderlerinin kapsamına, yukarıda belirtilen şartların varlığı hâlinde, kanuni veya paydaşlar tarafından kararlaştırılmış yönetim düzeni kapsamında kurulan sözleşmelerden kaynaklanan diğer yükümlülükler de girmektedir²⁴. Bununla birlikte sadece bir paydaşın menfaatine yönelik alınan tedbirlerden kaynaklanan masraflar yönetim gideri olarak değerlendirilemez²⁵.

Yönetim düzeninin TMK m. 689 uyarınca değiştirilmesi durumunda, paydaşların önceki dönemde geçerli bir yetkiye dayanılarak yerine getirilmiş yönetim işlerinden kaynaklanan giderlerden TMK m. 694/1'e göre sorumlulukları varlığını korur. Örneğin eski yönetim düzeninin yürürlüğü döneminde alınmış geçerli bir karara dayalı olarak kurulmuş eser sözleşmesinden doğan giderler bu hukuki işlemin yapılabilmesi için gerekli karar yeni düzenlemeye göre farklı nisaba tabi olsa dahi TMK m. 694/1 uyarınca yönetim gideri sayılır²⁶.

¹² Karş. PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 5. Yazar bu yetkinin bir birlik kararına da dayanabileceğini ileri sürmektedir. Mahkeme kararı vurgusu için ayrıca bkz. STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 8.

¹³ WIELAND, M. 649, s. 83; HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 1.

¹⁴ Örneğin su dolu çukurun boşaltılması bu kapsamda değerlendirilebilir. Benzer BERTAN, M. 626, N. 5.

¹⁵ Koruma giderleri, yetkili tarafından paydaşlar lehine paylı malın korunması için alınan gerekli önlemlerden doğan masraflar olarak tanımlanabilir. Tanım için bkz. STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 6. Bu bağlamda malikin paylı mülkiyet konusuna ilişkin yetkili bir şekilde yürüttüğü zorunlu veya acil bir yönetim işinden kaynaklanan masraflar TMK m. 694/1 kapsamında talep edilebilecektir. Alman hukukunda benzer tespit için GEHRLEIN, Markus: “§ 748”, HAU, Wolfgang / POSECK, Roman (Hrsg.): *Beck'scher Online Kommentar BGB*, 67. Edition, C.H. Beck, München, 2023 (HAU / POSECK / Yazar), Rn. 2.

¹⁶ Kırılan cam veya kapının yenilenmesi örneğini veren KESER, Yıldırım: *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006, s. 86. Yargıtay bir kararında eski bir binanın yenilenmesine ilişkin masrafları bu masrafi yapan paydaşın yetkili olup olmadığını değerlendirmeksizin TMK m. 694 kapsamında değerlendirmiştir. Hâlbuki miktarı dikkate alındığında olağan bir yönetim işinden kaynaklanmadığı anlaşılan bu masrafi doğuran faaliyete dair kararda daha detaylı bir değerlendirme yapılmıydı. Anılan karar için bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 21.05.2007, E. 2006/15021, K. 2007/8447 (Kazancı içtihat ve Bilgi Bankası, ET: 20.10.2023).

¹⁷ Şekerpancarı ekilen tarlaya sonradan ayçiçeği ekilmesinden kaynaklı masraflar örneğini veren KESER, s. 86.

¹⁸ PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 6.

¹⁹ Sigorta primlerinin gerek paylı mala gerekse onun için çalışanlara dair olabileceğini belirten HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 127.

²⁰ Benzer bir sayım için bkz. BGE 119 II 407; BGE 119 II 331-332. MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 9; BERTAN, M. 626, N. 5; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 420; REY, N. 700; BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 649, N. 6; STREBEL, s. 1116; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 19; DOMEJ / P. SCHMIDT, *KUKO*, Art. 649, N. 1. Doktrinde *Perruchoud*, yönetim giderlerini sayarken yukarıda sayılan örneklerden sigorta primleri dışındakileri yönetici veya faaliyeti yönetim işi kapsamında değerlendirilebilecek paydaşın ücretini de ekleyerek “dar anlamda yönetim giderleri” olarak tanımlamaktadır. Bununla birlikte yazarın geniş anlamda yönetim gideri kavramını kullanmaması dikkat çekicidir. Bu yönde bkz. PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 6.

²¹ STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 6.

²² Nitekim paylı mala ilişkin adi kira veya ürün kirası sözleşmesinin yapılması TMK m. 691/1 uyarınca önemli yönetim işidir. Bu örnek için bkz. BERTAN, M. 626, N. 5; ARPACI, Abdülkadir: *Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990, s. 160. Bu bağlamda öğretide eşyadan yararlanılması için yapılan giderlerin de TMK m. 694/1 kapsamına girdiği belirtilmektedir. Bunun için bkz. ÖZTAŞ, s. 253. Ortaklaşa yararlanma giderlerinin yönetim giderlerinden ayrılması özellikle uygulamada oldukça zordur. Benzer STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 10.

²³ PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 6.

²⁴ BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 649, N. 6. Benzer yönde bkz. SCHMID, Jörg / HÜRLIMANN-KAUP, Bettina: *Sachenrecht*, 6. Baskı, Schultess Verlag, Zürich, 2020, N. 764.

²⁵ STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 9.

²⁶ Benzer SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 74.

B. Vergiler Kavramı

“Vergiler” ifadesinin ile bu kanuni düzenlemede kastedilen, paylı mülkiyete tabi malın tamamına yönelik olarak kamusal ihtiyaçların karşılanması için devlet tarafından tahsil edilen karşılıksız ve kesin parasal edimlerdir²⁷. Vergi kavramına resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler de girmektedir²⁸. Bu bağlamda bir mali yükümlülüğün TMK m. 694/1 kapsamında değerlendirilebilmesi için paylı mülkiyete tabi malın tamamını ilgilendirmesi gerekmektedir²⁹. Sadece paya ilişkin tahakkuk eden vergiler³⁰ bu kapsama girmemekte olup³¹ verginin türü sorumluluğun belirlenmesi açısından herhangi bir önem taşımamaktadır³².

C. Diğer Yükümlülükler Kavramı

Yönetim giderleri ile vergiler dışında kalan ve paylı mülkiyetten doğan veya paylı mülkiyetin tamamını ilgilendiren özel veya kamu hukukundan doğan borçlar ise “diğer yükümlülükler” kapsamında değerlendirilmelidir³³. Buna göre paydaşlar, malik oldukları için özel hukuk veya kamu hukuku tarafından kendilerine yüklenen, ilgili malvarlığı değerinin kendisinden doğan ve kullanım kıymetini de azaltan edim yükümlülüklerinden de payları oranında sorumludurlar³⁴. Bir defa veya belirli aralıklarda doğan bu edim yükümlülüklerinin özel hukuktan kaynaklandığı durumlara örnek olarak taşınmaz yükü³⁵, taşınmaz teminatıyla güvence altına alınan borcun faizleri³⁶ veya ana paranın geri ödenmesi³⁷, paylı mülkiyete tabi mal ile ilgili akdedilen tüketim öduncünden doğan borç³⁸, özel hukuk kişisi sigortacı ile paylı mala dair akdedilmiş mal sigortasından kaynaklanan prim borçları³⁹, tasarımların, patent ve faydalı modelin korunması için yapılan harcamalar⁴⁰ gösterilebilir⁴¹. Öğretide ayrıca, isabetli

²⁷ Bu tanım için bkz. KANETİ, Selim / EKMEKÇİ, Esra / GÜNEŞ, Gülsen / KAŞIKÇI, Mahmut: *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 4-5.

²⁸ Benzer şekilde anlaşılabilir ÖZCAN, Zeynep: *Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 106.

²⁹ BERTAN, M. 626, N. 6; ARPACI, s. 160; ROMELLI, *OFK*, Art. 649, N. 5; SUTTER-SOMM, N. 215; BRUNNER / WICHTER-MANN, *BSK*, Art. 649, N. 6; MANGISCH, *OFK*, Art. 649, N. 4; STREBEL, s. 1116; ÖZCAN, s. 106; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 20. Paylı malın tamamına ilişkin yapılmış sigortadan doğan vergileri de örnek olarak veren MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 6. Bu bağlamda malın mülkiyetinden değil de başka bir olgudan dolayı tahakkuk eden vergiler TMK m. 694/1 uyarınca değerlendirilemez. Bunun için bkz. STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 4.

³⁰ Bu bağlamda miras yoluyla intikal eden bir pay için ödenen veraset vergisi (aynı yönde BERTAN, M. 626, N. 6), pay ile ilgili gelir vergisi veya sermaye üzerine konan vergiler örnek verilebilir. Benzer WIELAND, M. 649, s. 84. Belirtmek gerekir ki uygulamada taşınmazlar açısından büyük önemi haiz emlak vergisi ile ilgili olarak bir binanın paylı malikleri 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nun üçüncü maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesi uyarınca payları oranında mükelleftir.

³¹ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 127; PERRUCHOU, *CR CC*, Art. 649, N. 6; ÖZCAN, s. 106.

³² MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 10; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 20.

³³ KESER, s. 89.

³⁴ STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 3. Benzer yönde bkz. MÜKOBGB / SCHMIDT, § 748, Rn. 6; HADDING, Walther: “§ 748”, SOERGEL, Hans-Theodor (Begr.): *Soergel Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 11/I, Schuldrecht 9/1 §§705-758*, 13. Baskı, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2012 (SOERGEL / Yazar), Rn. 3; ADERHOLD Lutz: “§ 748”, WESTERMANN, Harm Peter / GRÜNERWALD Barbara / MAIER-REIMER Georg (Hrsg.): *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Baskı, Ottoschmidt, Köln, 2020 (ERMAN / Yazar), Rn. 2.

³⁵ Sadece bunu örnek vermekle yetinen BERTAN, M. 626, N. 7; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 127; STREBEL s. 1116.

³⁶ SUTTER-SOMM, N. 215.

³⁷ MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 11; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 21; ROMELLI, *OFK*, Art. 649, N. 5; MANGISCH, *OFK*, Art. 649, N. 4. Benzer BGE 119 II 407.

³⁸ WIELAND, M. 649, N. 3. Benzer yönde bkz. HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 1. Bu bağlamda paylı mülkiyete tabi malın tamiri için bankadan alınan kredinin taksitleri daha somut bir örnektir. Bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 599.

³⁹ Benzer MÜKOBGB / SCHMIDT, § 748, Rn. 6.

⁴⁰ STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 3.

⁴¹ Sayılan yükümlülükleri yerine getiren paydaşın bu harcamalara dair yetkili olup olmadığının belirlenmesinde de yönetime ilişkin düzen esas alınacaktır. Benzer WIELAND, M. 649, s. 84. Kanaatimizce iki taşınmazı birbirinden ayırmaya yarayan ve her iki komşunun da TMK m. 721 uyarınca paylı mülkiyetinde sayılan duvar, parmaklık ve çit gibi sınırlıkların inşası için yapılan giderler de TMK m. 694/1'deki “diğer yükümlülükler” kapsamında değerlendirilebilir. Anılan gideri TMK m. 694 kapsamında değerlendirdiği anlaşılan karar için bkz. Yargıtay, 14. HD, T. 10.12.2012, E. 2012/12938, K. 2012/14292 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, ET: 29.10.2023).

olarak, paylı mülkiyete tabi mal ile ilgili kusursuz sorumluluk hâllerinden veya sözleşmelerin ihlalin-den doğan tazminat taleplerinin de özel hukuktan kaynaklanan “diğer yükümlülükler” kapsamında değerlendirileceği belirtilmektedir⁴².

Kamu hukukundan kaynaklanan diğer yükümlülükler örnek olarak şerefiye⁴³, kaldırım, kanalizasyon, sokak aydınlatma, zemin iyileştirme ve cadde düzeltme katkıları ile elektrik, su, gaz ve telefon hattı bağlatma harçları verilebilir⁴⁴. Sokak temizliği veya buz tutmuş yolları temizleme gibi yapma borçları bu kapsamda değerlendirilemez⁴⁵. Sadece bir paydaşın payıyla ilgili doğmuş diğer yükümlülükler de paylı mülkiyetten kaynaklanan veya paylı malı ilgilendiren nitelikte değildir⁴⁶.

II. PAYLI MÜLKİYET İLE İLGİLİ GİDER VE YÜKÜMLÜLÜKLERDEN PAYDAŞLARIN DIŞ İLİŞKİDEKİ SORUMLULUĞU

Maliklerin paylı mülkiyetten kaynaklanan giderlerden ve yükümlülüklerden dış ilişkide üçüncü kişilere karşı sorumluluklarına ilişkin olarak bu birlikte mülkiyet türü ile ilgili düzenlemelerde herhangi bir özel hüküm sevk edilmemiştir⁴⁷. Buradan hareketle paydaşların paylı mülkiyetten kaynaklanan veya paylı malı ilgilendiren yükümlülüklerden üçüncü kişilere karşı sorumlulukları ilgili borç kaynağının tabi olduğu hükümlere göre belirlenir⁴⁸.

A. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Açısından

Sözleşmeden doğan borçlarda bütün maliklerin yükümlülük altına girebilmesi -kural olarak- ya paydaşların tamamının sözleşme ilişkisine taraf olmasıyla ya da ilgili hukuki işlemin bizzat yetkili bir şekilde paydaş veya üçüncü kişi tarafından onların ad ve hesabına gerçekleştirilmesiyle⁴⁹ mümkündür⁵⁰. Bu bağlamda olağan yönetim işlerinde veya birlik kararı alınmış işlemlerde her ortağın yetkili olduğu karine olarak kabul edilmelidir⁵¹. Bu yetki olağan (başka bir ifadeyle her bir paydaşın yürütebi-

⁴² PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 7.

⁴³ Bazı kamu hizmetlerinin yapılmasından dolayı ilgili taşınmazın değerinin artması üzerine getirilen bu yükümlülüğü örnek veren HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 128; ÖZCAN, s. 106.

⁴⁴ Öğretide genellikle verilen bu örnekler ve benzerleri için bkz. WIELAND, M. 649, s. 84; HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 1; MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 11; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 21. Benzer yönde bkz. BGE 119 II 404; BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 649, N. 6; SUTTER-SOMM, N. 215; PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 7; DOMEJ / P. SCHMIDT, *KUKO*, Art. 649, N. 1; ROMELLI, *OFK*, Art. 649, N. 5; MANGISCH, *OFK*, Art. 649, N. 4.

⁴⁵ SOERGEL / HADDING, § 748, Rn. 3.

⁴⁶ HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 1.

⁴⁷ SCHNEIDER, Benno: *Das schweizerische Miteigentumsrecht*, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1973, s. 150. Benzer yönde bkz. STEINAUER, Paul-Henri: *Les droits réels*, 3. Baskı, Stämpfli Editions, Berne, 1997, N. 1295.

⁴⁸ LEEMANN, Hans: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, I. Abteilung, Art. 641-729*, 2. Baskı, Verlag von Stämpfli & Cie, Bern, 1920, Art. 649, N. 10; WIELAND, M. 649, s. 84; HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 2; MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 646, N. 108; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 128; SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 74, dn. 140; SCHMID / HÜRLIMANN-KAUP, N. 766; OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: *Eşya Hukuku*, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, N. 1285; SİRMEN, s. 32; AYAN, Mehmet: *Eşya Hukuku, Cilt: II, Mülkiyet*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020 (Eşya), s. 97; ÖZCAN, s. 108-109; BGE 117 II 50, E. 5b. Alman hukukunda aynı yönde SOERGEL / HADDING, § 741, Rn. 1; MÜKOBGB / SCHMIDT, § 748, Rn. 2; ERMAN / ADERHOLD, § 748, Rn. 1; STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 2; HAU / POSECK / GEHRLEIN, § 748, Rn. 1. Hangi paydaşın alacaklı üçüncü kişiye karşı sorumlu olduğunun tespitinin yüklenen yükün mahiyetine bağlı olduğunu ve şartlara göre (tek başına, paylı veya müteselsil sorumlu) belirleneceğini belirten VON GAMM, Otto-Friedrich Freiherr: *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes*, 12. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin & New York, 1978, § 748, Rn. 3.

⁴⁹ Bununla birlikte paydaşlar temsil yetkisi bulunmaksızın ad ve hesabına gerçekleştirilen bir sözleşmeye daha sonrasında icazet göstermek suretiyle de TBK m. 46/1 uyarınca bu hukuki işlemde dolayı yükümlülük altına girebilirler. İşleme icazet verilmezse bu sözleşmeyi yetkisiz yapanın paydaş olması durumunda öğretide işlemin tamamen geçersizliğinin değil kendisi açısından esasen asaleten hareket eden (yetkisiz) paydaşın payı oranında geçerli sayılmasının daha yerinde olacağı savunulmaktadır. Bu görüşe göre sadece paydaşın payı oranında geçerliliğin alacaklı açısından bir anlam taşımaması hâlinde ise TBK m. 27/ 2, c. 2'nin kıyasen uygulanması sonucunda sözleşmenin tamamı hüküm doğurmaz. Bunun için bkz. ARPACI, s. 162.

⁵⁰ Genel bir tespitle temsile atıfta bulunan HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 2; BERTAN, M. 626, N. 11; GÜR-SOY / EREN / CANSER, s. 421; AYAN, *Eşya*, s. 97; SUTTER-SOMM, N. 218; PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 2; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 9; BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 646, N. 42.

⁵¹ Yetki meselesine ilişkin detaylı tespitlerimiz için bkz. dn. 11.

leceği) veya acil yönetim işleri bakımından kanundan; diğer (başka bir ifadeyle yürütülmesi paydaşlarca karar alınmasına bağlı) yönetim işleri bakımından ise bir kere bu karar alındıktan sonra artık ilgili hukuki işlemin yapılmasının olağan yönetim işi olduğu olgusundan kaynaklanır⁵².

Maliklerin paylı mülkiyet konusu mal ile sıkı bağlantı içindeki sözleşmelerden (kira sözleşmesi gibi paylı mülkiyete tabi mal ile ifa edilecek sözleşmeler; ilgili malın üzerinde inşaat edimlerini konu edinen eser sözleşmeleri veya onun yönetimi için yapılan sözleşmeler gibi üçüncü kişinin ifasının paylı mülkiyete müdahale ettiği sözleşmelerden⁵³) doğan borçlardan sorumlulukları bakımından yüklenilen edimin niteliği önem taşımaktadır.

Edim bölünebilir nitelikte ise paylı maliklerin dış ilişkideki sorumluluklarında, kural olarak, kısmi borçluluğa ilişkin kurallar uygulanır⁵⁴. Bu bağlamda alacaklı her bir paydaştan azami olarak payına düşen alacak miktarı kadar talepte bulunabilir⁵⁵. Şayet edim, paylı mülkiyete tabi otomobilin eskijen otomatik şanzımanının yenisiyle mal değişim sözleşmesine dayalı değiştirilmesi gibi⁵⁶ bölünebilir nitelikte değilse TBK m. 85/2'nin uygulama alanı bulup bulmayacağı öğretide tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş anılan nitelikteki yükümlülüğün ancak borçlular tarafından birlikte ifa edilebilir olduğunu, bu durumun kanun koyucu tarafından düzenlenmediğini ve bundan dolayı tamamı her bir borçlu tarafından yerine getirilebilir bölünemeyen bir borca dair TBK m. 85/2'nin uygulama alanı bulamayacağını savunmaktadır⁵⁷. Bununla birlikte çoğunluk görüşü ise paydaşların üçüncü kişilere karşı akdi sorumluluğuna dair değerlendirmelerde, TBK m. 85'e atıfta bulunarak, anılan olasılıkta da her bir borçludan talepte bulunulabileceğini -diğer görüş ile de tartışmadan- kabul etmektedir⁵⁸. Kanaatimizce paylı mülkiyetten kaynaklanan veya paylı malı ilgilendiren borcun konusunu oluşturan edimin bölünebilir olmaması durumu, TBK m. 85/2'nin uygulama alanı bulması bakımından yeterli olup alacaklının her birinden talepte bulunabilme yetkisinin bulunduğu ancak borçluların ifayı birlikte gerçekleştirebilecek olmaları olgusu bu değerlendirme açısından bir değişiklik yaratmamalıdır. Nitekim doktrinde anılan olasılıkta TBK m. 85'in kendisine başvuru ancak tek başına borcu ifa etmesi mümkün olmayan borçluya ifa hazırlıkları bakımından diğerini teşvik etme yükümlülüğü yüklendiği kabul edilmekte ve diğer borçlunun katılım göstermemesinin sonuçlarının ise kendisine başvuru borçlunun sorumlu olduğu veya olmadığı imkânsızlığın sonuçlarına göre belirleneceği kabul edilmektedir⁵⁹.

⁵² İsviçre Medenî Kanunu'nda paylı mülkiyet birliğinin örgütsel niteliğini öne çıkaran ve 1965 yılında yürürlüğe giren (ve Türk Medenî Kanunu'nun paylı mülkiyete dair hükümleri kaleme alınırken de bir ölçüde kaynaklık eden) düzenlemelerin dış ilişkilerde temsil yetkisi tanınması sonucunu doğurması gerektiğini de belirterek her ortağın yetkili olması olağan yönetim işleri bakımından kanuna, karar alınması gereken durumda ise ortak yönetim için bütün ortakları bağlayan bir birlik kararına katılım olgusuna dayandırarak savunan PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 2.

⁵³ Paylı mülkiyet ile sıkı ilişki içindeki sözleşmelere dair bu örnekler için bkz. SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 80.

⁵⁴ İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Alman Medenî Kanunu'ndan farklı olarak, *nomina ipso iure sunt divisa* (alacak talepleri kanun gereği bölünür) ilkesini muhafaza ettiği yönünde SCHNEIDER, s. 150-151. Alman hukukunda ise BGB § 427 uyarınca birlikte borçlulukta kural müteselsil sorumluluk olduğundan paylı mülkiyete paydaşların kural olarak dış ilişkide sözleşmeden doğan borçlardan dolayı müteselsil sorumlu oldukları kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. SOERGEL / HADDING, § 741, Rn. 19; MÜKOBGB / SCHMIDT, § 748, Rn. 2.

⁵⁵ SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 85. Benzer yönde bkz. BERTAN, M. 626, N. 11; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 128; AYAN, *Eşya*, s. 91. Akdi sorumlulukta borcun bölünebilirliğine atıfta bulunmadan kısmi borçluluğun kural olduğunu belirten WIELAND, M. 649, N. 84; HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 2; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 602; ÖZCAN, s. 109; SUTTER-SOMM, N. 218; MANGISCH, *OFK*, Art. 649, N. 6; ROMELLI, *OFK*, Art. 649, N. 7; BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 649, N. 5; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 32.

⁵⁶ Benzer bir örnek için bkz. HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 128.

⁵⁷ Bu durumda dava açıldığında paydaşlar arasında zorunlu dava arkadaşlığının mevcut olacağını da belirterek SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 86, dn. 152.

⁵⁸ WIELAND, M. 649, s. 84; HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 2; BERTAN, M. 626, N. 11; STEINAUER, N. 1294; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 128. Açıkça madde zikretmese de bir borcun birden fazla borçlunun mevcudiyetine ilişkin kanun hükümlerine atıfta bulunan SCHNEIDER, s. 150; DOMEJ / SCHMIDT, *KUKO*, Art. 649, N. 3. Anılan durumu da müteselsil sorumluluk doğuran hâllerden biri olarak nitelendiren AYAN, *Eşya*, s. 97; ÖZCAN, s. 109. Son anılan tespitteki "teselsül" ifadesinden şekli anlamda (edimin niteliğinden kaynaklı olarak rastlantısal ve aynı zamanda geçici) teselsülün (Bu nitelime için bkz. SEROZAN, Rona: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, § 9, Rn. 2) anlaşılması gerekmektedir.

⁵⁹ KAPANCI, Kadir Berk: *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 80-83.

Alacaklının her bir borçludan ancak payına düşen kısmı talep edilebileceği kısmi borçluluğa tabi bir borç bakımından dış ilişkide paydaşlardan hangi oran üzerinden talepte bulunulabileceğinin tespiti önem taşımaktadır. Paydaşlar kendi aralarında başka bir sorumluluk düzeni kararlaştırıp dış ilişkide yaptıkları sözleşmede bu anlaşmayı da alacaklının bilgisine sunmadıkça alacaklı her bir borçluya eşit oranda başvurabilir⁶⁰.

Paydaşların paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren sözleşmelerden doğan borçlardan müteselsilen sorumlu olmaları için paylı mülkiyet ilişkisi yeterli olmayıp⁶¹ maliklerden her birinin borcun sona ermesine kadar borcun tamamından sorumlu olduğunun sözleşmede kararlaştırılmış olması veya kanundan kaynaklanması gerekmektedir⁶². Bu bağlamda paydaşlar, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın işletilmesi için bir kullanım ödünçü sözleşmesine ödünç alan sıfatıyla taraf olmaları durumunda ödünç verene karşı TBK m. 382 uyarınca veya paylı mülkiyete tabi mal ile ilgili kurulan bir vekalet sözleşmesinde vekalet veren konumunda buldukları olasılıkta ise vekile karşı TBK m. 511/1'e göre müteselsilen sorumlu olurlar⁶³.

B. Sözleşme Dışı Sorumluluk Bakımından

Paylı mülkiyet ilişkisi dolayısıyla işlenen haksız fiillerden paydaşların sorumluluğu açısından kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk hâlleri arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir⁶⁴.

Her paydaş kusuru ile işlediği zarar doğurucu hukuka aykırı fiilden kural olarak tek başına sorumludur. Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki paylı mülkiyetin varlığı ilgili davranıştan maliklerin müteselsil sorumluluğunu doğurmaya tek başına yeterli değildir. Paydaşların TBK m. 61 uyarınca paylı mülkiyet ile ilgili işlenen bir haksız fiilden müteselsilen sorumlu olabilmeleri için aynı zarara hukuka aykırı davranışlarıyla kusurlu olarak birlikte sebebiyet vermeleri -diğer bir ifadeyle ortak kusurun varlığı- gerekmektedir⁶⁵.

Paylı mülkiyete tabi mal ile ilgili maliklerin kusursuz sorumluluğunu doğuran hukuka aykırı fiillerden paylı maliklerin müteselsilen sorumlu olup olmadıkları ise tartışmalıdır. Doktrinde savunulan bir görüş, TBK m. 69'e göre paylı bina ile diğer yapının yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan veya TMK m. 730 uyarınca bu birlikte mülkiyet türüne tabi taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalara aykırı kullanımından kaynaklanan zararlardan, ortak kusur

⁶⁰ Benzer PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 13; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 3.

⁶¹ STEINAUER, N. 1295; AYAN, *Eşya*, s. 97.

⁶² Teselsülün varlığı bakımından benzer bir vurguda bulunan WIELAND, M. 649, s. 84; HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 2; BERTAN, M. 626, N. 11; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 128; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 421; AYAN, *Eşya*, s. 97. PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 2; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 9; BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 646, N. 42.

⁶³ Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, müteselsilen sorumlu oldukları yükümlülükler bakımından borçluların paylı malik olmalarının esasen herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Benzer SCHNEIDER, s. 151. Bu bağlamda müteselsil sorumlu olup olmadıklarının değerlendirilmesinde paydaşların bir yükümlülüğe girerken adı ortaklık şeklinde hareket edip etmediklerini de dikkate almak gerekmektedir. Paydaşlar emek ve mallarını birleştirerek belirli bir amacı gerçekleştirmek için bir araya gelebilir ve bu uğurda üçüncü kişilere karşı yükümlülük altına girmiş olabilirler. Anılan olasılıkta TBK m. 638/3 uyarınca paydaşlar üçüncü kişilere karşı bizzat veya temsilen taahhüt etikleri yükümlülüklerden müteselsilen sorumludurlar. Öğretilen paydaşların sözleşme kurdıkları üçüncü kişinin paylı mülkiyet ilişkisinden haberinin -örneğin paydaşlara inşaat malzemesi satış sözleşmesi yapan bir satıcının durumunda olduğu gibi- bulunmaması hâlinde (onun daha lehine olacak şekilde) adı ortaklığın varlığına dayanabilmesinin söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir. Bunun için bkz. SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 79. Bununla birlikte son anılan yazarlara göre, üçüncü kişi tarafından diğer sözleşme taraflarının paylı mülkiyet konusu ile ilgili hareket ettiği anlaşılıyorsa şüphe hâlinde onların paylı malik oldukları sonucuna varılmalıdır.

⁶⁴ Doktrinde bazı yazarlar tarafından sözleşme dışı sorumluluktan doğan sorumluluk bakımından da tazminat borcunun bölünebilir olup olmaması üzerinden değerlendirme yapıldığı ve bu bağlamda bölünebilir edimler bakımından paylı sorumluluğun esas olduğunu bölünemeyen açısından ise bütün paydaşlar arasında birlikte borçluluğun bulunduğu ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu yönde bkz. SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 88-89. Bu ayırımın kuramsal açıdan bir önemi bulunsa da tazminat borcu çoğu zaman para ödeme borcu olduğundan uygulamada esaslı bir önemi bulunmaz. Buna ilaveten tazminat borcunun konusunun bölünemeyen bir edim olması durumunda paydaşların alacaklıya karşı hukuki konumu, akdi sorumluluk bahsinde de belirtildiği üzere, TBK m. 85'e tabi olmalıdır.

⁶⁵ SCHNEIDER, s. 151; BERTAN, M. 626, N. 12; STEINAUER, N. 1296; PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 2; SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 88. BENZER YÖNDE BKZ. SUTTER-SOMM, N. 218; ROMELLI, *OFK*, Art. 649, N. 7; MANGISCH, *OFK*, Art. 649, N. 6; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 9; BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 646, N. 43.

bulunmadıkça, maliklerin paylı sorumluluğunu kabul etmektedir⁶⁶. Bununla birlikte daha yeni ve hâkim sayılabilecek diğer bir görüş ise anılan olasılıklarda doğan zararlardan paylı maliklerin müteselsilen sorumlu olduğunu ileri sürmektedir⁶⁷. TBK m. 61’de müteselsil sorumluluğun varlığının kabul edildiği iki durumdan birinin (*birden çok kişinin birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri*) mevcut olduğundan anılan olasılıklarda paydaşların müteselsil sorumluluğunu kabul etmek daha isabetlidir⁶⁸. Buna ilaveten anılan kusursuz sorumluluk hâlleri bakımından maliklerin müteselsil sorumluluğunun kabulü paylı mülkiyete tabi mal ile paydaşlar arasındaki ilişki ile de uyumludur⁶⁹. Nitekim payların eşit veya farklı olmasından bağımsız olarak mülkiyet hakkı TMK m. 688/1 uyarınca eşyanın tamamına yönelik olduğundan TBK m. 69 uyarınca sorumluluk bağlamında oluşan zarara karşı her bir paydaşın hukuki konumu eşittir⁷⁰.

Öğretide paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda da bazı maliklere taşınmazın belirli kısımlarını kullanma ve yararlanma yetkisinin tanınmadığı bir düzenin kararlaştırıldığı ve bu anlaşmanın şerh edildiği olasılıkta, ilgili kısımlardan kaynaklanan zarardan bütün paydaşların müteselsil sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmekte ve hukuki dayanak olarak da kanaatimizce isabetli olarak kat mülkiyetine tabi taşınmazlardaki benzer duruma bağlanan hukuki sonuç gösterilmektedir⁷¹. Nitekim kat mülkiyetinde maliklerin ortak yerlerdeki yapım veya bakım eksikliklerinden müteselsil sorumluluğuna rağmen⁷² zararın bir bağımsız bölümden kaynaklanması durumunda tazminat yükümlüsü sadece ilgili bağımsız bölümün malikidir.

Paylı mülkiyet konusu hayvanın verdiği zararlar bakımından paylı maliklerin sorumluluğunun hangi düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği de önem taşımaktadır. İsviçre öğretisi paydaşların paylı hayvanın verdiği zararlardan sorumluluklarını İBK m. 56’ya dayandırmaktadır⁷³. Türk hukuku bakımından değerlendirme yapmak gerekirse, TBK m. 67’de düzenlenen hayvan bulunduranın sorumluluğunda dolaysız zilyetliğe atıfta bulunulduğundan⁷⁴ paylı hayvanın verdiği zararlar-

⁶⁶ LEEMANN, *BK*, Art. 649, N. 12; HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 2; BERTAN, M. 626, N. 12; KILIÇOĞLU, Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 458, 467. Müteselsil sorumluluğun sadece paylı malik olmaya dayandırılmasına sadece bu birlikte mülkiyet kurumunun temel ilkesine aykırı olduğu için değil aynı zamanda başka bir çözümün paylı mülkiyetin (veya kat mülkiyetinin) riskini, hukuk politikası bakımından bu hukuki kurumun arzulanana mevcudiyetinin sorgulanmasına neden olacak kadar arttıracığından dolayı da karşı çıkan SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 88. Bina veya diğer yapı malikleri bakımından değerlendirmede aynı yönde OSER, Hugo / SCHÖNENBERGER, Wilhelm: *Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183*, 2. Baskı, Schulthess&Co, Zürich, 1929, Art. 50, N. 3; VON TUHR, Andreas / PETER, Hans: *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 3. Baskı, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1984, s. 459; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II*, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, N. 546.

⁶⁷ WIELAND, M. 649, s. 84; SCHNEIDER, s. 151; SUTTER-SOMM, N. 218; ROMELLI, *OFK*, Art. 649, N. 7; MANGISCH, *OFK*, Art. 649, N. 6; PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 2; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 9; TANDOĞAN, Halük: *Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Mesuliyet), s. 185-186, 204; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 602; EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 748, 763; BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 646, N. 42; SİRMEN, s. 330; AYAN, Eşya, s. 97-98; ÖZCAN, s. 110. İsviçre Federal Mahkemesinin bina veya diğer yapı maliki sorumluluğu bakımından paylı malikleri müteselsilen sorumlu tuttuğu kararı için bkz. BGE 117 II 50.

⁶⁸ Bina ve diğer yapı malikinin sorumluluğu bakımından aynı yönde BAŞ, Ece: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Diğer Yapı Eserlerinden Sorumluluk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 142.

⁶⁹ Sebep sorumluluğu bakımından paydaşların müteselsil sorumluluğunu kabul etmenin teselsülün amacıyla örtüşüğünü vurgulayan MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 646, N. 112.

⁷⁰ Bina veya diğer yapı malikinin sorumluluğu bakımından OFTINGER Karl: *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung*, 4. Baskı, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1987, § 19, N. 30; TANDOĞAN, *Mes’uliyet*, s. 185-186; BAYSAL, Başak: *Haksız Fiil Hukuku, BK m. 49-76*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, N. 3.114. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde anılan hâllere dair teselsülün varlığını gösteren bir düzenleme bulunmasa da tam teselsüle ilişkin BK m. 50’nin kıyasen uygulanacağını savunan HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 129. Kökenini paylı mülkiyetin niteliğinden alan bu gerekçelendirmeye karşı müteselsil sorumluluğun kabulünün paylı mülkiyet bakımından oluşturabileceği ileri sürülen ve sadece bir varsayım dayanan hukuk politikasına yönelik olumsuz sonuçlara dayanılması (bu eleştiri için bkz. dn. 66) ise kanaatimizce kuramsal açıdan yeterli değildir.

⁷¹ SUTTER-SOMM, N. 219; BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 646, N. 43.

⁷² GENÇ ARIDEMİR, Arzu: *Kat Mülkiyeti I*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 666.

⁷³ SUTTER-SOMM, N. 218; ROMELLI, *OFK*, Art. 649, N. 7; MANGISCH, *OFK*, Art. 649, N. 6; PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 2; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 9.

⁷⁴ NOMER, Halük N.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, N. 119. 1; BAYSAL, N. 3.73-3.74. TBK m. 67’nin madde gerekçesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “... Tasarrufların 66. maddesinin birinci fıkrasında, bir hayvanın bakım ve

dan paylı malikler, şayet zarar anında hayvan dolaysız ziyetliklerinde değilse⁷⁵, ancak TBK m. 66 şartları mevcutsa adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulabileceklerdir. Anılan olasılıkta doğan bu sorumluluğun da, bahsedilen diğer kusursuz sorumluluk hâlleri gibi, müteselsil olduğunu belirtmekte yarar vardır⁷⁶.

Kamu hukukundan doğan borçlardan (örneğin emlak, su, çevre vergisi) paydaşların dış ilişkide hangi şekilde sorumlu olacakları bakımından bu yükümlülüğe kaynaklık eden düzenleme belirleyici olacaktır⁷⁷.

III. PAYLI MÜLKİYET İLE İLGİLİ GİDER VE YÜKÜMLÜLÜKLERDEN PAYDAŞLARIN BİRBİRLERİNE KARŞI SORUMLULUĞU

A. TMK m. 694 Hükümünün Konusu ve Uygulama Alanı

Paylı mülkiyet ile ilgili gider ve yükümlülüklerden paydaşların birbirlerine karşı sorumluluğu TMK m. 694'te şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer yükümlülükler, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paydaşlar tarafından payları oranında karşılanır.

Payına düşenden fazlasını ödemiş bulunan paydaş, diğerlerine payları oranında rücu edebilir.”

TMK m. 694, paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla alacaklıya yapılan kazandırmaların ifade bulunan malik veya malikler üzerinde doğduğu yükün iç ilişkide paydaşlar arasındaki paylaşımını konu edinmektedir⁷⁸. Bu bağlamda ilk fıkrada paydaşların paylı mülkiyetten kaynaklanan gider ve yükümlülükler payları oranında katılacaklarını düzenleyen kanun koyucu, ikinci fıkrada dış ilişkide alacaklıya kendi payından fazla kazandırmada bulunan paydaşın kendi iç ilişkilerinde diğer paydaşlara karşı bu paylı sorumluluk bağlamında rücu edebileceğini düzenlemektedir.

Anılan düzenlemenin uygulama alanı, dış ilişkide paydaşların müteselsilen sorumlu olmadıkları ve paylı mal ile nesnel bağı bulunan yükümlülükler bakımından kendi payından fazlasına ilişkin alacaklıya kazandırmada bulunan paydaşın diğerlerine rücutur. Nitekim paylı mülkiyet ile nesnel ilişkide bulunan akdi yükümlülükler ile ilgili dış ilişkide paydaşlar arasında teselsülün bulunması durumunda rücu, sözleşmeden doğanlar bakımından TBK m. 167 ile m. 168, haksız fiilden kaynaklananlar için ise TBK m. 62'ye göre gerçekleşecek; bölünemeyen edimi konun edinen ve müteselsil sorumlu olunmayan borçlar açısından ise iç ilişkide TBK m. 85/3 uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda kanaatimizce TMK m. 694 ile kanun koyucu, kısmi borçlulukta dış ilişkide alacaklıya kendi payından fazlası için kazandırmada bulunan borçlunun diğerlerine -aralarında bir sözleşme ilişkisinin mevcut olmaması hâlinde- ancak vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre rücu edebileceğine

yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişinin, kural olarak hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Böylece, 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, 'hayvan bulundurma' kavramına açıklık kazandırılmıştır...”

⁷⁵ Zarar anında hayvanın dolaysız ziyetliği paydaşlardan bazılarında ise onlar, bütün paydaşlarda ise paylı maliklerin tamamı bu zarardan TBK m. 67 uyarınca müteselsilen sorumlu olacaktır.

⁷⁶ EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal: *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt II m. 49-82*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, M. 66, N. 29.

⁷⁷ SCHNEIDER, s. 151; HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 2; GRAHAM-SIEGENTHALER, BK, Art. 641, N. 196.

⁷⁸ Düzenlemenin paydaşların iç ilişkisine yönelik olduğu öğretilde görüş birliği ile kabul edilmektedir. Benzer açıklamalar için bkz. MEIER-HAYOZ, BK, Art. 649, N. 2; HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 1; SCHNEIDER, s. 141; BERTAN, M. 626, N. 1; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, N. 1285; SİRMEN, s. 330; BRUNNER / WICHTERMANN, BSK, Art. 649, N. 1; STREBEL, s. 1115; PERRUCHOUD, CR CC, Art. 649, N. 1; GRAHAM-SIEGENTHALER, BK, Art. 649, N. 1; DOMEJ / P. SCHMIDT, KUKO, Art. 649, N. 2; STEINAUER, N. 1294; SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 74, dn. 140; SUTTER-SOMM, N. 214; SCHMID / HÜRLIMANN-KAUP, N. 762. Yargıtay, 3. HD, T. 04.06.2001, E. 2001/4573, K. 2001/5030 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, ET: 10.10.2023). Alman hukukundaki muadil düzenleme BGB § 748 bakımından da aynı yönde MÜKOBGB / SCHMIDT, § 748, Rn. 2; SOERGEL / HADDING, § 748, Rn. 1; ERMAN / ADERHOLD, § 748, Rn. 1. Bu paylaşımın paydaşlar arasında mevcut özel bir ilişkiye dayalı olduğunu da belirterek STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 1. İç ilişkideki hesaplaşma genellikle rücu olarak ortaya çıksa da -paylı mülkiyet birliği için bir paydaşın yönetici tayin edildiği durumda olduğu gibi- giderler yapılmadan önce paylı maliklerden gerekli katkıların elde edilmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Bu yönde HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 130.

ilişkin kurala⁷⁹ istisna getirmektedir. Nitekim bu hüküm uyarınca yukarıda anılan yükümlülükleri kendi payından fazlasını alacaklıya kazandırarak ifa eden paydaş diğerlerinden -aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da⁸⁰- kanundan doğan rücu hakkına dayanarak talepte bulunabilir.

Doktrinde özellikle TMK m. 694'ün konusunun niteliğine dair yapılan değerlendirmelerde⁸¹ bu hükmü ikiye ayıran ve ilk fıkranın paylı mülkiyet ile ilgili gider ve yükümlülükler katılma borcunun diğer fıkrada ise rücu borcunun düzenlendiğini ileri süren bir yaklaşımın varlığı görülmektedir. Kanaatimizce iç ilişkiye dair yeknesak bir düzen öngören bu hükmün fıkralarını her biri diğerinden farklı bir borcu ediniyor-muş gibi ele almak isabetli değildir. Nitekim iç ilişkinin konusunu da düzenleyen ilk fıkrada öngörülen paylı sorumluluk, dış ilişkide ifa edilen ilgili yükümlülüğün her bir paydaş tarafından ne kadar üstlenilmesi gerektiğine ilişkindir. Gider ve yükümlülükler katılma borcuna dair karine olarak bir ölçüt sevk eden ilk fıkra uyarınca belirlenecek her bir paydaşın taşıması gereken nihai sorumluluk miktarına göre iç ilişkide yapılacak dağılım ise ancak paydaşların birbirlerine rücu ile mümkün olabilecektir. Dolayısıyla bu fıkralar ayrı yükümlülükleri değil, kanaatimizce kendi içinde bir bütünü teşkil eden paydaşların paylı mülkiyet konusu mal ile nesnel bağlantıyı haiz yükümlülükler katılma borcunu düzenlemektedir⁸².

B. Paylı Sorumluluk

TMK m. 694, her bir paydaşın paylı mülkiyete tabi malın tamamını ilgilendiren yükümlülüklerden diğerlerine karşı payı oranında sorumlu olduğunu düzenleyerek iç ilişkiye yönelik kanuni bir karine sevk etmektedir⁸³. Paylı mülkiyet bağlamında maliklerin haklarının paylarına göre belirlenmesine yönelik kural ile uyumlu olan bu karine⁸⁴, paylı mülkiyet için kabul edilen ve her bir paydaşın kendi payıyla orantılı muamele görmesi olarak tanımlanabilecek “göreceli eşit muamele” ilkesinin somut bir görünümünü teşkil etmektedir⁸⁵. Nitekim kanun koyucu, paylı mülkiyete tabi maldan yararlanmanın paylara göre belirlenmesi gerektiğine yönelik prensipten hareketle, TMK m. 694'ü düzenleyerek nispi eşit muamele ilkesini bu birlikte mülkiyet ilişkisi açısından somut bir hüküm ile ortaya koymuştur⁸⁶.

İç ilişkide yükün paylaşılmasında kanun koyucunun esas aldığı pay kavramına kısaca değin-mekte yarar vardır. Paylı mülkiyet ilişkisinde her bir malikin sahip olduğu ve üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabildiği (bu yönüyle de bu ilişkiyi elbirliği hak sahipliğinden ayıran farklılıklardan birini teşkil eden) pay, her bir malikin konumunu belirtmektedir⁸⁷. Bu bağlamda paydaşlardan her birinin haklarını ve borçlarını içeren ve aynı zamanda bir bütün olarak paydaşın malvarlığında bağımsız bir değer oluşturan pay, mülkiyete benzer *sui generis* bir haktır⁸⁸. TMK m. 688/2 uyarınca paylar, başka türlü belirlenmedikçe, eşit sayılır. Tapuya kayıtlı taşınmazlardan farklı olarak paydaşların pay oranla-

⁷⁹ KAPANCI, s. 23.

⁸⁰ Paylı mülkiyette paydaşlar arasında sözleşmenin bulunmasına gerek olmadığına yönelik tespit için bkz. KURŞAT, Zekeriya: *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*, Arıkan Basım Dağıtım, İstanbul, 2008, s. 38.

⁸¹ Bunun için bkz. V. Payın Devri ve Paydan Feragatin Paylı Mülkiyetten Kaynaklanan Yükümlülüklerden Sorumluluğa Etkisi.

⁸² TMK m. 694/1'deki paylı mülkiyet konusu mal ile nesnel bağlantıyı haiz yükümlülükler katılma borcu ile TMK m. 694/2'deki rücu borcu arasındaki ilişkiye yönelik detaylı açıklamalar için bkz. V. Payın Devri ve Paydan Feragatin Paylı Mülkiyetten Kaynaklanan Yükümlülüklerden Sorumluluğa Etkisi.

⁸³ GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 420; MANGISCH, *OFK*, Art. 649, N. 1; ROMELLI, *OFK*, Art. 649, N. 1.

⁸⁴ BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 649, N. 1. Nitekim kural olarak paylı maldan elde edilen ürünlerin paydaşlar arasında payları oranında aynen bölüştürülmesi gerekmekte olup (bunun için bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1272) pay oranı, her bir paydaşın yönetime katılma yetkisi ve paylı mala ilişkin tasarruflarda payı oranında söz sahibi olması bakımından da belirleyicidir (ŞİRMEN, s. 312). Paylı sorumluluğun düzenlendiği TMK m. 694/1'in mevcudiyetine, zaten bu hukuki sonuç paydaşların yetkilerinin payları oranında belirlenmesinden kaynaklandığı için, gerek olmadığı yönünde SCHNEIDER, s. 145.

⁸⁵ Benzer SCHNEIDER, s. 141. Sadece prensibe atıf yapmakla yetinen PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 8; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 12.

⁸⁶ Buna göre her bir paydaşın paylı mülkiyet ilişkisi çerçevesinde yapılan masraflardan yararlandığı oranda sorumluluğu bulunmaktadır. Bkz. STREBEL, s. 1122.

⁸⁷ Bu yönüyle pay, sahibinin paylı malın gerek yönetiminden ve yararlanılmasından gerek aynen veya paraya çevrilerek bölüştürülmesi sonucunda ortaya çıkan ekonomik değerine katılımını ifade eden ve kaynağını mülkiyet hakkının veya eşyanın bölünmesinden almayan bir iç kavram niteliğindedir. Bu tespitlere dair detaylı inceleme için bkz. ÖZTAŞ, s. 14, 26.

⁸⁸ Bu bağlamda pay mülkiyet hakkının hükümlerine tabidir. Tanım ve bu tespit için bkz. KURŞAT, s. 26-28.

rının bir sicil yoluyla üçüncü kişilere alenileştirilemediği taşınırlar⁸⁹ ve haklar bakımından daha çok uygulama alanı bulan⁹⁰ bu karinenin aksi kararlaştırıldığı ispatlanmadığı müddetçe⁹¹ paydaşlar paylı mülkiyete tabi malın giderlerine eşit katılırlar. Bununla birlikte malikler oybirliğiyle farklı pay oranları kararlaştırabilecek olup tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından bu anlaşmanın resmî şekilde tapu müdürü veya tapu sicil görevlisi tarafından düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir⁹². Geçerli bir anlaşmada saptanan farklı pay oranları TMK m. 694 uyarınca her bir paydaşın katkıda bulunma yükümlülüğünden kendisine düşen miktarın belirlenmesinde de kural olarak esas alınacaktır.

C. İç İlişkiye Yönelik Anlaşmaların Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları

TMK m. 694 emredici nitelik taşımadığından⁹³ paydaşların TMK m. 689/1 uyarınca oybirliği ile paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren bir yükümlülüğün iç ilişkide neden olacağı yükün paylaşımına dair kanuni düzenden ayrılan bir sözleşme yapmaları mümkündür⁹⁴. Geçerliliği -bir bağışlama sözü verme teşkil ettiği durumlar dışında⁹⁵ - herhangi bir kanuni şekle bağlı olmayan paydaşlar⁹⁶ arasındaki böyle bir anlaşma açık veya zımni olabileceği gibi paydaşlar buna dair ortak iradelerini sadece buna özgü veya örneğin taraf oldukları bir mal rejimi sözleşmesi gibi başka bir hukuki işlem kapsamında beyan edebilirler⁹⁷.

Paydaşların, anılan anlaşmada paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yükümlülüklerin ifası nedeniyle dış ilişkide üstlenilen yükün iç ilişkide paylaşılmasına yönelik düzeni pay oranından başka bir ölçüte dayandırmaları mümkündür. Bu bağlamda paydaşlar bütün giderlerden ve yükümlülüklerden iç ilişkideki sorumluluk açısından yeknesak başka bir düzen kararlaştırabilecekleri gibi⁹⁸ her bir harcama ile ilgili ayrı birer bölüşüm kıstasının belirlenmesi de mümkündür⁹⁹. Paylı malik-

⁸⁹ Nitekim taşınırlarda aynı haklar bakımından aleniliği sağlayan kural olarak zilyetliktir. Bunun için bkz. ERGÜNE, Mehmet Serkan: *Taşınır Mülkiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, N. 245. Bununla birlikte motorlu kara nakil araçlarının, bazı nitelikleri taşıyan gemilerin ve sivil hava araçlarının üzerindeki hakların açıklanması ilgili taşınır mala dair tutulan sicille sağlanmaktadır.

⁹⁰ Benzer PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 13.

⁹¹ Aksi yöndeki anlaşma payların farklı belirlenmesini konu edinmelidir. Bu bağlamda ürünlerin paylaşılmasında ve yükümlülüklere katılmada bu karine ile benimsenen paydaşların eşitliği ilkesinden başka bir düzenin paydaşlar tarafından öngörülmesi tek başına payların farklı kararlaştırıldığı sonucunu doğurmaz. Bu yönde MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 646, N. 52; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 646, N. 73.

⁹² PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 646, N. 5; BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 646, N. 12.

⁹³ HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 1; WIELAND, M. 649, s. 83; BERTAN, M. 626, N. 1; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 420; REY, N. 697; STREBEL, s. 1115.

⁹⁴ Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmemiş olan ve emredici nitelik taşıyan İMK m. 647d/3 ve m. 647e/2 sebebiyle paydaşlara İsviçre hukukundaki kaynak hükümde öngörülen düzenin aksini kararlaştırma serbestisi daha sınırlı olarak tanınmaktadır. Masraf ve yükümlülüklerin paylaşılması ile ilgili olarak ilk sırada paydaşlar arasındaki anlaşmanın; ikinci sırada İMK m. 647d/3 ve m. 647e / 2'nin; üçüncü sırada da İMK m. 649'un belirleyici olduğu hakkında SCHMID / HÜRLIMANN-KAUP, N. 763-764; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 6. İMK m. 647d/3 şu şekilde kaleme alınmıştır: "Değişiklik özellikle de payının değeriyle orantısız olduğundan dolayı bir paydaş için tahammül edilemeyecek masrafları gerektiriyorsa, bu (değişiklik) ancak (ilgili paydaşın) payına isabet eden ve tahammül edeceği tutarı aşan masrafları diğer paydaşların üstlenmeleri durumunda onun rızası alınmaksızın gerçekleştirilebilir.". İMK m. 647e/2 ise şu şekildedir: "Böyle işler aynı zamanda şeyin çoğunluk paylarını temsil eden bütün paylı maliklerin çoğunluğunun rızasıyla kararlaştırılrsa; kullanım ve yararlanma hakkına kalıcı olarak zarar vermemesi, diğer paylı maliklerin ona yalnızca geçici bir zarar için tazminat ödemeleri ve masraflardan ona düşenleri üstlenmeleri koşuluyla buna karşı çıkan paydaşın iradesine karşı da gerçekleştirilebilir".

⁹⁵ Uygulamada neredeyse karşılaşılma olasılığı hiç bulunmasa da TMK m. 694'te öngörülen kanuni düzenin değiştirilmesine ilişkin anlaşmanın bağışlama sözü verme teşkil etmesi de mümkündür. Bu bağlamda paylı mülkiyetten kaynaklanan veya paylı malı ilgilendiren gider ve yükümlülüklerin paylaşımına dair kanuni düzenin değiştirilmesi ivazsız ve *animus donandi* ile gerçekleşmişse anılan hukuki işlem bağışlama hükümlerine tabi olur. Şayet elden bağışlama mevcut değilse TBK m. 288 uyarınca bağışlama vaadi teşkil edecek olan bu anlaşmanın adi yazılı şekle tabi olacağını belirten SCHNEIDER, s. 149.

⁹⁶ Paylı mülkiyetin konusu taşınmaz olsa dahi bu anlaşma şekle tabi değildir. Bununla birlikte TMK m. 694 kapsamına giren giderlerden ve yükümlülüklerden yönetime ilişkin olanların yükünün iç ilişkide nasıl paylaşılacağına dair düzenleme getiren anlaşmaların şerh edilerek sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynı hak kazananları bağlaması için TMK m. 689/son uyarınca paydaşların imzalarının noter tarafından onaylanması gerekmektedir.

⁹⁷ SCHMID / HÜRLIMANN-KAUP, N. 763; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 6.

⁹⁸ Buna örnek olarak her bir paydaşın paylı mülkiyetten kaynaklanan veya paylı malı ilgilendiren yükümlülüklere pay oranlarından bağımsız olarak eşit şekilde katılması verilebilir. Bu yönde TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 599.

⁹⁹ Bu durumla paya uygun yararlanmanın söz konusu olmadığı olasılıkla karşılaşılabilirliğini tespit eden BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 649, N. 2. Kat mülkiyeti kurulmuş olmasa da toplu yaşamın yürütüldüğü bir taşınmazda bu birlikte mülkiyet türünden kaynaklanan yükümlülüklerin iç ilişkideki paylaşımı bakımından Kat Mülkiyeti Kanunu'nda benimsenen bir düzenin tercih edilebileceği yönünde GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 24; buna ilaveten paydaşların anılan yükümlülüklerin paylaşımı bakımından her bir paydaşın payının satış değeri veya vergi değeri gibi nesnel ölçütlerin tercih edilmesi gerektiğini belirten PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 10.

lerin iç ilişkideki sorumluluk paylarının kanuni karineden farklı kararlaştırıldığını iddia eden bunu ispat etmekle yükümlüdür¹⁰⁰.

Paydaşların şekle tabi olmayan bir anlaşmayla da paylı mülkiyetten doğan veya paylı mala ilişkin yükümlülüklerin iç ilişkideki paylaşımına yönelik düzenlemede bulunabilir olmaları, TBK m 694'te kısmi borçluluk açısından benimsenen düzenin özellikle hangi durumlarda zımnem değiştirilmiş sayılıp sayılmayacağı sorununu doğurmaktadır. Her bir somut olayın şartlarına göre ayrı ayrı ele alınmasını gerektiren bu meselenin çözümü bakımından paydaşların menfaat durumlarının yorumlanmasını kolaylaştırıcı birkaç tespitin yapılmasında yarar vardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki yalnızca bir malikin paylı mülkiyete tabi malı daha yoğun olarak kullanması olgusunun mevcudiyeti, tek başına ilgili paydaşın iç ilişkide daha fazla sorumlu olmasını gerektirmez¹⁰¹. Bununla birlikte diğerlerini dışlayacak şekilde paylı malı kullanan ve ürünlerinden yararlanan paydaş, münhasıran yetkili ise TMK m. 694 kapsamına giren yükümlülüklerden kaynaklanan nihai yükü de tek başına taşınmalıdır¹⁰². TMK m. 694'te öngörülen kanuni düzenin zımnem değiştirilip değiştirilmediği meselesinde öne çıkan diğer bir yorum meselesi de paydaşların yararlanmaya ilişkin pay oranı dışında başka bir ölçütü (örneğin yararlanma için başka oranlar) benimsemeleri durumudur. Anılan olasılıkta bu anlaşmalar, TMK m. 694'te öngörülen düzeni özellikle kullanmayla ve yararlanmayla doğrudan bağlantılı masraflar bakımından zımnem değiştirecek olup paylı malın değerinin ve kullanılabilirliğinin korunması için yapılan masraflar bakımından ise paydaşların pay oranları belirleyici niteliğini koruyacaktır¹⁰³.

TMK m. 694 kapsamına giren giderlerden ve yükümlülüklerden yönetime ilişkin olanların iç ilişkide nasıl paylaşılacağına dair düzenleme getiren ve paydaşlar tarafından alınan kararlar TMK m. 695/1 uyarınca hâlihazırdaki paydaşları (ve külli haleflerini), sonradan paydaş olanları ve pay üzerinde aynı hak kazananları¹⁰⁴ bağlar¹⁰⁵. Paylı mülkiyet konusu taşınmaz ise anılan içerikteki kararların sonradan paydaş olanları veya sonradan pay üzerinde sınırlı aynı hak kazananları bağlayabilmesi için TMK m. 695/2 uyarınca tapuya şerh edilmesi gerekmektedir.

D. TMK m. 694/2 Uyarınca Paydaşların Birbirlerine Rücuu

1. TMK m. 694/2'nin İşlevi

TMK m. 694/1 giderlere ve yükümlülüklere katılma borcunu dış ilişkide ifa ederken iç ilişkideki payını aşan şekilde alacaklıya kazandırmada bulunan malikin ödediği fazla kısmın diğer paydaşlar arasında paylaşılmasına yönelik TMK m. 694/2, hem ilk fıkrada belirtilen paylı sorumluluğun işle-

¹⁰⁰ MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 8; BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 649, N. 1. Bu düzenlemenin paylı sorumluluğa ilişkin karineyi sevk ederek ispat yükünü de isabetli bir şekilde dağıttığını belirten SCHNEIDER, s. 145.

¹⁰¹ Bu yönde PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 10. Benzer yönde bkz. MÜKOBGB / SCHMIDT, § 748, Rn. 5.

¹⁰² MÜKOBGB / SCHMIDT, § 748, Rn. 5.

¹⁰³ SCHNEIDER, s. 150.

¹⁰⁴ Hem TMK m. 695'te kullanılan "sonradan paydaş olan" ifadesinden hem de kanun gereği veya resmî makamların tasarrufuyla paydaş olanların yönetim ve yararlanma düzenini bilerek paylı mülkiyet birliğine dâhil olmadıklarından hareketle kararlaştırılan yararlanma ve yönetim düzeniyle bağlı hâle gelenlerin payı bir hukuki işlem yoluyla devralanlar olduğu yönünde ÖZTAŞ, s. 296.

¹⁰⁵ Doktrinde Ayan, TMK m. 695/1 uyarınca böyle bir anlaşmanın sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynı hak kazananları bağlamasının alacak hakkının nispiğine uygun düşmediğine de dikkat çekmektedir. Bunun için bkz. AYAN, *Eşya*, s. 96. Yargıtay, 18. HD, T. 16.12.2014, E. 2014/13737, K. 2014/18373: "... Mahkemece kararın gerekçesinde de belirttiği üzere dava konusu site yönetiminin 02.01.2012 tarihli kararı ile 2012 yılı işletme projesinin Türk Medeni Kanunu'nun 690. vd. maddelerine dayalı olarak taraflar arasında tapuya kayıtlı olan yönetim planının ve buna bağlı hazırlanan işletme projesinin, paydaşlar arasındaki Medeni Kanunun 690. maddesi gereğince kabul edilmiş sözleşmenin uygulanması ile ilgili olduğu kabul edilmiş olduğu halde işletme projesindeki paylaştırmanın neye göre yapıldığı yönetim planındaki ortak giderlere kat maliklerinin katılımı düzenleyen hükümlerine göre bir paylaştırmanın yapıp yapılmadığı konularında bir inceleme yapmayan yetersiz bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması doğru görülmemiştir...". Yargıtay, 15. HD, T. 01.03.2021, E. 2021/448, K. 2021/546: "... Buna göre, davacı sitede dava tarihi itibarıyla toplu yapı yönetimine geçilmediği, yargılama sırasında 12/03/2018 tarihli yönetim planı değişikliği ile toplu yapı yönetimine geçildiği görülmekte toplu yapı yönetim planı hükümlerini uyuşmazlığa uygulama imkanı bulunmamasıyla birlikte, taraflar arasında sözleşme niteliğindeki ve borcun doğduğu tarihte geçerli olan... 2. Noterliğin 23/08/1985 tarihli, 14958 yevmiye no.lu yönetim planı hükümlerinin tarafları bağladığı, hak ve borçların da buna göre belirlenmesi gerektiği halde mahkemece, yanlış gerekçe ile davalının arsa payı oranına göre ödemesi gereken aidat miktarı hesap edilerek bu doğrultuda hüküm kurulması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir..." (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, ET: 20.10.2023).

vini vurgulamakta hem de kanun koyucunun TMK m. 694'ün sevki ile güttüğü paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren giderler ve yükümlülükler ile ilgili olarak paydaşların birbirlerine rücu imkânını kuvvetlendirme amacına açık kanuni dayanak sağlamaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki TMK m. 694/1 uyarınca düzenlenen paylı sorumluluk karinesinin ortaya çıkardığı en önemli hukuki sonuç, malikin alacaklıya kendi payını aşan miktarda kazandırmada bulunması durumunda fazla kısmın paydaşları tarafından denkleştirilmesi gerekliliğidir¹⁰⁶. Bunu karşılamaya yönelik tamamlayıcı nitelikteki TMK m. 694/2¹⁰⁷, vekâletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan rücu taleplerinin yetersizliğini gidermek için kanuni bir rücu hakkını da açıkça zikrederek TMK m. 694/1 kapsamındaki bir borcu ifa eden paydaşın konumunun güçlendirilmesini¹⁰⁸ de sağlamaktadır¹⁰⁹. Sağladığı en önemli yararın ödenen fazla miktar için paydaşlara payları oranında başvurma imkânı olduğu belirtilen¹¹⁰ bu hakka dayanabilmesi için malikin, yükümlülüğün TMK m. 694/1 kapsamına girdiğini, ifaya yetkili olduğunu¹¹¹ ve iç ilişkideki payından fazlasını alacaklıya kazandırdığını ispat etmesi yeterlidir¹¹². Yetkili malikin diğer paydaşlardan kanunun sağladığı bu rücu hakkı yerine sebepsiz zenginleşmeye veya vekâletsiz iş görmeye dayanarak talepte bulunmasında bir engel yoktur¹¹³.

Paylı malikler arasındaki iç ilişkiyi düzenlediği için bu düzenlemeden doğan rücu alacağının alacaklısı payından fazlasını dış ilişkide alacaklıya kazandırmış malik, borçlusu ise kendisine düşen borç yükünün tamamını yerine getirmemiş paydaşlardır¹¹⁴. Örneğin iki payın bulunduğu ve birinin üzerinde

¹⁰⁶ BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 649, N. 4.

¹⁰⁷ Bu noktada dikkat çekmek gerekir ki TMK m. 694'ün Alman hukukundaki muadili olan ve tek fıkradan oluşan BGB § 748'de sadece paydaşların paylı mala ilişkin giderlere ve yükümlülüklere payları oranında katılacakları düzenlenmiş olup kendi payından fazlasını dış ilişkide alacaklıya kazandıran paylı malikin rücu hakkına dair ayrı bir fıkraya yer verilmemiştir. Bununla birlikte Alman doktrininde anılan düzenlemeden doğan talep hakkının kapsamı, kendi payından fazlasına ilişkin dış ilişkide alacaklıya kazandırmada bulunan malikin diğer paydaşlara rücu alacağı üzerinden ele alınmaktadır. Örnek olarak bkz. STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 20-24a. (Talep hakkının kapsamı başlığına da yer vererek) paylı mülkiyetten kaynaklanan veya paylı malı ilgilendiren gider ve yükümlülükler katılma borcunun sonuçları bağlamında bkz. MÜKOBGB / SCHMIDT, § 748, Rn. 11-15.

¹⁰⁸ TMK m. 694'ün bu işlevine ilişkin genel vurgu için bkz. MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 2; HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 1; BERTAN, M. 626, N. 2. *Perruchoud*, bu düzenlemenin mal etrafındaki birden fazla hak süjesinin katılımını güçlendiren ortaklıksal niteliği haiz bir kural da yarattığı kanaatindedir. Bunun için bkz. PERRUCHOU, *CR CC*, Art. 649, N. 1. Bununla birlikte *Schneider*'e göre TMK m. 694/1 ile TMK m. 694/2'in de mevcudiyetine esasen gerek yoktur. Bunun sebebi ise paylı sorumluluğun kabul edildiği olasılıkla bu birlikte mülkiyete konu malın tamamı için kendi payından fazla harcamada bulunan paydaşın rücu hakkının vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşmeden doğacak olmasıdır. Bunun için bkz. SCHNEIDER, s. 145.

¹⁰⁹ Benzer BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 649, N. 4; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 2. Bu düzenlemenin Alman hukukundaki muadili niteliğindeki BGB § 748 uyarınca bir gider veya yükümlülüğü dış ilişkide ifa eden her bir paylı malikin diğer paydaşlardan bir vekâlet sözleşmesinin, sebepsiz zenginleşmenin veya vekâletsiz iş görmenin şartlarını ispata gerek olmaksızın payları oranında talepte bulunmasını sağladığı vurgulanmaktadır. Bunun için bkz. SOERGEL / HADDING, § 748, Rn. 2. BGB § 748'de TMK m. 694/2'den farklı olarak kendi payından fazlasını dış ilişkide alacaklıya kazandıran malikin fazla kısım için diğer paydaşlara rücu hakkının bulunduğu açıkça düzenlenmediğini hatırlatmakta yarar vardır. Son anılan yazarların tespiti, esasen rücu hakkının paydaşların paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren giderlere ve yükümlülükler katılma borcundan bağımsız değerlendirilmeyeceğinin karşılaştırmalı hukuk bakımından da doğrulandığı anlamına gelmektedir. Buna ilişkin açıklamalarımız için bkz. V. Payın Devri ve Paydan Feragatin Paylı Mülkiyetten Kaynaklanan Yükümlülüklerden Sorumluluğa Etkisi.

¹¹⁰ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 599.

¹¹¹ İlgili ödemeye yetkili olma durumunun, bu ifanın kanuna veya paylı mülkiyet birliğine ilişkin düzene dayalı gerçekleştirilmesi anlamına geldiği yönünde PERRUCHOU, *CR CC*, Art. 649, N. 14.

¹¹² Nitekim bu alacak, doğrudan ve yalnızca kendi payından fazlasını alacaklıya ifa eden malikin aralarında mevcut ilişkiye göre esasen diğer paydaşların sorumlu oldukları yükümlülüğü üstlenmiş olduğu olgusuna dayanmaktadır. Aynı yönde MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 9; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 27, 29. *Schneider*, TMK m. 694'ün pek bir anlamının bulunmadığı kanaatinde olsa da, paydaşlar arasındaki ilişkilerin daha açık hâle gelmesine yardımcı olan anılan düzenlemenin gerçek anlamının paylı malikleri vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşmeye dayalı rücu hakkından korumakta bulunduğunu ve paylı sorumluluğa ilişkin karineyi ortaya koyarak ispat yükünü isabetli bir şekilde paylaştığını da belirterek hükme belirli bir önem de atfetmektedir. Bu yönde SCHNEIDER, s. 145.

¹¹³ SCHNEIDER, s. 145-146; BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 649, N. 4; EBERHARD, Philipp: "Die Realobligation", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 2021, Sayı 117, s. 1009-1010.

¹¹⁴ Bu bağlamda paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda belirli şartlar altında TMK m. 694/2'deki rücu alacağını yönetici paydaşın da açabileceğine ilişkin Yargıtay, 3. HD, T. 20.04.2009, E. 2009/3455, K. 2009/6944 sayılı kararı da zikretmek gerekir. Uygulama bakımından önem taşıyabilecek bu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "... Paydaşların çoğunlukla aldığı karar ile güçlendirme işlerinin davacı yönetici tarafından yürütülmesi ve giderlerin dava yoluyla talep edilebilmesi, avukat tutulması konularında yetki verildiği de anlaşılmaktadır. MK'nın 693. maddesi uyarınca paydaşlardan her biri bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir. MK'nın ortak menfaatlerin korunması konusunda paydaşın yasal temsilci olabileceği yönündeki bu hüküm, güçlendirme işlerinin

intifa hakkının tesis edildiği ihtimalde payı üzerinde sınırlı aynı hak bulunmayan paydaş, TMK m. 694/1'de belirtilen yükümlülüklerden birinin dış ilişkide tamamını yerine getirirse TMK m. 694 uyarınca sadece diğer paydaş veya paydaşlardan talepte bulunabilecek olup intifa hakkı sahibine başvurmamaktadır¹¹⁵.

2. Kanundan Doğan Rücu Hakkının Şartları ve Şartların Gerçekleşmemesine Bağlı Sonuçlar

a. Kanundan Doğan Rücu Hakkının Şartları

TMK m. 694/2 uyarınca diğer paylı maliklere rücu edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Her şeyden önce TMK m. 694/1 uyarınca paylı mülkiyetten doğan veya malın tamamını ilgilendiren bir yönetim giderinin, verginin veya diğer yükümlülüğün yerine getirilmiş olması gerekmektedir¹¹⁶. Bu bağlamda kendi payı veya kişisel ihtiyaçları ile ilgili yapmış olduğu harcamalar paydaşa TMK m. 694/2 uyarınca rücu hakkı sağlamayacaktır¹¹⁷. Anılan gider ve yükümlülüklerin yerine getirilmiş olmasına dayanarak TMK m. 694/2 kapsamında rücu hakkının kazanılması için ayrıca ilgili harcamada bulunan paydaşın ifaya yetkili olması gerekmektedir¹¹⁸. Bu bağlamda talepte bulunan malik ilgili harcamayı kanun koyucunun TMK m. 690-692'de öngördüğü yönetim düzeni veya TMK m. 689'a uygun

yürütülebilmesi, paydaşların giderlere katılmasının sağlanması ve yetki verildiği takdirde dava açılmasını da kapsamaktadır. Payından fazlasını ödemiş olan paydaşın diğer paydaşa rücu imkanı (MK m. 694/2), yasal ve akdi temsilci olan yöneticinin davada husumet ehliyetine sahip olmasına engel teşkil etmez. Davacının paydaşları temsilen dava açabileceğinin kabulü gerekir..." (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, ET: 12.10.2023).

¹¹⁵ Bu kurguda intifa hakkı sahibine başvuru ancak onun da rücu borcundan sorumluluğunu doğuran bir hukuki işlemin bulunması hâlinde mümkün olacaktır. Bu hukuki sonuç, bir borcun dış üstlenilmesi ile sağlanabileceği gibi intifa hakkı sahibinin borca katılmasına bağlı olarak da doğabilir. İlk olasılıkta payı üzerinde intifa hakkı bulunan diğer paydaşın sorumluluğu sona erecek olup diğerinde ise anılan malik ile intifa hakkı sahibi ilgili yükümlülükten TBK m. 201/2 uyarınca müteselsilen sorumlu olacaklardır. Bu yönde MÜKOBGB / SCHMIDT, § 748, Rn. 4. TMK m. 694'teki borcun borçlularının sadece paydaşlar olduğunu belirtmekle yetinen ARPACI, s. 164; KE-SER, s. 91.

¹¹⁶ TMK m. 694/1'in kapsamına giren gider ve yükümlülükler ile ilgili detaylı inceleme için bkz. I. Paylı Mülkiyetten Doğan veya Paylı Malı İlgilendiren Gider ve Yükümlülüklerin Kapsamının Belirlenmesi. Yargıtayın bir kararında yer verilen şu tespit dikkat çekicidir: "Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler göre davacı, paylı mülkiyetten doğan ve paylı malı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer yükümlülüklerden ve paylı mülkiyet konusu eşyanın kullanılabilirliğinin ve değerinin korunması için zorunlu olan yönetim işlerini yapmak, eşyayı bir zarar tehlikesinden veya zararın artmasından korumak için derhâl alınması gereken önlemler için davalının yaptığı giderlerden payı oranında sorumludur.". Bunun için bkz. Yargıtay, 20. HD, T. 23.01.2018, E. 2017/1254, K. 2018/447 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, ET: 12.10.2023). Paylı mülkiyet ile nesnel bağı bulunan gider ve yükümlülüklerle ilişkin olan ve içeriği sınırlı sayıda sayım yöntemiyle kaleme alınmamış TMK m. 694/1'deki sorumluluk konularını belirtmek yeterli iken esasen birer yönetim işi olan ve ilgili faaliyetler çerçevesinde yapılan giderlerin de yönetim gideri niteliği taşıdığı zorunlu ve acil yönetim işlerine ayrıca bir atıfta bulunmaya gerek olmadığı kanaatindeyiz.

¹¹⁷ MEIER-HAYOZ, BK, Art. 649, N. 5; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 421; GRAHAM-SIEGENTHALER, BK, Art. 649, N. 8. Benzer yönde bkz. HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 1.

¹¹⁸ BGE 119 II 330 E. 7. Bu bağlamda dış ilişkide yerine getirilen yükümlülüğün mevcudiyet ve miktar olarak uygunluğunu da bir kıstas olarak belirten HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 1. Son anılan yazarların aradığı kıstas, esasen yönetim giderleri bakımından kendiliğinden anlaşılır. Nitekim anılan masraflar bakımından rücu edilemek için yukarıda da belirtildiği üzere ilgili paydaşın bu harcamaya yetkili olması gerekir. İlgili yetkinin kullanılması da, yukarıda açıklandığı üzere, bir yönetim işidir ve özenle yerine getirilmelidir. Gerekli özen gösterilerek görülen yönetim işi yüzünden diğer paydaşların zarara uğramaları hâlinde dahi TMK m. 694 uyarınca rücu hakkının mevcudiyetini koruyacağını belirten ARPACI, s. 165. Bu bağlamda yetkili paydaşın göstermesi gereken özenin ölçütü tartışmalıdır. Bir görüş bu harcamayı yaparken paydaşın kendi işlerinde göstermesi gereken özeni (*diligentia quam suis*) göstermesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu yönde bkz. WIELAND, M. 649, N. 2. Karş. ÖZCAN, 107. Bir başka görüşe göre ise paydaş harcamayı yaparken her türlü kusurundan sorumlu tutulmalıdır. Bunun için bkz. MEIER-HAYOZ, BK, Art. 646, N. 105. Benzer anlaşılabilirlik BERTAN, M. 626, N. 10. Asli edim yükümlülüğünün ortak amaç için birlikte çaba sarf etme borcu (*affectio societatis*) olduğu için tarafları arasında yoğun güven ilişkisini gerektiren ve her bir ortağın kişiliğinin önem taşıdığı bir kişi birliği (bir şahıs ortaklığı) oluşturulan ortaklık sözleşmesinde ortaklar arasındaki özen yükümlülüğü açısından kanun koyucu tarafından özel olarak benimsenmiş "*diligentia quam suis*" ölçütünün, aralarında bir sözleşme ilişkisinin bulunmasına dahi gerek olmayan (elbirliği mülkiyeti ile paylı mülkiyeti karşılaştırmasında "paylı mülkiyetin kendisinin ilişkisinin kendisi" olduğunu vurguda bulunurken bu özelliği öne çıkaran KURŞAT, s. 38) ve (gerçekleşmesi için çaba sarf etme yükümlülüklerinin de bulunmadığı) ortak amaçları sadece bir malın kullanılmasından ibaret paylı malikler arasında uygulanmasının, onlar ayrıca bu ölçütü aralarında kararlaştırmadıkça, isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Genel hükümlerden farklı olarak, failin sorumlu olup olmadığının belirlenmesinde onun kişisel özelliklerini esas alan *diligentia quam suis*" ölçütünün (CHAIX, François: "Art. 538", TERCIER, Pierre / AMSTUTZ, Marc (Ed.): *Commentaire Romand, Code des obligations II*, Art. 530-1186 CO, 2. Baskı, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017 (Yazar, CR CO), N. 6-7) benimsenmesinde, kanun koyucunun elbirliği ilkesi uyarınca her bir adi ortaklık işinin aynı zamanda her bir ortağın kendi işi olduğu ve bu kişi ortaklığında her bir ortağın diğerini olduğu gibi kabul etmesi gerektiği düşüncesinin bulunduğu hususunda bkz. FELLMANN, Walter / MÜLLER, Karin: *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band IV, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband, Artikel 530-544 OR*, Stämpfli Verlag, Bern, 2006, Art. 538, N. 27.

şekilde hazırlanmış yönetim anlaşması uyarınca bahşedilen yetkiye uygun şekilde yapmış olmalıdır¹¹⁹. Paydaşın TMK m. 694/2 uyarınca diğer paylı maliklere rücu edebilmesi için ayrıca dış ilişkide kendi payından fazlasını ödemiş, diğer bir ifadeyle diğer paylı malik veya maliklerden birçoğunun veya tamamının hiç ödemedede bulunmamış veya kendi oranları altında ifada bulunmuş olması da gerekmektedir¹²⁰. Paylı maliklerin alacaklıya karşı iç ilişkilerindeki oranlarla sorumlu oldukları ve paydaşlardan birinin kendisine düşen paydan fazlasını alacaklıya kazandırmasıyla ifa edilen TMK m. 694/1 kapsamındaki her bir borç için paydaşların iç ilişkideki sorumlulukları ayrı ayrı hesaplanmalı ve bu matematiksel işleme göre rücu talebinin konusu ve tarafları saptanmalıdır. Bu bağlamda rücu alacaklısı malikin talebine, dış ilişkide sona erdirilen ilgili borç miktarının bütün yükümlülüklerin toplamına oranının onun iç ilişkideki sorumluluk payından az olduğu ileri sürülerek karşı çıkılmaz¹²¹.

Kanuni rücu hakkının doğduğunu iddia eden paydaş talep hakkını doğuran unsurların gerçekleştiğini ispata mecburdur¹²². Rücu alacağının iç ilişkide başka şekilde kararlaştırıldığını ileri süren paydaş da iddiasını ispat etmekle yükümlüdür¹²³.

b. Şartların Gerçekleşmemesi Durumunda Paydaşların Rücu İmkânları

aa. Vekâletsiz İş Görme Uyarınca Rücu

Malikin kendi yetkisinde olmayan bir borcu ifası durumunda (örneğin gerekli nisap sağlanmaksızın önemli bir yönetim işine veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine ilişkin masraflar yapması) diğerlerine rücu etmesi, paydaşları bu harcamaya dair işin görülmesi esnasında veya sonrasında açık veya zımni bir icazet göstermedikçe¹²⁴, ancak vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca mümkün olabilir¹²⁵. Öğretide TMK m. 694 kapsamında rücu hakkı doğurmayan harcamaya ilişkin sonradan icazet veren her bir paydaşın ilgili harcamayı yapana karşı payları oranında sorumlu olacakları belirtilmektedir¹²⁶.

Yetkisinde olmayan gider veya yükümlülüğü yerine getiren malik, vekâletsiz iş gören nitelendirilebilir. Eğer ilgili harcamayı yapan paydaş, diğerlerinin menfaatini gözeterek hukuki alanlarına müdahale etmişse gerçek vekâletsiz iş gören olarak durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bütün masraflarını talep edebilir. Nitekim TBK m. 529/1 şu şekilde kaleme alınmıştır:

“İşsahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür.”

¹¹⁹ MEIER- HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 4; STEINAUER, N. 1300; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 7. Benzer yönde bkz. HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 649, N. 1; SCHMID / HÜRLIMANN-KAUP, N. 765.

¹²⁰ Benzer BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 649, N. 1; MANGISCH, *OFK*, Art. 649, N. 5.

¹²¹ MÜKOBGB / SCHMIDT, § 748, Rn. 11. Örneğin her birinin payının birbirine eşit olduğu beş paydaşlı paylı mülkiyetten doğan yükümlülüklerin toplamının 100.000 TL olduğu bir olasılıkta, 10.000 TL'lik onarım masrafını ödeyen bir paydaş dış ilişkide alacaklıya kazandırdığı 8.000 TL'lik fazla kısmı için diğerlerine rücu ettiğinde ona ifa ettiği giderin bütün yükümlülükler oranının 1/10 olduğu ve bu oranın kendi payı olan 1/5'ten az olduğu ileri sürülerek karşı çıkılmaz.

¹²² Alman hukukunda benzer ERMAN / ADERHOLD, § 748, Rn. 2.

¹²³ STREBEL, s. 1123.

¹²⁴ Geçerli şekilde alınmış bir karar bulunmasa da görüldüğü sırada veya sonrasında icazet gösterilmiş olan yönetim işinden doğan masraflara paydaşların, ilgili faaliyete yönelik aynı yöne yönelmiş iradelerinin bulunmadığından hareketle, katılmayı reddetmelerinin dürüstlük kurallarına aykırı olacağını da isabetli biçimde vurgulayarak HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 129.

¹²⁵ AYAN, *Eşya*, s. 97; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1287 ve dn. 202, ÖZCAN, s. 108. Benzer yönde bkz. BERTAN, M. 626, N. 2; BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 649, N. 8; SUTTER-SOMM, N. 216; PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 14; DOMEJ / P. SCHMIDT, *KUKO*, Art. 649, N. 4; MANGISCH, *OFK*, Art. 649, N. 5; SİRMEN, s. 329. GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 7. Anılan taleplerin yarışması hâlinde usul hukukuna ilişkin doğabilecek sonuçlar için genel olarak bkz. İŞİK, Serpil: “Medenî Usûl Hukuku Açısından Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ıncı Maddesinin Değerlendirilmesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 9, Sayı 2, s. 392-407.

¹²⁶ AYAN, *Eşya*, s. 97.

Bununla birlikte paydaş, ilgili harcamayı yaparken sadece kendi menfaatini gözetmişse veya bu harcamayı diğer paydaşların geçerli bir yasaklamasına rağmen gerçekleştirmişse gerçek olmayan vekâletsiz iş gören olarak değerlendirilir ve diğer paydaşlardan sadece zorunlu masrafları talep edebilir¹²⁷.

Vekâletsiz iş görmeye göre rücu ele alınırken zorunlu (diğer bir ifadeyle eşyanın korunması ve ekonomik işlevini sürdürmesi amacıyla yapılan) masraflar ile eşyanın verimini ve değerini artırıcı yararlı harcamaları ayrı ayrı ele almak gerekmektedir.

Zorunlu masrafların talep edilebilirliği bakımından vekâletsiz iş görme ile TMK m. 689/2, b. 1 anlamında (olağan veya önemli) zorunlu işlerden¹²⁸ kaynaklanan masraflar arasında bir fark bulunmamaktadır¹²⁹. Bu bağlamda önemli ve acil bir yönetim işi gerekli şartlar sağlanmadan yerine getirilse dahi işi gören paydaş diğerlerinden yaptığı zorunlu masrafları talep edebilecektir. Ayrıca bu masraflardan diğer paydaşların işi görene karşı, kural olarak, kısmi sorumluluğunun da bulunduğu dikkate alındığında¹³⁰ esas itibarıyla zorunlu masrafların paylaşılmasına yönelik içerik ve dağılım ölçütü bakımından vekâletsiz iş görme ile TMK m. 694'teki düzen arasında bir farkın bulunmadığı görülecektir¹³¹.

Yetkisinde olmayan gider veya yükümlülüğü yerine getiren malikin yapmış olduğu faydalı masraflar bakımından ise ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu bağlamda bir faydalı masrafın talep edilebilirliği değerlendirilirken öncelikle harcamanın paydaşlar tarafından oylanmadığı için karar alınmamış bir yönetim işiyle mi yoksa oylama yapılmasına rağmen karar alınmamış bir yönetim işiyle mi ilgili olarak yapıldığı belirlenmelidir.

Paydaşlar tarafından oylama dahi yapılmamış bir yönetim işiyle ilgili faydalı masraf yapılmış ise harcamada bulunan malikin diğerlerinin başka türlü davranacağını bilerek kendi menfaatini gözeterek mi yoksa diğer paydaşların menfaatini de dikkate alarak mı hareket ettiği belirleyicidir. Eğer paydaş sadece kendi menfaatini gözeterek diğerlerinin başka türlü davranacağını bilerek hareket etmişse faydalı masrafı gerçek olmayan vekâletsiz iş gören olarak nitelendirileceğinden dolayı diğer paydaşlardan talep edemeyecektir. Bununla birlikte paydaş diğerlerinin de menfaatini dikkate alırsa gerçek vekâletsiz iş gören olarak değerlendirileceğinden faydalı masrafları talep edebilecektir¹³².

Faydalı masraf paydaşlar tarafından oylanmasına rağmen karar alınmamış bir yönetim işiyle ilgili yapılmışsa bu harcamanın talep edilebilirliği bakımından her bir paydaşın oyu üzerinden değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda karar alınmamış olsa da oylamada lehe oy kullanmış diğer paydaşlara karşı harcamayı yapan paydaş gerçek vekâletsiz iş gören olarak değerlendirileceğinden olumlu oy verenlerden faydalı masrafları talep edebilecektir¹³³. Bununla birlikte ilgili paydaş bu işin yapılması ile

¹²⁷ Öğretide katıldığımız görüş uyarınca gerçek olmayan vekâletsiz iş gören her zaman kötü niyetli olduğundan dolayı kötü niyetli haksız zilyede benzerdir. Bu sebeple de iş sahibinden ancak TMK m. 995 / 2'nin kıyasen uygulanmasıyla zorunlu masrafların tazminini talep edebilecektir. Bu görüşe yönelik detaylı açıklamalar için bkz. BAŞ SÜZEL, Ece: *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 114. Özen de TMK m. 995'in, gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin yaptığı giderlerle olan benzerliği belirtmekte ve TMK m. 995'in özel görünüm olabileceğini ifade etmektedir. Bunun için bkz. ÖZEN, Burak: *Haksız Zilyedlikte İade*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 374. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye masraf talebinin kapsamına sadece zorunlu masrafların değil, talep edilmediği takdirde iş sahibi bakımından zenginleşme meydana getirebilecek bütün masrafların girdiğini ileri sürerek farklı yönde TANDOĞAN, Halûk: *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku bakımından Vekâletsiz İş Görme*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957 (Vekâletsiz İş Görme) s. 299. TBK m. 530'de yer verilen "zenginleşme" ifadesinin sebepsiz zenginleşme hukukuna bir atf normu olduğunu belirterek TBK m. 80'in uygulanacağını ileri süren GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 240.

¹²⁸ Zorunlu yönetim işlerinin kapsamına, onarım ve bakım gibi olağan işler girebileceği gibi eşyanın değerinin ve elverişliliğinin korunması amacıyla hizmet etmek kaydıyla önemli yönetim işleri de bu niteliği haiz olabilir. Bu yönde ÖZTAŞ, s. 203.

¹²⁹ Sadece gerçek vekâletsiz iş görme bakımından bu tespiti yaptığı anlaşılan SCHNEIDER, s. 146.

¹³⁰ Gerçek vekâletsiz iş görme bakımından benzer TANDOĞAN, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 265.

¹³¹ Sadece gerçek vekâletsiz iş görme bakımından bu tespiti yaptığı anlaşılan SCHNEIDER, s. 146. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki zorunlu masraflara dair rücu alacağının tabi olduğu zaman aşımı süresi dayanılan hukuki sebebe göre değişebilecektir.

¹³² Benzer TANDOĞAN, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 312. Bu görüş, karar alınmamasına rağmen oy hakkına hukuki sonuç bağlanmasından dolayı eleştiriye açık gibi görünse de konusu bir işin görülmesine ilişkin bir oylamada olumlu görüş açıklamak zmnen o işin görülmesine izin vermek olarak yorumlanabilir.

¹³³ Öğretide yapılan TMK m. 694 kapsamında rücu hakkı doğurmayan harcamaya ilişkin sonradan icazet veren her bir paydaşın payı oranında ilgili harcamaya katılmasının zorunlu olduğu tespitinin (AYAN, *Eşya*, s. 97) bu şekilde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

ilgili olumsuz oy veren paydaşlara karşı ise gerçek olmayan vekâletsiz iş gören olduğundan faydalı masrafı talep edemeyecektir¹³⁴.

bb. Sebepsiz Zenginleşmeye Göre Rücu

Yargıtayın TMK m. 694'ün şartlarının oluşmaması durumunda paydaşlar arasındaki iç ilişkide uygulamasını öne çıkardığı sebepsiz zenginleşmeye dayanarak rücu etmek isteyen paylı malikin talepte bulunabilmesi, ilgili giderin yapılmasının diğer paydaşlar bakımından bir zenginleşme teşkil etmesi hâlinde söz konusu olabilir. Bu bağlamda paylı mülkiyetten kaynaklanan veya paylı malı ilgilendiren harcamanın yapılması, diğer paydaşların zenginleşmesine neden olmazsa veya zenginleşme iadenin gerçekleşmesi gereken zamandan önce ortadan kalkar ise¹³⁵ anılan rücu kaynağına dayalı olarak diğer paydaşlardan herhangi bir talepte bulunmak mümkün değildir. Yargıtay'ın kapsam bakımından "paylı mülkiyete tabi malın satılmak suretiyle elde edilen gerçek değer ile ilgili giderlerde bulunulmasa idi muadil bir satışta elde edilebilecek değer arasındaki fark ile giderlere katlanıldığı gündeki sürüm değerine göre davacı tarafından ödenen tutardan hangisi az ise ondan ibaret olduğu" ölçütünü benimsediği zenginleşmeden¹³⁶ doğan alacak hakkına ilişkin zamanaşımı yine Mahkeme'nin uygulamasına göre paylı mülkiyete tabi malın paraya çevrildiği tarihte işlemeye başlayacaktır¹³⁷. Nitekim yüksek mahkeme paydaşlardan birinin taşınmaz mal üzerinde yaptığı masraflar nedeni ile diğer paydaş veya paydaşların malvarlığındaki artışın, diğer bir ifadeyle zenginleşmenin, bu masrafın yapıldığı tarihte değil, ortaklığın giderilmesi yoluyla satışın yapıldığı ve taşınmazın satış bedelinden payın alındığı tarihte gerçekleştiği görüşündedir¹³⁸. Zamanaşımına dair yaşanabilecek sorunların önüne geçmek amacını güttüğünü düşündüğümüz bu uygulamada ilgili masrafın yapılması anından başka bir zenginleşme anının benimsenmiş olması, kuramsal olarak eleştiriye açıktır.

Yargıtay'ın önemli sayıda kararında paylı mala ilişkin iyileştirme (onarım ve bakım) masraflarını yapan malikin, TMK m. 694/2 uyarınca rücu hakkının şartlarının oluşup oluşmadığını (bu bağlamda da özellikle ilgili yönetim işinin yetkili bir şekilde yerine getirilip getirilmediğini) incelemeyen, paydaşlarından sebepsiz zenginleşmeye göre talepte bulunabileceğine hükmettiği görülmektedir¹³⁹. Mahkemenin TMK m. 694'e dayalı rücu hakkını ufak tefek olarak nitelediği işlerden doğan harcamalarla sınırlama temayülü de dikkate alındığında¹⁴⁰ TMK m. 694'ü dışlayan¹⁴¹ veya mesnetsiz şekilde sınırla-

¹³⁴ Gerçek olmayan vekaletsiz iş gören malikin zenginleşmeyi talep edebileceği yönünde SCHNEIDER, s. 146. Bununla birlikte *Tandoğan*, faydalı masrafın çoğunluğun aksi yöndeki kararına rağmen yapılması durumunda harcamayı yapanın gerçek olmayan vekâletsiz iş gören niteliğini belirtmekle yetinmektedir. Bunun için bkz. TANDOĞAN, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 312.

¹³⁵ Buna örnek olarak yapılan yetkisiz şekilde yapılan büyük onarım işleminden sonra taşınmazın yıkılması veya yanması verilebilir. Bunun için bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 601; ARPACI, s. 163.

¹³⁶ Örnek olarak bkz. Yargıtay, 4. HD, T. 25.01.1988, E. 1988/88, K. 1988/715; Yargıtay, 13. HD, T. 18.01.1982, E. 1981/8158, K. 1982/47 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, ET: 01.11.2023).

¹³⁷ Yüksek mahkemenin sebepsiz zenginleşmeye dayalı rücu alacağına ilişkin zamanaşımının paylı mülkiyete tabi malın paraya çevrildiği andan itibaren işleyeceğine dair istikrar kazanmış uygulamasının bu rücu kaynağından doğan alacağın TMK m. 694'ten doğan rücu alacağından daha sonra zamanaşımına uğraması sonucunu doğurabileceğini vurgulayan TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 602, dn. 31.

¹³⁸ Bu vurgunun yapıldığı kararlara örnek olarak bkz. Yargıtay, 3. HD, T. 05.04.2023, E. 2022/8091, K. 2023/985; Yargıtay, 3. HD, T. 31.03.2015, E. 2014/18859, K. 2015/5320 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, ET: 14.10.2023).

¹³⁹ Bu yönde örnek olarak bkz. Yargıtay, 7. HD, T. 09.01.2023, E: 2022/5906, K: 2023/22; Yargıtay, 8. HD, T. 21.06.2021, E. 2021/2562, K. 2021/5314. Muhdesatın tamamlanması ile mevcut muhdesatın bakım ve onarımının yapılmasını mevcut muhdesatın daha kullanılır hâle gelmesini, başka bir ifadeyle muhdesattan sağlanacak faydanın artmasını sağlayan işler olarak nitelendirip bu uğurda harcanan giderleri de faydalı giderler olarak nitelendirip benzer Yargıtay, 8. HD, T. 03.07.2019, E. 2019/3116, K. 2019/6923; Yargıtay, 8. HD, T. 02.04.2018, E. 2015/22238, K. 2018/10447; Yargıtay, 14. HD, T. 23. 05.2015, E. 2015/3357, K. 2015/3139 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, ET: 15.10.2023). Muhdesatın bütünüyle parça olduğu dikkate alındığında (bu yöndeki tespit için bkz. AKÇAAL, Mehmet: "Yargıtay'ın Güncel İçtihatları Işığında Muhdesat", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2022, Sayı 51, s. 83) mevcut muhdesata yapılan masrafların da paylı mülkiyete tabi mala ilişkin olduğu kabul edilmeli ve diğer şartlar da mevcutsa diğer paydaşlardan TMK m. 694 uyarınca talep edilebilmelidir.

¹⁴⁰ Bunu açıkça ifade ettiği bir karar için bkz. Yargıtay, 13. HD, T. 03.12.1981, E. 1981/7236, K. 1981/7910 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, ET: 15.10.2023).

¹⁴¹ Giderlerin iç ilişkide paylaşılmasına sebepsiz zenginleşmenin, bazen masrafın niteliğinden de bağımsız olarak yüksek mahkeme tarafından uygulandığı görülmektedir. Paylı mülkiyet konusunu düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 690. vd. maddeleri gereğince paydaşların çoğunlukla aldığı kararların bağlayıcı olduğu belirtilmesine rağmen TMK m. 694'e dair herhangi bir değerlendirme yapılmadan yüzeysel bir şekilde ortak kullanım yerlerinden ve hizmetlerden yararlananların sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sorumlu tutulmaları gerektiğine

yan bu uygulamanın isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bir gider, hangi ad altında olursa olsun, paylı mülkiyetten kaynaklanıyorsa veya paylı malı ilgilendiriyorsa ve ilgili olduğu yönetim işi yetkili şekilde yerine getirilmişse kendi payından daha fazlasını alacaklıya kazandıran malik, diğerlerine karşı TMK m. 694⁴’te düzenlenen rücu hakkına dayanabilecektir.

3. TMK m. 694/2 Uyarınca Rücuun Tabi Olduğu Esaslar

Açıklanan şartların mevcudiyeti hâlinde TMK m. 694 uyarınca rücu hakkını kazanan malik, paydaşlarına alacaklıya kazandırdığı kendi payını aşan miktar için ancak payları oranında başvurabilecek olup bu bağlamda diğer paydaşlar arasında rücu alacaklısına karşı bir teselsülün varlığından kural olarak bahsedilemez¹⁴². Aynı zamanda sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görmeye dayalı rücuun şartlarının da mevcut olması TMK m. 694’e rücu hakkı bakımından diğer paydaşların paylı sorumluluğunun mevcudiyetine etki etmez¹⁴³.

TMK m. 694 kapsamına giren ve dış ilişkide kısmi borçlu olunan bir yükümlülüğü ifa ederken iç ilişkideki payından fazlasını alacaklıya kazandıran malik lehine özel bir kanuni halefiyet hâli öngörülmemiştir. Anılan paydaşa alacaklının haklarının kanuni intikali, ancak TBK m. 127/1, b. 2 uyarınca diğer paylı maliklerin söz konusu borcun ifa edileceğini ve ifada bulunacak malikin kendisine halef olacağını dış ilişkide alacaklıya bildirmiş olmaları durumunda söz konusu olabilir¹⁴⁴.

TMK m. 694/2’den kaynaklanan rücu borcunun yerine getirilmemesi borçların ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlere tabidir¹⁴⁵. Bu bağlamda borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda TBK m. 112 uyarınca geçerli olan kusur karinesi rücu borcunun ifası bakımından da uygulama alanı bulur ve sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu, ilgili ifa engelinin kendi sorumluluğu bulunmaksızın meydana geldiğini ispat etmedikçe¹⁴⁶ bundan doğan zararlardan sorumlu olur¹⁴⁷. Bu bağlamda rücu borçluları her türlü kusurdan sorumludurlar¹⁴⁸.

Doktrinde TMK m. 694 uyarınca rücu alacağının, ödemeye sona eren borcun tabi olduğu zamanaşımı süresinden bağımsız olarak, TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁹.

ilişkin tespitinde bulunan Yargıtay, 20. HD, T. 16.04.2018, E. 2017/949, K. 2018/3136. Dava dilekçesinde TMK m. 694’e atfen talepte bulunulmasına rağmen yüksek mahkeme tarafından davanın, paylı mülkiyete tabi taşınmazların bakımı nedeniyle paydaşlar tarafından yapılan giderlerin, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca, payı oranında diğer paydaşlardan talep edilmesine yönelik olduğunun belirtildiği karar için bkz. Yargıtay, 3. HD, T. 31.03.2015, E. 2014/18859, K. 2015/5320 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, ET: 14.10.2023).

¹⁴² Yargıtay, 15. HD, T. 29.6.2005, E. 2004/6640, K. 2005/3892 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, ET: 15.10.2023). GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 420; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, N. 1286; SİRMEN, s. 329; AYAN, *Eşya*, s. 97; STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 20; MÜKOBGB / SCHMIDT, § 748, Rn. 1; ÖZCAN, s. 106. Bununla birlikte rücu borçlusuna karşı müteselsilen sorumlu olacaklarının kararlaştırılması mümkündür. Böyle bir anlaşmaya, bu birlikte mülkiyet ilişkisi malikler arasındaki sıkı olmayan bağlara dayandığından, uygulamada oldukça az rastlanmaktadır. Bununla birlikte maliklerden birinin bütün yönetim işlerini yürüttüğü ve anılan faaliyetlerin de olağanüstü kapsamlı olması durumunda olduğu gibi bazı olasılıklarda rücuada teselsülün kararlaştırılması paydaşlar arasındaki ilişkilerdeki menfaat durumlarına daha uygun sonuçlar doğurabilir. Benzer STREBEL, s. 1123.

¹⁴³ Benzer STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 20.

¹⁴⁴ Kısmi borçlulukta borçlular arası ilişkiler bakımından benzer KAPANCI, s. 23.

¹⁴⁵ Benzer MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 14; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 31; SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 78; sadece temerrüt ve zamanaşımını ile sınırlı olarak değerlendirmede bulunan BERTAN, M. 626, N. 9; STREBEL, s. 1123. Alman hukukunda da rücu borcunun yerine getirilmemesi borçların ifa edilmemesine ilişkin genel hükümler uyarınca ele alınmaktadır. Bunun için bkz. MÜKOBGB / SCHMIDT, § 748, Rn. 14; STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 24.

¹⁴⁶ Benzer SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 78.

¹⁴⁷ Alman hukukunda aksi yönde bir anlaşma bulunmadıkça veya durumun şartları başka bir değerlendirmeyi gerektirmedikçe rücu borcunu kusuruyla ifa etmeme hâlinin rücu borçlusuna aleyhine tazminat yükümlülüğü doğuracağını belirten SOERGEL / HADDING, § 748, Rn. 1.

¹⁴⁸ Benzer MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 14; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 31.

¹⁴⁹ REY, N. 699; STEINAUER, N. 1300; SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 78; ROMELLI, *OFK*, Art. 649, N. 6; SUTTER-SOMM, N. 217; MANGISCH, *OFK*, Art. 649, N. 5; BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 649, N. 10; SCHMID / HÜRLIMANN-KAUP, N. 765. Bu durumun kanuni rücu hakkını sebepsiz zenginleşme kaynaklı rücu yoluna nazaran daha yararlı kıldığı vurgulayarak STREBEL, s. 1122. TMK m. 694/2’den kaynaklanan talep hakkının alacaklar için uygulanan genel zamanaşımı hükmüne tabi olduğunu belirterek benzer MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 14; BERTAN, M. 626, N. 9. Ayrıca bkz. BGE 119 II 330 E. 7. İsviçre Federal Mahkemesi’nin TMK m. 694’ten diğer paydaşlar aleyhine doğan rücu borcunu ifayla sona eren yükümlülüğün zamanaşımı süresine tabi kılınmadan ele alınmasını yüksek mahkemenin bu meselenin birliğe dair iç ilişkisinin çözülmesi üzerinden değerlendirilmesi gerekliliğini işaret etme arzusunun kaynaklandığı-

Kanundan doğan rücu hakkı paylı mülkiyetin varlığı süresince TMK m. 694 kapsamında doğmuş olan her bir gider ve yükümlülük için mevcuttur¹⁵⁰. Rücu borcu, ilgili paylı malikin dış ilişkide alacaklıya iç ilişkiye göre kendine düşen payı aşan miktarda kazandırma bulunduğu anda doğar¹⁵¹ ve TBK m. 90 uyarınca kural olarak hemen muaccel olur¹⁵². Diğer paydaşlara rücu edebilmek için paylı mülkiyetin sona erdirilmesinin talep edilmiş olması şart değildir¹⁵³. Nitekim rücu alacağına ilişkin talebin ileri sürülmesi ile paylı mülkiyetin sona erdirilmesi aşaması kavramsal olarak birbirinden bağımsız iki süreçtir¹⁵⁴. Bu bağlamda paylı malikin rücu alacağını paylaşırma davası çerçevesinde bağımsız bir şekilde dava edilebilmesinin de mümkün olduğunu belirtmekte yarar vardır¹⁵⁵.

Paylı mülkiyete tabi eşyanın taşınır olması durumunda ise TMK m. 694/2'ye göre rücu hakkına sahip paydaş bu borcun güvencesi olarak şartlarının mevcudiyeti hâlinde taşınır mal üzerinde hapis hakkını haizdir¹⁵⁶. Bu bağlamda rücu alacaklısı paylı malik rücu borçlusu paydaşlarına da ait olup zilyedi bulunduğu taşınırı, borcun muaccel olması hâlinde ilgili yükümlülük yerine getirilinceye kadar TMK m. 950/1 uyarınca hapsedebilir¹⁵⁷.

Dış ilişkide kısmi borçlu olarak sorumlu olana bir yükümlülüğü payından fazlasını alacaklıya kazandırarak ifa etmiş paydaşın talepte bulunduğu paydaşlardan birinden alamadığı sorumluluk miktarı diğer paydaşlar tarafından üstlenilmez¹⁵⁸.

ni belirten PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 15. Bununla birlikte *Graham-Siegenthaler*, ifayla sona eren borç TBK m. 147 uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabi ise TMK m. 694/ 2 uyarınca diğer paydaşlar aleyhine doğan rücu borcunun da zamanaşımı süresinin beş yıl olduğu görülmüştür. Bunun için bkz. *GRAHAM-SIEGENTHALER, BK*, Art. 649, N. 32. Rücuun bir borç ilişkisine dayandığı hâller ile özel süreleri saklı tutarak TBK m. 73'ü TBK m. 62/ 2 dışındaki rücu alacaklarına da kıyasen uygulayan *NOMER*, N. 212. 14.

¹⁵⁰ Alman hukukunda benzer *STAUDINGER / EICKELBERG*, § 748, Rn. 21.

¹⁵¹ Bu bağlamda yapılması gereken ancak yerine getirilmeyen acil bir iş yapılırsa idi harcanacak masrafın TMK m. 694'ten doğan rücu hakkına konu oluşturması mümkün değildir. Benzer *MÜKOBGB / SCHMIDT*, § 748, Rn. 10.

¹⁵² Bununla birlikte rücu borcunun ifası bir vadeye bağlanmış olabilir. Örnek için bkz. *Yargıtay*, 13. HD, T. 26.01.2010, E. 2009/7020, K. 2010/622: "... Davacı, her sene hasat sonrasında fıstıkların toplanmasına ilişkin masrafların ödendiğini, ne var ki ortaklığın kurulduğu 1993 yılından itibaren sürüm, budama, ilaçlama gibi masrafların ise ödenmediğini belirterek alacak talebinde bulunmuş, davalılar ise hasat sonunda ürün paylaşılırken, tüm masrafların düşüldüğünü, 1993 yılından beri hasat alındığı halde bakım masraflarının ödenmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, bu sebeple de davacı tarafından yapıldığı iddia edilen masraflar yapılmış ise, bunların zamanında ödendiğini savunmuşlardır. Taraflar arasında her sene elde edilen ürünün eşit şekilde paylaşıldığı, bu paylaşımın önce fıstık toplanmasına ilişkin hasat masraflarının da davalılar tarafından ödendiği uyumsuzluk konusu olmadığına göre, karine olarak, taşınmaz yapılan sürüm, budama gibi diğer tüm masrafların da ürün paylaşımından önce elde edilen üründen mahsup suretiyle ödendiğinin kabulü gerekir. Aksinin kabulü, hayatın olağan akışına ve dinlenen tanık beyanlarından anlaşıldığı üzere yöredeki örf ve adete de aykırıdır..." (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, ET: 01.11.2023).

¹⁵³ Alman hukukunda *STAUDINGER / EICKELBERG*, § 748, Rn. 21. Yazar, bu bağlamda rücu alacaklısının ürünlerin paylaşılması aşamasında da rücu alacağına tatmin edilmesini talep edebileceğini belirtmektedir. Paylı mülkiyete konu taşınmazda ait giderleri ödemiş olan paylı malikin, paydaşlarına payları oranında her zaman rücu edebileceğine yönelik vurgunun bulunduğu yüksek mahkeme kararı için bkz. *Yargıtay*, 3. HD, T. 20.05.2019, E. 2018/6492, K. 2019/4681 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, ET: 01.11.2023). Bu kararı değerlendirirken uyumsuzluk konusu taşınmazın kat mülkiyetine tabi olma ihtimalini de dikkate almakta yarar vardır. Nitekim her ne kadar kararda taşınmazın paylı mülkiyete tabi olduğu ifade edilse de bazı tespitlerin Kat Mülkiyeti Kanunu'na dair olması dikkate değerdir.

¹⁵⁴ Nitekim paylı mülkiyet, sadece ortak malın kullanılmasını amaçlayan bir kişi birliği olup bir haklar ve borçlar bütünü değildir. Bu bağlamda TMK m. 694 uyarınca iç ilişkiden doğan borçlar ortaklığın değil paydaşların borçları olup bağımsız bir ilişkiye dayanır. Anılan durum TMK m. 694'ten doğan rücu alacaklarının talep edilebilirliğinin -paydaşlar bu yönde bir anlaşma yapmadıkça- birlikte hak sahipliğini ortadan kaldırmaktan ibaret olan paylaşırmeden bağımsız olması sonucunu doğurur. Paylaşırma aşamasının niteliğini ve işlevini paylı mülkiyet kavramı bağlamında detaylı bir şekilde ele alan açıklamalar için bkz. *KURŞAT*, s. 163-166.

¹⁵⁵ Benzer *GRAHAM-SIEGENTHALER, BK*, Art. 649, N. 29; *SCHMID / HÜRLIMANN-KAUP*, N. 765.

¹⁵⁶ *MEIER-HAYOZ, BK*, Art. 646, N. 107; *BERTAN*, M. 626, N. 3; *TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP*, s. 600-601; *GRAHAM-SIEGENTHALER, BK*, Art. 649, N. 33.

¹⁵⁷ Anılan olasılıkta alacaklının borçlunun rızasıyla taşınır zilyet olması ve zilyetliğindeki taşınır mal ile alacak arasında bağlantı bulunması şartlarının kural olarak gerçekleştiğini belirten *STREBEL*, s. 1123; TMK m. 694/ 2'den doğması hâlinde alacak ile paylı mülkiyete tabi taşınır arasında nitelik itibarıyla bağlantı şartının şüpheden uzak bir şekilde gerçekleştiğini belirtmekle yetinen *MEIER-HAYOZ, BK*, Art. 646, N. 107.

¹⁵⁸ *OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR*, N. 1286; *ARPACI*, s. 162; *SİRMEN*, s. 329; *Ayan, Eşya*, s. 97; *KESER*, s. 93; *ÖZCAN*, 107. Alman hukukunda rücu alacaklısının ilgili açığı ancak paylı mülkiyetin sona erdirilmesini talebiyle bölüştürmenin sağlanması sonucunda katılım payını yerine getirmemiş paydaşa düşecek paydan giderebileceği belirtilmektedir. Bu yönde *STAUDINGER / EICKELBERG*, § 748, Rn. 22. Alman Medeni Kanunu'ndan farklı olarak geniş anlamda tasfiyeyi çağrıştırarak düzenlemeleri içermek suretiyle paylı mülkiyet ortaklığını -bu birlikte mülkiyet türünün yapısına daha uygun şekilde- bir haklar ve borçlar bütünü olarak değil, sadece ortak malın kullanılmasını amaçlayan bir kişi birliği olarak ele alan Türk Medeni Kanunu'na göre anılan olasılıkta kanaatimizce bu olasılık kısmi borçlulukta bir rücu borçlusundan alınamayan miktarın tabi olduğu akıbetten esasen farklı olmayacaktır. Kısmi borçlulukta rücu borçlusunun borcunu yerine getirmemesi borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümlere tabi olup rücu borçlularından birinden karşılanamayan miktarın paydaşlar tarafından üstlenileceğini belirten ve müteselsil borçlulukta iç ilişkiye dair sevk edilmiş özel bir düzenleme olan TBK m. 167/3 kıyasen dahi uygulanamayacaktır.

Kanun'da, ortak hukuk döneminden farklı olarak, rücu borcunda temerrüde düşen paydaşın payını rücu alacaklısı paydaş lehine kaybedeceğine dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁵⁹.

IV. PAYDAŞLARIN DIŞ İLİŞKİDE GİDER VE YÜKÜMLÜLÜKLERDEN MÜTESELSİL SORUMLULUĞUNUN BULUNMASININ VEYA İLGİLİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KONUSUNUN BÖLÜNEMEYEN EDİM OLMASININ İÇ İLİŞKİDE TMK M. 694/2'DEKİ RÜCU HAKKINA NAZARAN DOĞURDUĞU FARKLI SONUÇLAR

Paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren ve paydaşların müteselsilen sorumlu olduğu bir yükümlülüğü ifa ederken iç ilişkideki payından fazlasını alacaklıya kazandıran malik, ilgili yükümlülüğü yerine getirdiği ölçüde, TBK m. 168/1 uyarınca alacaklının haklarına halef olur¹⁶⁰. Anılan nitelikteki borcun konusunun bölünemeyen edim olması durumunda ise halefiyet TBK m. 85/3 uyarınca gerçekleşir.

TMK m. 694'teki rücu ilişkisinden farklı olarak paylı maliklerin müteselsilen sorumlu olduğu bir borcu ifa ederken payından fazlasını alacaklıya kazandırmış rücu alacaklısının fazla kısım için talepte bulunduğu paydaşlardan birinden alamadığı miktar, TBK m. 167/3 uyarınca diğerleri tarafından payları oranında üstlenilecektir¹⁶¹. Bu düzenlemenin anılan nitelikteki borcun konusunun bölünemeyen edim olması durumunda da kıyasen uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz¹⁶².

Paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren ve paydaşların müteselsilen sorumlu olduğu bir yükümlülüğü ifa ederken iç ilişkideki payından fazlasını alacaklıya kazandıran malikin rücu alacağının tabi olduğu zamanaşımı, sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından doktrinde tartışmalı olup¹⁶³ haksız fiil sorumluluğu bakımından TBK m. 73'te özel olarak düzenlenmiştir¹⁶⁴.

V. PAYIN DEVRİ VE PAYDAN FERAGATİN PAYLI MÜLKİYETTEN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERDEN SORUMLULUĞA ETKİSİ

TMK m. 694'ün konusunu teşkil eden paylı mülkiyetten kaynaklanan veya paylı malı ilgilendiren giderlere ve yükümlülükler katkıda bulunma borcu kanundan doğan eşyaya bağlı borç niteliğindedir¹⁶⁵. Nitekim bir şeyin yapılmasını veya verilmesini konu edinen bu yükümlülüklerin borçlusu ve alacaklısı belirlenirken mülkiyet hükümlerine tabi olan ve mülkiyet benzeri *sui generis* hak olarak nitelendirdiğimiz paylarda kimin hak sahibi -diğer bir ifadeyle kimin paydaş- olduğu¹⁶⁶ TMK m. 694'te esas alınmaktadır¹⁶⁷.

¹⁵⁹ Bununla birlikte kaynak İsviçre hukukunda İMK m. 670 (TMK m. 721) uyarınca sınırlıklarla ilgili özel kantonal hükümlerin saklı olduğu belirtilmektedir. Bu yönde MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 12; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 34.

¹⁶⁰ Müteselsil borçlulukta iç ilişki bakımından tanınan kanuni halefiyetin uygulamada büyük bir öneminin olmadığını belirten MÜKOBGB / SCHMIDT, § 748, Rn. 11.

¹⁶¹ STAUDINGER / EICKELBERG, § 748, Rn. 22.

¹⁶² Müteselsil borçlulukta iç ilişkiye dair TBK m. 167'nin TBK m. 85'te düzenlenen bölünemeyen borçlulukta borçlular arası ilişkilerde de kıyasen uygulama alanı bulacağı yönünde KAPANCI, s. 83.

¹⁶³ Bu konudaki tartışmalar için bkz. YILDIRIR, Efe Can: *Birlikte Kefalet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 212, dn. 29.

¹⁶⁴ TBK m. 73 şu şekilde kaleme alınmıştır: "Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar."

¹⁶⁵ MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 3; SCHNEIDER, s. 142; EREL, Şafak: *Eşyaya Bağlı Borç*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1982, s. 89; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 421; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 599, dn. 28; STEINAUER, N. 1300; REY, N. 698; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, N. 1287; SİRMEN, s. 329; MANGİSCH, *OFK*, Art. 649, N. 2; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 5; PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 12; BRUNNER / WICHTERMANN, *BSK*, Art. 649, N. 9; SCHMID / HÜRLIMANN-KAUP, N. 762. Paydaşların kanundan ayrılarak başka bir gider ve yükümlülükler katılma düzeni üzerinde anlaşmaları -örneğin TMK m. 689/1 uyarınca yönetime, kullanıma ve yararlanmaya ilişkin yaptıkları düzenlemede kararlaşmalarını- TMK m. 694'te düzenlenen bu borcun eşyaya bağlı niteliğine etki etmeyecektir. Nitekim anılan olasılıkta bu yararlanma ve yönetim düzeni her ne kadar bir hukuki işleme dayansa da içerdiği düzenlemeler bir kere kararlaştırıldığında artık mülkiyet düzeninin bir parçası hâline gelir. Bu yönde SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 76; STREBEL, s. 1117.

¹⁶⁶ Borçlunun paylı mülkiyet birliğine aidiyetine de atıfta bulunan SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 76.

¹⁶⁷ Bu nitelendirmeye uyumlu olarak eşyaya bağlı borç ile ilgili genel bir tanım için bkz. EREL, s. 7.

Eşyaya bağlı borç niteliği, anılan yükümlülüğün payın devriyle birlikte devredenden devralana geçmesi sonucunu doğurur¹⁶⁸. Payın devrinden -diğer bir ifadeyle taşınmazlarda yeni paydaş adına tescilden, taşınır bakımdan ise aynı sözleşme ile birlikte zilyetliğin devrinden¹⁶⁹- itibaren TMK m. 694 uyarınca doğacak katılım yükümlülüğünün borçlusu payın yeni sahibidir.

Öğretide de tartışılan sorun, bazı yazarlarca rücu borcunun da eşyaya bağlı borç olarak nitelendirilmesinden hareketle, devir öncesi TMK m. 694 uyarınca doğmuş rücu borçlarından diğer paydaşlara karşı kimin hangi kapsamla sorumlu tutulacağıın tespitidir¹⁷⁰.

Doktrindeki bir görüşe göre payı devreden, devir anında TMK m. 694/2 uyarınca doğmuş ve muaccel olmuş rücu borçlarından sorumlu olacak; diğer paydaşlar payı devralandan anılan yükümlülüklerle dair herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Bu bağlamda payın devri anında doğmuş ancak henüz muaccel olmamış borçlardan ise devralan sorumlu olacaktır¹⁷¹.

Bazı yazarlar ise TMK m. 694'te düzenlenen borcun eşyaya bağlı niteliğinden hareketle devirden önce muaccel olmuş borçlardan hem payı devreden hem de devralanın sorumlu olacağını ileri sürmektedir¹⁷².

Çoğunluğu oluşturduğu söylenebilecek bir başka yaklaşım ise meseleyi borcun doğum ve muacceliyet anları bakımından bir ayırım yapmaksızın ele almaktadır. Bu bağlamda payı devreden devirden önce doğmuş borçlardan sorumluluğu devam edecektir¹⁷³. Nitekim doğduğu hukuki ilişki gibi ilgili borç da eşyaya bağlı olup aynı bağlılığın sona ermesiyle anılan yükümlülük eski borçlu için geçmişe değil ileriye etkili olarak sona erecektir¹⁷⁴. Bu görüşe esasen katılmakla birlikte *Simonius / Sutter*, edimin içeriğine göre yaptığı bir değerlendirmeden hareketle, istisnai de olsa bazı durumlarda devirden önce doğmuş bazı borçların devralandan talep edilmesinin mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Yazarların yaptığı ayırma göre para vermeden ibaret olan edim yükümlülüğü -çoğunluk yaklaşımına uygun olarak- ancak ilgili borcun doğduğu anda paydaş olandan talep edilebilir. Bu bağlamda payı devralan, devirden önce doğmuş olan para borçlarından sorumlu olmayacaktır. Bununla birlikte yazarlar para verme dışındaki edimler bakımından -çoğunluk yaklaşımından farklı olarak- belirleyici olanın, ilgili yükümlülük devirden sonra muaccel olsa bile, talep anında payın kime ait olduğu görüşündedir¹⁷⁵.

Öncelikle belirtmek gerekir ki eşyaya bağlı borçlar; konusu olumlu bir edim olan, borçlusu ile alacaklısı bir eşya üzerindeki aynı yetki veya fiili hakimiyete göre belirlenen ve kanunda sınırlı sayıda düzenlenmiş yükümlülüklerdir¹⁷⁶. Bir borca eşyaya bağlı nitelik kazandıran esaslı unsurlardan biri,

¹⁶⁸ STREBEL, s. 1117. Benzer yönde bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, N. 1287 SİRMEN, s. 329; BRUNNER / WICHTERMANN, BSK, Art. 649, N. 9.

¹⁶⁹ HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art. 646, N. 10-11; KURŞAT, s. 74. Payın devrine uygulanacak düzenlemelerin tespitinde paylı mülkiyetin konusunun -daha açık bir ifadeyle eşyanın- taşınır mı yoksa taşınmaz mı olduğunu hususunda belirleyici olduğunu genel tespitle yetinen MEIER-HAYOZ, BK, Art. 646, N. 61.

¹⁷⁰ Benzer tespit için bkz. STREBEL, s. 1117.

¹⁷¹ GARAHAM-SIEGENTHALER, BK, Art. 649, N. 30; MEIER-HAYOZ, BK, Art. 649, N. 13. Bununla birlikte son anılan yazar, paylı mülkiyetin sona erdirilmesinden önce tazminat borçlarına ilişkin rücu sağlanamamış ise rücu alacaklısının önceki maliklerin tamamından bunu talep edebileceği görüşündedir.

¹⁷² BERTAN, M. 626, N. 3. Atf yaptıkları eserden bu şekilde anlaşılabilir GÜRİSOY / EREN / CANSEL, s. 421.

¹⁷³ Bu yönde anlaşılabilir REY, N. 698; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 131.

¹⁷⁴ Böylelikle aynı hakkın sahibinin kişiliğinde önceden doğmuş ve şahsi sorumluluğunu gerektiren borç ortadan kalkmayacak ve hakkın geçiş anında muaccel olup olmaması bir sonuç doğurmayacaktır. Eşyaya bağlı borçlarda aynı hakkın eski sahibinin durumuna yönelik genel değerlendirmeler bağlamında bu tespitlerde bulunan DESCHENAUX, Henri: "Obligations Propter Rem", *Ius et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 1959, s. 742-743. Paylı mülkiyet payının devriyle ilgili benzer anlaşılabilir SCHNEIDER, s. 144; STREBEL, s. 1119; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, N. 1287; SİRMEN, s. 329; PERRUCHOUD, CR CC, Art. 649, N. 12; ÖZCAN, s. 108.

¹⁷⁵ SIMONIUS / SUTTER, § 14, Rn. 77.

¹⁷⁶ Bir tanım vermese de belirttiğimiz nitelikleri vurgulayan EREL, s. 6-9. Benzer bir tanım için bkz. EBERHARD, s. 1004.

tarafların tespitinde onların bir eşyaya ilişkin ilişkilerinin esas alınmasıdır¹⁷⁷. Eşyaya bağlı borç niteliği ile ilgili diğer belirleyici husus ise bu niteliğin borcun doğum imkânı ile ilgili olduğudur¹⁷⁸. Sürekli borç ilişkisi niteliği de taşıyabilecek eşyaya bağlı borçtan doğan bir defa doğan münferit borçlar ise alelade borç niteliğindedir. Eşyaya bağlı olmayan bu münferit borçlar ilgili eşyanın devrinden sonra eski malikin sorumlu olduğu bir yükümlülükler olarak varlıklarını sürdürürler. Bu bilgiler ışığında kanaatimizce TMK m. 694'te eşyaya bağlı borç olarak düzenlenmiş olan, giderlere ve yükümlülükler katılım borcudur¹⁷⁹. Nitekim paylı mülkiyet ilişkisinin kurulmasıyla doğan ve borçluları paylı malikler olan bu sürekli borç TMK m. 694/2'de düzenlenen rücu borcunun da doğum imkânını teşkil eder. Bu bağlamda kanaatimizce katılım payı borcu ile rücu borcu ayrı ayrı ele alınması gereken bağımsız borçlar değildir. Nitekim gider ve yükümlülükler katılım borcunun bulunmadığı bir düzende rücu borcuna yer yoktur. Bu bağlamda paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren bir gider veya yükümlülük ile ilgili rücu borcu, alacaklıya dış ilişkide paylı malikin kendi payından daha fazla kazandırmada bulunmasıyla münferiden doğar ve alelade bir borçtur¹⁸⁰. Rücu borcunun borçlusunun diğer paydaşlar olmasının sebebi ise onların giderlere katılmakla yükümlü olmalarıdır. Bütün bu açıklamalar karşısında payın devriyle devredilecek olanın, sadece kökenini paylı mülkiyet ilişkisinde bulan ve rücu borcuna da doğum imkânı sağlayan TMK m. 694/1'de düzenlenen paylı mülkiyetten kaynaklanan veya paylı malı ilgilendiren gider ve yükümlülükler katılma borcu olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda devreden pay sahipliği döneminde doğmuş olan rücu borçlarından ise sadece onun sorumlu olması gerektiğini ve payın devriyle birlikte devralana bu borçların intikal etmeyeceği düşüncesindeyiz¹⁸¹. Payı devrederek paylı mülkiyet birliğinden ayrıldan rücu borcunun ifasını talep etmenin neden olabileceği zorlukları ortadan kaldırmak için pay devir sözleşmesinde alacaklı paydaşların da katılacağı bir düzenlemeyle payı devralana borcun geçirilmesini sağlayan bir dış üstlenme düzenlemesinin de yapılmasında yarar vardır.

TMK m. 694'te düzenlenen borçların niteliği, paydaşın pay üzerindeki hakkından feragat edip payını terk etmesi durumu bakımından da sonuç doğurmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki bir malikin payını terk etmesi durumunda diğer maliklerin diğer paydaşların haklarının -onların rıza göstermesine gerek olmaksızın- payları oranında büyüyeceği kabul edilmektedir¹⁸². Diğer paydaşların pay oranlarındaki artış, her bir diğer paydaşın eşyaya bağlı borç niteliği taşıyan paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren gider ve yükümlülükler katılma borcuna ilişkin -aksi kararlaştırılmadıkça- temel ölçütün değişmesi sonucunu doğuracaktır. Bununla birlikte terk eden malikin pay sahipliği döneminde doğmuş olan rücu borçları bakımından ise payın devriyle ilgili yaptığımız değerlendirmede ulaştığımızdan farklı bir hukuki sonucun doğmayacağı kanaatindeyiz¹⁸³.

SONUÇ

TMK m. 694/1'e göre paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer yükümlülükler, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paydaşlar tarafından payları oranında karşılanır. Anılan düzenleme paydaşların paylı mülkiyete tabi mal ile arasında nesnel bağ bulunan

¹⁷⁷ GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Realobligationen, N. 503.

¹⁷⁸ Doktrinde eşyaya bağlı borcun geniş anlamda borç olabileceği ifade edilmekte geniş anlamda borç kavramı ile de "borcun doğum imkânının" kastedildiği ileri sürülmektedir. Bunun için bkz. EREL, s. 7. Geniş anlamda borç ilişkisinin yerleşik anlamı dikkate alındığında eşyaya bağlı borcun geniş anlamda borç olabileceği tespitinden ise borç doğma imkânı üzerinden yapılan saptamanın daha tercih edilebilir olduğu görülmektedir.

¹⁷⁹ Aynı yönde EREL, s. 91-92.

¹⁸⁰ TMK m. 694/2'de düzenlenen rücu borcunu eşyaya bağlı borç olarak nitelendirerek kanaatimizce isabetsiz değerlendirmede bulunan MEIER-HAYOZ, *BK*, Art. 649, N. 13; PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 12; GRAHAM-SIEGENTHALER, *BK*, Art. 649, N. 5; STREBEL, 1116; DOMEJ / P. SCHMIDT, *KUKO*, Art. 649, N. 5.

¹⁸¹ Benzer OĞUZMAN, Kemal: "Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar", *Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 240.

¹⁸² KURŞAT, s. 100-101.

¹⁸³ Benzer BERTAN, M. 626, N. 8; KURŞAT, s. 101. Karş. STREBEL, s. 1122; PERRUCHOUD, *CR CC*, Art. 649, N. 12.

giderler bakımından katkıda bulunma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Yönetim giderleri, geçerli şekilde yerine getirilmiş yönetim faaliyetlerinden kaynaklanan bütün harcamalar olarak tanımlanabilir. Vergiler ifadesi ile bu kanuni düzenlemede kastedilen, paylı mülkiyete tabi malın tamamına yönelik olarak kamusal ihtiyaçların karşılanması için devlet tarafından tahsil edilen karşılıksız ve kesin parasal edimler anlaşılmalıdır. Yönetim giderleri ile vergiler dışında kalan ve paylı mülkiyetten doğan veya paylı mülkiyetin tamamını ilgilendiren özel veya kamu hukukundan doğan borçlar ise “diğer yükümlülükler” kapsamında değerlendirilmelidir.

Maliklerin paylı mülkiyetten kaynaklanan giderlerden ve yükümlülüklerden dış ilişkide üçüncü kişilere karşı sorumluluklarına dair kanun koyucu tarafından bu birlikte mülkiyet türü ile ilgili düzenlemelerde herhangi bir özel hüküm sevk edilmemiştir. Bundan hareketle paydaşların paylı mülkiyetten kaynaklanan veya paylı malı ilgilendiren yükümlülüklerden üçüncü kişilere karşı sorumlulukları ilgili borç kaynağının tabi olduğu hükümlere göre belirlenir. Sözleşmeden doğan borçlarda bütün maliklerin yükümlülük altına girebilmesi kural olarak ya paydaşların tamamının sözleşme ilişkisine taraf olmasıyla veya ilgili hukuki işlemin bizzat yetkili bir şekilde paydaş veya üçüncü kişi tarafından onların ad ve hesabına gerçekleştirilmesiyle mümkündür. Maliklerin paylı mülkiyet konusu mal ile sıkı bağlantı içindeki sözleşmelerden doğan borçlardan sorumlulukları bakımından yüklenilen edimin niteliği önem taşır. Edim bölünebilir nitelikte ise paylı maliklerin dış ilişkideki sorumluluklarında, kural olarak, kısmi borçluluğa ilişkin kurallar uygulanır ve bu bağlamda alacaklı her bir paydaştan azami olarak payına düşen alacak miktarı kadar talepte bulunabilir. Maliklerin paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren sözleşmelerden doğan borçlardan müteselsilen sorumlu olmaları için ise paylı mülkiyet ilişkisi yeterli olmayıp paydaşlardan her birinin borcun sona ermesine kadar borcun tamamından sorumlu olduğunun sözleşmede kararlaştırılmış olması veya kanundan kaynaklanması gerekmektedir.

Her paydaş, kusuru ile işlediği zarar doğurucu hukuka aykırı fiilden kural olarak tek başına sorumlu olup paylı mülkiyetin varlığı ilgili davranıştan maliklerin birlikte sorumluluğunu doğurmaya tek başına yeterli değildir. Bununla birlikte paylı malikler, TBK m. 69'e göre paylı bina ile diğer yapının yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan veya TMK m. 730 uyarınca bu birlikte mülkiyet türüne tabi taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalara aykırı kullanımından kaynaklanan zararlardan müteselsilen sorumludur.

TMK m. 694, paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yükümlülüklerin yerine getirilmesi için alacaklıya yapılan kazandırmaların ifade bulunan malik veya malikler üzerinde doğurduğu yükün iç ilişkide paydaşlar arasındaki paylaşımını konu edinmektedir. TMK m. 694, her bir paydaşın paylı mülkiyete tabi malın tamamını ilgilendiren yükümlülüklerden diğerlerine karşı payı oranında sorumlu olduğunu düzenleyerek iç ilişkiye yönelik kanuni bir karine sevk etmektedir. Paylı mülkiyet bağlamında maliklerin haklarının paylarına göre belirlenmesine yönelik kural ile uyumlu olan bu karine paylı mülkiyet için kabul edilen ve her bir paydaşın kendi payıyla orantılı muamele görmesi olarak tanımlanabilecek “göreceli eşit muamele” ilkesinin somut bir görünümünü teşkil etmektedir. TMK m. 694 emredici nitelik taşımadığından paydaşların TMK m. 689/1 uyarınca oybirliği ile paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren bir yükümlülüğün iç ilişkide neden olacağı yükün paylaşımına dair kanuni düzenden ayrılan bir sözleşme yapmaları mümkündür. Paylı maliklerin iç ilişkideki sorumluluk paylarının kanuni karineden farklı kararlaştırıldığını iddia eden bunu ispat etmekle yükümlüdür.

Paylı malikin kendi yetkisinde olmayan bir borcu ifası durumunda (örneğin gerekli nisap sağlanmaksızın önemli bir yönetim işine veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine ilişkin masraflar yapılması) diğerlerine rücuu, diğer paydaşlar buna dair işin görülmesi esnasında veya sonrasında açık veya zımni bir icazet göstermedikçe, ancak vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca mümkün olabilir.

TMK m. 694 uyarınca rücu hakkını kazanan malik, paydaşlarına alacaklıya kazandırdığı kendi payını aşan miktar için ancak payları oranında başvurabilecek olup bu bağlamda diğer paydaşlar ara-

sında rücu alacaklısına karşı bir teselsülün varlığından kural olarak bahsedilemez. TMK m. 694/2'den kaynaklanan rücu borcunun yerine getirilmemesi borçların ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlere tabidir. Paylı mülkiyete tabi eşyanın taşınır olması durumunda ise TMK m. 694/2'ye göre rücu hakkına sahip paydaş bu borcun güvencesi olarak, şartlarının mevcudiyeti hâlinde, taşınır mal üzerinde hapis hakkını haizdir.

TMK m. 694'ün konusunu teşkil eden paylı mülkiyetten kaynaklanan veya paylı malı ilgilendiren giderlere ve yükümlülükler katkıda bulunma borcu kanundan doğan eşyaya bağlı borç niteliğindedir. Bununla birlikte paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren bir gider veya yükümlülük ile ilgili rücu borcu, alacaklıya dış ilişkide paylı malikin kendi payından daha fazla kazandırmada bulunmasıyla münferiden doğar ve alelade bir borçtur. Bu bağlamda payın devriyle devredilecek olan sadece kökenini paylı mülkiyet ilişkisinde bulan ve rücu borcuna da doğum imkânı sağlayan TMK m. 694/1'de düzenlenen paylı mülkiyetten kaynaklanan veya paylı malı ilgilendiren gider ve yükümlülüklere katılma borcudur. Bununla birlikte devreden pay sahipliği döneminde doğmuş olan rücu borçlarından ise sadece onun sorumlu olması gerekmekte olup payın devriyle birlikte devralana bu borçlar intikal etmez.

KAYNAKÇA

- AEBI-MÜLLER, Regina E. / MÜLLER, Christoph (Hrsg.): *Berner Kommentar, Das Eigentum - Allgemeine Beziehungen - Art. 641-654a*, Stämpfli Verlag, Bern, 2022 (Yazar, BK).
- AKÇAAL, Mehmet: “Yargıtay’ın Güncel İçtihatları Işığında Muhdesat”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2022, Sayı 51, s. 77-112.
- ARPACI, Abdülkadir: *Türk Medeni Kanunu Açısından Müsterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990.
- AYAN, Mehmet: “Paylı Mülkiyette Yönetim”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 10, Sayı 3-4, s. 7-21 (Yönetim).
- AYAN, Mehmet: *Eşya Hukuku, Cilt: II, Mülkiyet*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020 (Eşya).
- BAŞ SÜZEL, Ece: *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- BAŞ, Ece: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Diğer Yapı Eserlerinden Sorumluluk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- BAYSAL, Başak: *Haksız Fiil Hukuku, BK m. 49-76*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- BERTAN, Suad: *Aynî Haklar, Medenî Kanununun 618-764’üncü Maddelerinin Şerhi, Cilt: 1: M. K. 618-702*, Balkan Basım ve Cilt Evi, Ankara, 1976.
- BÜCHLER, Andrea / DOMINIQUE, Jakob (Hrsg.): *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018 (Yazar, KUKO).
- DESCHENAUX, Henri: “Obligations propter rem”, *Ius et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 1959, s. 711-747.
- EBERHARD, Philipp: “Die Realobligation”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 2021, Sayı 117, s. 1003-1014.
- EREL, Şafak: *Eşyaya Bağlı Borç*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1982.
- EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal: *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt II m. 49-82*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: *Taşınır Mülkiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- FELLMANN, Walter / MÜLLER, Karin: *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band IV, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband, Artikel 530-544 OR*, Stämpfli Verlag, Bern, 2006.
- GEISER, Thomas / WOLF, Stephan (Hrsg.): *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 7. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2023 (Yazar, BSK).
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu: *Kat Mülkiyeti I*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Kayımlık*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- GÜRSOY, Kemal Tahir / EREN, Fikret / CANSEL, Erol: *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984.
- HAAB, Robert / SIMONIUS, August / SCHERRER, Werner / ZOBL, Dieter: *Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB*, 2. Baskı, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1977.
- HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.
- HAU, Wolfgang / POSECK, Roman (Hrsg.): *Beck’scher Online Kommentar BGB*, 67. Edition, C.H. Beck, München, 2023 (HAU / POSECK / Yazar).
- IŞIK, Serpil: “Medenî Usûl Hukuku Açısından Türk Borçlar Kanunu’nun 60’inci Maddesinin Değerlendirilmesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 9, Sayı 2, s. 385-416.

- KANETİ, Selim / EKMEKÇİ, Esra / GÜNEŞ, Gülsen / KAŞIKÇI, Mahmut: *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- KAPANCI, Kadir Berk: *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- KESER, Yıldırım: *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / NOBEL, Peter / SCHWANDER, Ivo / WOLF, Stephan (Hrsg.): *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2011 (Yazar, OFK).
- KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / WOLF, Stephan / ARMSTUTZ, Marc / FANKHAUSER Roland (Hrsg.): *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021 (Yazar, OFK).
- KURŞAT, Zekeriya: *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*, Arıkan Basım Dağıtım, İstanbul, 2008.
- LEEMANN, Hans: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, I. Abteilung, Art. 641-729*, 2. Baskı, Verlag von Stämpfli & Cie, Bern, 1920.
- MEIER- HAYOZ, Arthur: *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen; Artikel 641-654*, 5. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 1981.
- NOMER, Halûk N.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- NOMER, Halûk Nami / ERGÜNE, Mehmet Serkan: *Eşya Hukuku*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- OFTINGER Karl: *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung*, 4. Baskı, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1987.
- OĞUZMAN, Kemal: “Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar”, *Medenî Kanun 50. Yıl Sempozyumu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 225-250.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II*, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: *Eşya Hukuku*, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- OSER, Hugo / SCHÖNENBERGER, Wilhelm: *Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183*, 2. Baskı, Schulthess&Co, Zürich, 1929.
- ÖZCAN, Zeynep: *Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZEN, Burak: *Haksız Zilyedlikte İade*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- ÖZTAŞ, İlker: *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- PISCHONNAZ, Pascal / FOËX, Bénédict / PIOTET, Denis (Éd): *Commentaire romand Code civil II*, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2016 (Yazar, CR CO).
- REY, Heinz: *Grundriss des Schweizerischen Sachenrechts, Band I, Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, 3. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2007.
- SÄCKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LIMPERG, Bettina (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Schuldrecht-Besonderer Teil IV, § 705-853, Partnergesellschaftsgesetz- Produkthaftungsgesetz*, 8. Baskı, C.H. Beck, München, 2020 (MÜKOBGB / Yazar).
- SCHMID, Jörg / HÜRLIMANN-KAUP, Bettina: *Sachenrecht*, 6. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2020.
- SCHNEIDER, Benno: *Das schweizerische Miteigentumsrecht*, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1973.
- SEROZAN, Rona: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

- SIMONIUS, Pascal / SUTTER, Thomas: *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel & Frankfurt am Main, 1995.
- SİRMEN, Lâle: *Eşya Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- SOERGEL, Hans-Theodor (Begr.): *Soergel Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 11/I, Schuldrecht 9/I §§705-758*, 13. Baskı, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2012 (SOERGEL / Yazar).
- STEINAUER, Paul-Henri: *Les droits réels*, 3. Baskı, Stämpfli Editions, Berne, 1997.
- STREBEL, Lorenz: “Der Ausgleichsanspruch des Miteigentümers gemäss Art. 649 Abs. 2 ZGB”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2010, s. 1113-1126.
- SUTTER-SOMM, Thomas: *Schweizerisches Privatrecht, V/I, Eigentum/Besitz*, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.
- TANDOĞAN Halûk: *Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Mes’uliyet).
- TANDOĞAN, Halûk: *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku bakımından Vekâletsiz İş Görme*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957 (Vekâletsiz İş Görme).
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halûk / ALTOP, Atilla: *Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik- Tapu Sicili- Mülkiyet*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- TERCIER, Pierre / AMSTUTZ, Marc (Éd.): *Commentaire Romand, Code des obligations II, Art. 530-1186 CO*, 2. Baskı, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017 (Yazar, CR).
- VON GAMM, Otto-Friedrich Freiherr: *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes*, 12. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin & New York, 1978.
- VON STAUDINGER, Julius: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch: 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 741-764 (Gemeinschaft, Leibrente, Spiel)*, Otto Schmidt - De Gruyter, Berlin, 2021 (STAUDINGER / Yazar).
- VON TUHR, Andreas / PETER, Hans: *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 3. Baskı, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1984.
- WESTERMANN, Harm Peter / GRÜNERWALD Barbara / MAIER-REIMER Georg (Hrsg.): *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Baskı, Ottoschmidt, Köln, 2020 (ERMAN / Yazar).
- WIELAND, Carl: *Kanunu Medenî’de Ayni Haklar*, (Çev.) KARAFAKI, İsmail Hakkı, 2. Baskı, Yeni Cezaevi Yayınevi, Ankara, 1946.
- YILDIRIR, Efe Can: *Birlikte Kefalet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Kamu Kurumlarında Görevden Alınan Üst Kademe Yöneticilerin Uzman Kadrolarına Atanmasını Öngören 375 sayılı KHK Hükümünün Anayasal Eleştirisi^(*)



*Constitutional Criticism of the Decree Law No. 375 Providing the
Appointment of Discharged Top Executives to Expert Staff in
Public Institutions*

Yalçın ARSLANTÜRK



Doktor, Uzman

Tarım ve Orman Bakanlığı

Anahtar Kelimeler

*Anayasa'nın
Üstünlüğü,
Geriye Yürümezlik,
Kamu Hizmetlerine
Girme Hakkı,
Kanun Önünde Eşitlik,
Normlar Hiyerarşisi.*

Öz

Hukuki düzenlemelerin hukuk sistemi içindeki kuvveti normlar hiyerarşisiyle belirlenmektedir. Hiyerarşinin en üstünde Anayasa'nın yer alması nedeniyle kanunların ve diğer alt düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olmaması gerekmektedir. Aksi durumda kanunların Anayasa'ya aykırı hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptali söz konusu olmaktadır. Bu çerçevede çalışmada, kamuda görev süreleri sona eren veya görevden alınan üst kademe yöneticilerin, uzman veya mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle hak kazanılan diğer kadrolara atanmasına ilişkin yapılan kanuni düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğu tartışma konusu yapılmıştır. Zira sınav ve diğer koşulları yerine getirmek kaydıyla söz konusu kadrolara atama yapılmasını düzenleyen kanun hükmü var iken başka bir kanuni düzenlemeyle, bu şartlar aranmaksızın, üst kademe yöneticilerini atama imkânı tanınmıştır. Çalışmada söz konusu düzenlemenin, Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik" ve "kamu hizmetlerine girme hakkı" hükümlerine aykırılık teşkil etmiş olduğu, gerekçeleriyle ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Ayrıca böyle bir değerlendirmenin somut norm denetimi neticesinde Anayasa Mahkemesince de kabulü durumunda düzenleme Mahkemece iptale konu olacaktır. Bu da kazanılmış hak ve adalet ilkeleri çerçevesinde iptal kararının geriye yürüme konusunun çalışmada ayrıca tartışılmasını gerekli kılmıştır. Bu tartışma ise mevcut Anayasa hükmü ve doktrindeki görüşler kapsamında yapılmakla birlikte konuya ilişkin mümkün olduğunca adalet ilkesinin tesisini sağlayacak yeni bir anayasal öneri de sunulmuştur.

Keywords

*Supremacy of the
Constitution,
Retrospectivity,
Right to Access Public
Service,
Equality Before the
Law,
Hierarchy of Norms.*

Abstract

The strength of legal regulations within the legal system is determined by the hierarchy of norms. Since the Constitution is at the top of the hierarchy, laws and other sub-regulations should not be contrary to Constitution. Otherwise, unconstitutional provisions of the laws will be annulled by the Constitutional Court. In this context, in this study, the constitutionality of legal arrangement regarding the appointment of top executives whose term of office has expired or dismissed, to expert positions or to other positions that have been qualified by subjecting a job-specific competitive examination, has been discussed. Because, while there is a legal provision regulating the appointment to the said positions provided that the exam and other conditions are fulfilled, another legal regulation has given the opportunity to appoint top level executives without seeking these conditions. In the study, it has been tried to put forward with the justifications that the regulation in question constitutes a violation of the provisions of the Constitution "equality before the law" and "the right to enter public services". In addition, if such an assessment is accepted by the Constitutional Court as a result of concrete norm review, the regulation will be subject to annulment by the Court. This necessitated the discussion of the retrospective action of annulment

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 26.10.2023, Kabul Tarihi: 15.12.2023.

decision within the framework of the principles of vested rights and justice. This discussion, on the other hand, has been made within the scope of the current Constitutional provision and the views in the doctrine, and a new constitutional proposal has been presented that will ensure the establishment of the principle of justice as much as possible on the subject.

GİRİŞ

Kamu kurum ve kuruluşları, kanuni düzenlemelere dayanarak uzman ve mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle hak kazanılan diğer kadrolarda personel istihdam edebilmektedir. Mevzuatta söz konusu kadrolara atama için giriş sınavı, tez, yeterlilik sınavı ve yabancı dil belgesi gibi ilave şartlar belirlenmektedir. Bu itibarla ancak söz konusu şartları yerine getirebilenlerin bahse konu kadrolara atanması mümkün olabilmektedir.

Bununla birlikte “657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı ve Kıdem Aylığı ile Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”¹ (375 sayılı KHK) ile bu kadrolara ilişkin atama hükümlerine istisna getirilmiştir. KHK’de yapılan düzenlemeyle² görev sürelerinin sona ermesi veya görevden alınmaları durumunda üst kademe kamu yöneticilerinin yöneticilik görevlerinde üç yılı tamamlamaları hâlinde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda³ hüküm altına alınan “mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alınan” kadrolara hiçbir şekilde hak kazanamamış olsalar dahi bu kadro ve pozisyonlara atanabileceğine hükmedilmiştir. Böylelikle mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle hak kazanılan uzman ve diğer kadrolara üst kademe yöneticilerin atanması konusunda bu kadrolar için mevzuatta belirlenen gerekli koşulların aranmamasına ilişkin bir muafiyet oluşturulmuştur. Söz konusu kanuni düzenlemeyle yapılan muafiyetin Anayasa hükümleri karşısında değerlendirilmesi çalışmanın amacını teşkil etmektedir. Zira getirmiş olduğu muafiyet nedeniyle bu düzenlemenin, kanun önünde eşitlik ve kamu hizmetine girme hakkına ilişkin Anayasa hükümlerine aykırı olabileceğine ilişkin düşünce hasıl olmuştur. Söz konusu düzenlemenin Anayasa hükümleri karşısındaki konumu, mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle hak kazanılan kadroların tamamı açısından aynı niteliğe sahiptir. Zira bu kadrolar için bir yarışma sınavı şartı getirilmiş olmasına rağmen tartışma konusu düzenlemede bu şart atlanarak üst kademe yöneticilerin bu kadrolara atanmasına imkân tanınmıştır. Ancak somut bir örnek üzerinden hukuki analizin gerçekleştirilmesi amacıyla çalışmada söz konusu kadrolardan uzman kadrosu üzerinden tartışma gerçekleştirilmiştir. Böylece üst kademe yöneticilerin giriş sınavı dışında diğer hangi şartları yerine getirmemiş olabileceği daha açık bir şekilde ortaya koyulmuştur. Zira söz konusu kadrolar arasında giriş sınavının kazanılmasıyla “yardımcı” pozisyonunda mesleğe giriş sonrasında tez, yeterlilik sınavı veya dil belgesi gibi asli kadroya hak kazanmaya ilişkin unsurlarda farklılıklar olabilmektedir.

Çalışmada söz konusu düzenlemenin Anayasa hükümleri karşısında değerlendirilmesinin yanı sıra iptal kararlarının geriye yürüme meselesi de tartışma konusu yapılmıştır. Zira Anayasa Mahkemesinin böyle bir düzenlemeyi iptal etmesi durumunda iptal kararının hükümlerini doğurma zamanı önem arz etmektedir. İptal kararlarının geriye yürüme konusuna ilişkin olarak Anayasa’da yer alan hüküm doğrultusunda yapılan değerlendirmeye birlikte bu konuda daha ideal bir düzenlemenin nasıl olabileceğine yönelik kısa bir hukuki tartışma da gerçekleştirilmiştir. Bu tartışmanın temel dayanağını, aynı kanunun herkese aynı şekilde uygulanmasıyla adalet ilkelerinin daha sağlam tesisine ilişkin hukuki görüş oluşturmuştur.

¹ 30.06.1989 tarihli ve 20211 mükerrer sayılı Resmî Gazete.

² Ek 35’inci maddenin dokuzuncu fıkrası.

³ 23.07.1965 tarihli ve 12056 sayılı Resmî Gazete.

Çalışmada öncelikle kamu kurum ve kuruluşlarında uzman kadrosuna atama yapılmasını mümkün kılan genel hükümler aktarılmış, sonrasında ise çalışmanın esas tartışma konusu olan üst kademe yöneticilerinin bu kadrolara atanma işleminin dayanağı açıklanmıştır. Normlar hiyerarşisi uyarınca Anayasa'nın üstünlüğü ilkesine yönelik açıklamalara müteakiben söz konusu atama işlemine ilişkin düzenlemenin Anayasa hükümleri karşısındaki değerlendirmesi yapılmıştır. Son olarak Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürütme konusu ve özellikle çalışmada ele alınan düzenleme açısından buna ilişkin olarak hukuk düzeninde nasıl bir yaklaşım benimsenebileceği tartışma konusu yapılmıştır. Bu konunun tartışılmasının gerekçesi, çalışmada ele alınan düzenlemenin olası akıbetini yakından ilgilendirmesidir. Ancak tartışma sınırlı tutulmuştur. Zira Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürütmesi konusu çok daha kapsamlı bir hukuki tartışma gerektirmekte olup başlı başına ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil etmektedir.

I. KARIYER UZMANLIĞININ HUKUKİ STATÜSÜ

A. Kamu Kurumlarında Uzman Kadrosuna Atamaya İlişkin Genel Hükümler

Kamu kurum ve kuruluşlarında gerçekleştirilen uzman istihdamı dayanağını, 657 sayılı Kanun'dan almaktadır. Kanun'daki "*Bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmalarına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi kaydıyla kurumun görev alanına giren konularda çalıştırılmak üzere merkez teşkilatlarında, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığında, Yükseköğretim Kalite Kurulunda, Genelkurmay Başkanlığı ve kuvvet komutanlıklarının merkez karargâhlarında uzman ve uzman yardımcısı istihdam edilebilir.*" hükmüne⁴ istinaden bu kurum ve kuruluşlar uzman ve uzman yardımcısı istihdamı gerçekleştirmektedir.

657 sayılı Kanun, bu kadrolara atamada memur kadrosu için belirlenen şartlara ilave şartlar belirlemiştir. Öncelikle uzman kadrosuna atanabilmek için atanması gerekli olan uzman yardımcılığı kadrosu için gerekli şartlar düzenlenmiştir.

Uzman yardımcılığına atamada gerekli öğretim durumu, "*Uzman yardımcılığına atanabilmek için; 48 inci maddede sayılan şartlara ek olarak, yapılacak yarışma sınavında başarılı olma ve en az dört yıllık lisans eğitimi veren hukuk, siyasal bilgiler, iktisat, işletme, iktisadi ve idari bilimler fakültelerinden veya bu bakanlıklar ve kurumlarca yürütülen kurumsal hizmet gerekleri çerçevesinde en az dört yıllık lisans eğitimi veren ve yönetmelikle belirlenen yükseköğretim kurumlarından ya da bunlara denkliği Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen yurtiçindeki veya yurtdışındaki öğretim kurumlarından mezun olma şartı aranır.*"⁵ şeklinde belirlenmiştir.

Uzman yardımcılığı için yapılacak sınavlara yönelik "*Uzman yardımcılığı mesleğe özel yarışma sınavı ile alınır. Uzman yardımcılığı giriş sınavı merkezi sınav sonuçlarına göre; yazılı ve sözlü sınav veya yalnızca sözlü sınavdan oluşur. Öğrenim dalları itibarıyla belirlenecek uzman yardımcılığı kadrolarına giriş sınavı için, eleme sınavı sonucunda aranacak puan türleri, taban puanları ve sınavda alınan başarı derecelerine göre çağrılacak aday sayısı tespit edilerek, giriş sınavı duyurusuyla ilan edilir. Ancak, giriş sınavına çağrılacak aday sayısı, atama yapılacak kadro sayısının yirmi katından, yalnızca sözlü sınav yapılması hâlinde sözlü sınava çağrılacak aday sayısı giriş sınavı duyurusunda belirtilen kadronun dört katından fazla olamaz. Yazılı sınav, kurumun görev alanına göre yönetmelikle belirlenen konulardan yapılır. Yazılı sınav sonucunda yetmiş puandan az olmamak üzere, en yüksek puandan başlanarak giriş sınavı duyurusunda belirtilen kadronun dört katına kadar aday sözlü sınava çağrılır.*" hükümlerine yer verilmiştir⁶.

⁴ Ek madde 41/1.

⁵ Ek madde 41/2.

⁶ Ek madde 41/3.

Uzman kadrosuna atanma için uzman yardımcılığındaki gerekli görev süresi ve sonrasındaki uzmanlık tezi ve yeterlilik sınavı ile yabancı dil yeterliliği şu hükümlerle düzenlenmiştir:

“Uzman yardımcılığına atananlar, en az üç yıl çalışmak ve istihdam edildikleri birimlerce belirlenecek konularda hazırlayacakları uzmanlık tezi, oluşturulacak tez jürisi tarafından kabul edilmek kaydıyla yapılacak yeterlik sınavına girmeye hak kazanırlar. Süresi içinde tezlerini sunmayan veya tezleri kabul edilmeyenlere tezlerini sunmaları veya yeni bir tez hazırlamaları için altı ayı aşmamak üzere ilave süre verilir. Yeterlik sınavında başarılı olanların uzman kadrolarına atanabilmeleri, Kamu Personeli Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavından asgari (C), Dışişleri Uzmanlığı için asgari (B) düzeyinde veya dil yeterliği bakımından bunlara denkliği kabul edilen ve uluslararası geçerliliği bulunan başka bir belgeye yeterlik sınavından itibaren en geç iki yıl içinde sahip olma şartına bağlıdır. Sınavda başarılı olamayanlar veya sınava girmeye hak kazandığı hâlde geçerli mazereti olmaksızın sınav hakkını kullanmayanlara, bir yıl içinde ikinci kez sınav hakkı verilir. Verilen ilave süre içinde tezlerini sunmayan veya ikinci defa hazırladıkları tezleri de kabul edilmeyenler, ikinci sınavda da başarı gösteremeyen veya sınav hakkını kullanmayanlar ile süresi içinde yabancı dil yeterliliği şartını yerine getirmeyenler, uzman yardımcısı unvanını kaybederler ve kurumlarında durumlarına uygun memur unvanlı kadrolara atanırlar.”⁷.

Tüm bu hükümlerden görüleceği üzere uzman kadrolarına atanma için öncelikle uzman yardımcılığı için yazılı ve sözlü giriş sınavı kazanmak, sonrasında uzman yardımcısı olarak en az üç yıl çalışmak, bu süre sonunda uzmanlık tezini başarıyla tamamlamak ve nihayetinde yapılacak yeterlilik sınavını kazanmak gerekmektedir. Bunlara ilave olarak asgari (C) seviyesinde yabancı dil yeterlilik belgesine sahip olunması gerekmektedir. Bu itibarla kamu kurum ve kuruluşlarında uzmanlık, içinde pek çok sınav ve yeterlilik unsuru taşıyan şartların yerine getirilmesiyle hak kazanılabilen bir kariyer meslek unvanıdır. Zira 657 sayılı Kanun hükmü⁸ uyarınca uzman yardımcılığına atanmış ve üç yıllık görev süresini tamamlamış olmalarına rağmen tez, yeterlilik sınavı veya yabancı dil yeterlilik konularında başarı sağlayamayanlar uzman kadrosu yerine memur kadrolarına atanabilmektedir.

Yukarıda açıklaması yapılan uzmanlık mesleği bir kariyer uzmanlıktır. Zira 657 sayılı Kanun’un ek 41’inci maddesine göre bu unvanlara atanabilmek için önce yarışma sınavıyla uzman yardımcısı olarak atanmakta; sonrasında ise belirli süreler içinde tez, yeterlilik ve dil yeterliliği sınavları gibi aşamaların başarıyla tamamlanması gerekmektedir. Buradan hareketle uzman unvanına sahip tüm meslekler kariyer uzmanlığı nitelememektedir. Örneğin genel idari hizmetler sınıfına dâhil uzman unvanlı memur kadroları bulunabilmekte olup bunlar kariyer uzman kapsamına girmemektedir. Nitekim konuyla ilgili olarak açılan davalarda Danıştay⁹, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’ndaki düzenlemelerden hareketle yasa koyucunun kariyer uzmanlık kadrolarını, kadro unvanlarında uzman ibaresi bulunan “eğitim uzmanı”, “uzman”, “uzman tabip”, “adli tıp uzmanı”, “uzman jandarma”, “uzman öğretmen” kadroları gibi diğer memuriyet kadrolarından farklı bir hukuki statüde düzenlediğini; dolayısıyla bu gibi kadroların kariyer uzmanlıkla bir ilgisinin bulunmadığını belirtmiştir¹⁰.

İdari hizmetler sınıfına dâhil uzman unvanlı kadrolarda görev yapan kamu personelinin atama sırasında, yalnızca ek gösterge ve diğer mali haklardan yararlanma açısından kariyer uzmanlarla aynı haklara sahip olmaya yönelik olarak açmış oldukları davalarda da -Danıştay diğer davalarda olduğu gibi- bu uzman unvanlarıyla kariyer uzman unvanları arasındaki ayrımı net bir şekilde yapmıştır. Danıştay,

⁷ Ek madde 41/5.

⁸ Ek madde 41/5.

⁹ Danıştay, 5. D, T. 16.11.2017, E. 2016/17453, K. 2017/22930; Danıştay, 5. D, T. 16.11.2017, E. 2016/17444, K. 2017/22929; Danıştay, 5. D, T. 16.11.2017, E. 2016/17438, K. 2017/22927; Danıştay, 5. D, T. 16.11.2017, E. 2016/17435, K. 2017/22924; Danıştay, 5. D, T. 16.11.2017, E. 2016/17749, K. 2017/22931.

¹⁰ SÖYLER, Yasin: “Kariyer Uzmanlık Statüsü Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Düzenlenebilir mi?”, *Yasama Dergisi*, 2019, Sayı 39, s. 59.

657 sayılı Kanun'a ekli I sayılı Cetvel'in I/g maddesinde yer alan ek gösterge rakamından ancak bu Kanun'un ek 41'inci maddesi kapsamında söz konusu kadroya atanan personelin yararlanabileceğini, ek 41'inci madde kapsamında yer alan kariyer uzmanlar ile bu kapsamda yer almayan uzmanların mesleğe girişleri ve yeterliliklerinde farklı hukuki süreçlerin söz konusu olması nedeniyle eşitlik ilkesi açısından sakıncalı bir durumun da söz konusu olamayacağı gerekçeleriyle davacıyı haksız bulmuştur¹¹. Dolayısıyla kariyer uzmanlık mesleğinin getirmiş olduğu haklardan yararlanabilmek için bu statü içinde yer almanın gerekliliği, Danıştay kararlarında da belirtilmektedir¹².

B. Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Uzman Kadrosuna Atanma İşleminin Kanuni Dayanağı

Kamu kurum ve kuruluşlarında uzman kadrolarına atamalar, bir önceki bölümde yapılan açıklamalar uyarınca ancak 657 sayılı Kanun hükümleriyle belirlenen koşullar yerine getirilmek suretiyle yapılabilir. Nitekim 1 no.lu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde¹³ bakanlıkların teşkilatlanmalarına ilişkin bölümlerde yapılan atıflar¹⁴ uyarınca 657 sayılı Kanun'un ek 41'inci maddesine göre uzman istihdam edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte 375 sayılı KHK ile 657 sayılı Kanun'un uzman kadrolarına atamaya ilişkin hükümlerine istisna getirilmiştir.

375 sayılı KHK'ye 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹⁵ ile ilave edilen ek 35'inci maddesinin önce Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un¹⁶ (7247 sayılı Kanun) 18'inci maddesi, sonrasında ise Devlet Memurları Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹⁷ (7417 sayılı Kanun) 58'inci maddesiyle kısmi olarak değiştirilen dokuzuncu fıkrası şu şekildedir:

“Kamu görevlileri arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atanılardan;

a) Ek göstergesi bakanlık genel müdürü dengi ve daha yüksek tespit edilen üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerinden alınanlar veya görevleri sona erenler, Cumhurbaşkanlığına bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlarda müşavir veya danışman kadro veya pozisyonlarına ya da bakanlıkların merkez teşkilatlarında bakanlık müşaviri unvanlı kadrolara,

b) İl valilerinden görevden alınanlar, vali-mülkiye başmüfettişi unvanlı kadrolara,

c) (a) ve (b) bentleri dışında kalanlardan görevlerinden alınanlar veya görevleri sona erenler;

1) Daha önce 657 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesinin “Ortak Hükümler” bölümününün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan merkez teşkilatına ait kadrolar ile mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri ve yeterlikleri aynı veya benzer nitelik arz eden merkez teşkilatına ait kadro veya pozisyonlarda bulunanlar daha önceki bu kadro veya pozisyonlarına,

¹¹ Danıştay, 2. D, T. 12.12.2013, E. 2013/6149, K. 2013/11031.

¹² SÖYLER, s. 60.

¹³ 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete.

¹⁴ Örneğin Tarım ve Orman Bakanlığı için 440'ıncı maddenin birinci fıkrasında “Bakanlıkta 657 sayılı Kanun'un ek 4'üncü maddesine göre Tarım ve Orman Uzmanı ile Tarım ve Orman Uzman Yardımcısı istihdam edilebilir.” hükmü bulunmaktadır.

¹⁵ 09.07.2018 tarihli ve 30473 sayılı üçüncü mükerrer Resmî Gazete.

¹⁶ 26.06.2020 tarihli ve 31167 sayılı Resmî Gazete.

¹⁷ 05.07.2022 tarihli ve 31887 sayılı Resmî Gazete.

2) (1) numaralı alt bent kapsamında yer almayanlar, bu bent kapsamındaki kadro, pozisyon ve görevlerde toplam en az üç yıl görev yapmış olmaları halinde görevden alındığı veya görevinin sona erdiği kuruma ait (1) numaralı alt bentte yer alan kadro veya pozisyonlardan kurumlarınca tespit edilmiş olan kadro veya pozisyonlara,

3) (1) ve (2) numaralı alt bentler kapsamına girmeyenler görevden alındığı veya görevinin sona erdiği kuruma ait merkez veya taşra teşkilatındaki araştırmacı unvanlı kadro veya pozisyonlara,

Cumhurbaşkanınca veya bakanlarca ya da atamaya yetkili amirlerce atanırlar.”.

Üst kademe kamu yöneticilerinin¹⁸ görev sürelerinin sona ermesi veya görevden alınmaları durumunda, hangi kadrolara atanacağına ilişkin yukarıdaki hükümlerden (c) bendinin 2 numaralı alt bendinin hukuki olarak tartışılması önem arz etmektedir. Zira söz konusu alt bentte, bahse konu fıkradaki diğer bentler kapsamına girmeyen üst kademe kamu yöneticilerinin yöneticilik görevlerinde üç yılı tamamlamaları hâlinde, 657 sayılı Kanun’da hüküm altına alınan “mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alınan” kadro ve pozisyonlara, bu Kanun’da belirlenen şartları yerine getirmeksizin, atanabileceğine hükmedilmektedir.

657 sayılı Kanun’un 36’ncı maddesinde sayılan mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle hak kazanılan kadrolardan biri de uzmanlıktır. Üst kademe yöneticilerin atanabilecekleri kadrolara ilişkin 375 sayılı KHK’nin ek 35’inci maddesinin dokuzuncu fıkrasının (c) bendinin 2 numaralı alt bendinde yer alan “kuruma ait (1) numaralı alt bentte yer alan kadro veya pozisyonlardan kurumlarınca tespit edilmiş olan kadro veya pozisyonlara...” hükmü uyarınca uzman kadrosuna atama yapılabilmektedir. Zira hükümde belirtilen 1 numaralı alt bentte 657 sayılı Kanun’un 36’ncı maddesine yapılan atıf uyarınca uzman, müfettiş vb. unvanlar bu kadrolar arasında yer almaktadır. 36’ncı maddede mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alımı yapılan pek çok kadro sayılmıştır. Burada hangi kadroya atama yapılacağına dair Cumhurbaşkanı Kararnamesi ile kurumlara bırakılmıştır.

Nitekim 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin¹⁹ (3 sayılı Kararname) 6’ncı maddesinin dördüncü fıkrası şu şekildedir:

“Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlerde bulunmakta iken görevden alınanlardan; daire başkanı kadro ve pozisyonunda bulunanlar ile genel müdürden daha alt düzeydeki kadro, pozisyon veya görevlerde bulunanlar ve taşra teşkilatında il müdürü ve bölge müdürü kadro, pozisyon ve görevlerinde bulunanlardan;

a) Daha önce buldukları 657 sayılı Kanununun 36 ncı maddesinin “Ortak Hükümler” bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan denetim elemanı ya da uzman kadrolarına veya bunlara denk pozisyonlara,

b) (a) bendi kapsamına girmeyenlerden bu fıkranın birinci paragrafında sayılan kadro, pozisyon ve görevlerde toplam en az üç yıl görev yapmış olanlar, 657 sayılı Kanununun 36 ncı maddesinin “Ortak Hükümler” bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan denetim elemanı ya da uzman kadrolarına veya bunlara denk pozisyonlara,

c) (a) bendi kapsamına girmeyenlerden bu fıkranın birinci paragrafında sayılan kadro, pozisyon veya görevlerde üç yıldan az süreyle görev yapmış olanlar, merkez veya taşra teşkilatında araştırmacı kadro veya pozisyonlarına,

atanırlar.”.

¹⁸ Üst kademe kamu yöneticisi unvanlarına, 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin I ve II sayılı cetvellerinde yer verilmiştir.

¹⁹ 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete.

Bu hükümlerden de görüleceği üzere kamu kurumlarında en az üç yıl; daire başkanı kadro ve pozisyonunda bulunanlar ile genel müdürden daha alt düzeydeki kadro, pozisyon veya görevlerde bulunanlar ve taşra teşkilatında il müdürü ve bölge müdürü kadro, pozisyon ve görevlerinde bulunup bu görevleri sona erenler ve görevlerinden alınanların denetim elemanı veya uzman veya bunlara denk pozisyonlara atanmaları düzenlenmiştir. 657 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesinin (A) fıkrasının 11 numaralı bendinde denetim elemanı ve uzman unvanları sayılmakta olup öncesinde “*Mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alınan*” ifadesi yer almaktadır. 657 sayılı Kanun'un söz konusu hükmü mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alınan unvanları kapsamı dolayısıyla burada sayılan unvanların tamamının kariyer mesleği, uzman unvanlarının da kariyer uzmanlığı niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Hem 375 sayılı KHK'nin ek 35'inci maddesinin dokuzuncu fıkrasının (c) bendinin 2 numaralı alt bendinin hem de 3 sayılı Kararname'nin 6'ncı maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendinin birbiriyle aynı şekilde; 657 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesinin (A) fıkrasının 11 numaralı bendine atıfta bulunması dolayısıyla 375 sayılı KHK ve 3 sayılı Kararname kapsamında ataması yapılan bu kadroların, diğer kariyer unvanlarla birlikte kariyer uzmanlığı niteliğinde bir tereddüt bulunmamaktadır. 657 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesinin (A) fıkrasının 11 numaralı bendinde sayılan uzmanlar, aynı Kanun'un ek 41'inci maddede belirtilen uzman kadrolarıdır. 11 numaralı bendin derece ilerlemesine ilişkin bir hüküm olması dolayısıyla bentte söz konusu uzmanlara ilişkin çok detaylı bir betimleme yapılmayıp “*mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alınan*” ifadesiyle kariyer uzmanlığına atıf yapıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim 657 sayılı Kanun'da özel yarışma sınavına tabi tutularak uzmanlık mesleğine alınma, sınav ve diğer şartların belirlendiği temel hükümler, ek 41'inci madde yer almaktadır. Dolayısıyla 11 numaralı bendin ek 41'inci madde dışında başka bir uzmanlığı nitelendirme olanağı bulunmamaktadır. Bir an için ek 41'inci maddenin, 11 numaralı bentte yer alan uzmanları kapsamadığı düşünülse o takdirde mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutularak alınan uzmanların mesleğe alınmalarına ve yapılacak sınavlara yönelik olarak 657 sayılı Kanun'da ayrı bir hüküm olması gerekirdi. Ek 41'inci madde dışında uzmanlar için böyle bir hüküm bulunmaması dolayısıyla 11 numaralı bentte belirtilen mesleğe yarışma sınavıyla atanan uzmanlık mesleğinin de ek 41'inci maddede hüküm altına alınan uzmanlığı niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.

Şunu da belirtmek gerekir ki burada tartışma konusu olan husus, 375 sayılı KHK'nin ek 35'inci maddesinin dokuzuncu fıkrasının (c) bendinin 2 numaralı alt bendi ve bununla aynı hükmü barındıran 3 sayılı Kararname'nin 6'ncı maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendinde yer alan hükümdür. Zira 375 sayılı KHK'nin ek 35'inci maddesinin dokuzuncu fıkrasının (c) bendinin 2 numaralı alt bendi ve bununla aynı hükmü içeren 3 sayılı Kararname'nin (a) bendi; daha önce denetim veya uzman kadrolarında bulunan yöneticilerin görevlerinin sona ermesi veya görevden alınmalı hâlinde daha önce hak etmiş oldukları kadrolara atanmalarının düzenlenmesi dolayısıyla çalışmanın devamında detayları açıklanan hukuki sorunu ihtiva etmemektedir.

657 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesinde belirtilen söz konusu kadroların tamamına özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle atama yapılması nedeniyle 375 sayılı KHK uyarınca üst kademe yöneticilerin, sınav koşulunu yerine getirmeksizin, bu kadrolardan herhangi birine atanması aynı gerekçelerle hukuki tartışmaya konu olacaktır. Bu çalışmada konunun uzmanlık kadrosu üzerinden tartışılmasının gerekçesi ise somut bir örnek üzerinden hukuki analizin gerçekleştirilmesinin amaçlanmasıdır. Nitekim söz konusu kadrolar arasında, giriş sınavı sonrası süreçte asli kadroya hak kazanmaya ilişkin tez, yeterlilik sınavı veya dil belgesi gibi koşullarda farklılıklar olabilmektedir. Böylece uzman gibi belirli bir kadroya atama dikkate alınarak üst kademe yöneticilerin hangi şartları yerine getirmeksizin atamalarının gerçekleştiği gözler önüne serilerek tartışma konusu düzenlemedeki haksızlık daha açık bir şekilde ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

Uzman kadrolarına, 657 sayılı Kanun'daki hükümler doğrultusunda ancak mesleğe giriş sınavı sonrasında hak kazanılan uzman yardımcılığı kadrosuna atanma ve kadroda belirli bir süre çalışma sonrasında, hazırlanan tezin kabulü ve akabinde yeterlilik sınavını başarıyla tamamlamak ve ilave olarak dil yeterlilik belgesine sahip olmak suretiyle hak kazanılabilmektedir. Hâl böyle iken üst yöne-

ticilerin bu şartların hiçbirini yerine getirmeden bu kadro ve pozisyonlara atanması, ciddi hukuki sorunlar içermektedir.

Bu sorunlardan ilki, uzman gibi aynı unvana, sınav ve diğer şartları yerine getirerek atanan kişiler ile üst yöneticilerden bu şartları yerine getirmeksizin atananlar arasındaki adaletsizliktir. Zira bu durumda aynı unvana atama için bazı kimselerden giriş sınavı, yardımcılık dönemi, tez, yeterlilik sınavı ve dil yeterliliği gibi şartlar istenirken diğer kimseler bundan muaf tutulmaktadır. Böylece Anayasa hükmü olan “kanun önünde eşitlik” ilkelerine aykırı bir düzenlemenin mevcudiyeti söz konusu olmaktadır.

Bu düzenlemedeki diğer sorun ise söz konusu kadrolara sınav ve diğer şartları yerine getirmeksizin üst kademe yöneticilerin atanması neticesinde bu kurumlarda söz konusu kadrolara sınavla atanmak isteyen vatandaşlar için ayrılan kadro sayısının o nispette düşmesidir. Bu itibarla vatandaşların Anayasa’da güvence altına alınan kamu hizmetlerine girme hakkı, haksız bir şekilde sınırlandırılmış olmaktadır. Aynı gerekçeyle üst kademe kamu yöneticileri lehine ve uzman vb. kadrolar için sınav ve diğer şartları yerine getirerek atanmaya çalışan vatandaşlar aleyhine olmak üzere fırsat eşitliği bozulmak suretiyle bu düzenlemenin, yukarıda yer alan diğer gerekçeye ilave olarak Anayasa’nın “kanun önünde eşitlik” hükümlerine ayrıca aykırılık oluşturduğu değerlendirilmektedir.

Tüm bu hususlar çalışmada bahse konu düzenlemenin Anayasa hükümleri kapsamında değerlendirilmesinin temel gerekçelerini oluşturmaktadır.

II. ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİLERİNİN UZMAN KADROSUNA ATAMA İŞLEMİNİN ANAYASA HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Anayasa’nın Üstünlüğü ve Bir Birel İşlem Olarak Atama İşlemi

Hukukun üstünlüğü, devlet işleyişi de dâhil olmak üzere, tüm toplum hayatında hukuki düzenlemelere bağlılık ve pozitif hukuku olabildiğince ideal hukuka yaklaştırma amacını niteleyen kavram olarak ifade edilmektedir²⁰. Bu doğrultuda normlar hiyerarşisi ve Anayasa’nın üstünlüğü, riayet edilmesi gerekli temel ilkelerin başında gelmektedir²¹. Nitekim *Hobbes*’a göre hukukun üstünlüğü ilkesi uyarınca modern devletin kuruluş amacı, birbiriyle rekabet içinde olan iradeleri denetlemektir²².

Norm; ölçü, kural, düstur, kaide anlamlarına gelirken hiyerarşi, genel anlamda aşama sırası, mertebeler silsilesinin karşılığı olarak kullanılmaktadır²³. Buradan hareketle normlar hiyerarşisi; normlar arası biçim ve içerik olarak geçerlilik ilişkisiyle yapılandırılan, üst norma aykırı alt normun yargısal denetim mekanizmalarınca ayıklanmasıyla iç uyumunun korunmuş olduğu sistem, şeklinde tanımlanabilmektedir²⁴. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere hukuk kurallarıyla sağlanmak istenen toplumsal uyum, normlar hiyerarşisi yoluyla hukuk düzeninde de geçerli kılınmaya çalışılmaktadır²⁵. Bu da dolaylı olarak normlar hiyerarşisinin toplumsal ahengin sağlanmasındaki rolünü ortaya koymaktadır. Zira kendi içinde bir uyumun olmadığı uygulamada tereddütler içeren hukuk normlarının, ihtiva etmiş oldukları hükümler aracılığıyla toplumsal uyumu sağlamaları oldukça güçtür²⁶.

²⁰ KARAYALÇIN, Yaşar: “Hukukun Üstünlüğü”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1992, Cilt 47, Sayı 3, s. 212.

²¹ KARAYALÇIN, s. 212.

²² YAYLALI, Mustafa: “Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen”, *Liberal Düşünce Dergisi*, 2018, Cilt 23, Sayı 91-92, s. 97.

²³ ALTAY, Şakir: *Açıklamalı Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1983, s. 184, 341.

²⁴ SEZER, Abdullah: *Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)*, Cilt 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2022 (Normlar Hiyerarşisi), s. 1351.

²⁵ DEMİRCİOĞLU, Mustafa Yaşar: “Düzenleyici İşlemin Konusunun Gayrimeşru Olması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, Sayı 126, s. 182.

²⁶ KULUÇLU, Erdal: “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, *Sayıştay Dergisi*, 2009, Sayı 71, s. 3.

Normlar hiyerarşisi özü itibarıyla anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemlerden oluşan birden çok hukuk normu arasındaki derece ve kuvveti tayin etmektedir²⁷. Zira normlar hiyerarşisine göre normlar arasında bir eşitlik değil, hiyerarşi ilişkisi bulunmaktadır²⁸. Üst norm alt normun geçerlilik kaynağı, alt norm ise üst normun uygulama aracı olup her norm geçerliliğini bir üst normdan ve tüm normlar ise nihayetinde anayasadan almaktadır²⁹. Hiyerarşik sıralamada üstte yer alan norm daha genel iken altta yer alan norm ise daha detay içerikli ve özel niteliktedir³⁰.

Türk hukuk sisteminde en üst norm, T.C. Anayasası³¹ hükmüyle de belirlendiği üzere, Anayasa'dır. Zira Anayasa'nın 11'inci maddesinin birinci fıkrasında "*Anayasa hükümleri; yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*" hükmüne yer verilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında "*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" hükmüne yer verilerek kanun hükümleriyle Anayasa hükümleri arasındaki hiyerarşik ilişkide şüpheye yer bırakılmamıştır. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere bir kanun hükmünün Anayasa hükümlerine aykırı olmaması gerekmektedir. Nitekim Anayasa'ya aykırı bir norm; aykırılık teşkil etmiş olduğu Anayasa'nın ilgili hükmünden önce düzenlenmiş ise söz konusu Anayasa hükmünün yürürlüğe girdiği tarihte, ilgili Anayasa hükmünün yürürlüğünden sonra düzenlenmiş ise düzenlendiği an söz konusu Anayasa'ya aykırı düşmüş kabul edilmektedir³².

Normlar hiyerarşisinde anayasaların en üstte yer almasının hem bir gerekçesi hem de neticesi olarak anayasa hükümlerinin kabulü, kanunlara göre daha nitelikli çoğunluk gerektirmektedir. Zira bir normun hukuk düzeninde var olması için gerekli olan irade ile o normun hiyerarşide en üstte yer alması arasında kuvvetli bir illiyet bağı bulunmaktadır. Anayasa hükümlerinin daha yüksek bir kabul oranıyla düzenlenebilmesi bu hükümlere ilişkin iradenin kuvvetini göstermektedir. Türkiye'de Anayasa hükümlerinin değiştirilmesi, buna ilişkin kanun tekliflerinin Anayasa'nın 175'inci maddesi uyarınca TBMM'nin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğu ve sonrasında halk oylamasıyla veya üye tam sayısının üçte iki çoğunluğuyla Cumhurbaşkanı'nın takdirine göre ya doğrudan ya da halk oylamasına sunularak kabulüyle mümkün olabilmektedir. TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğuyla kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun, tekrar görüşülmek üzere Cumhurbaşkanı tarafından TBMM'ye geri gönderilmesi neticesinde üye tam sayısının üçte ikisinden az oyla kabul edilmesi üzerine halk oylamasına sunulması zorunludur. Cumhurbaşkanı'nın, doğrudan veya tekrar görüşülmek üzere iade etmiş olduğu Anayasa değişikliğine ilişkin kanunların TBMM üye tam sayısının üçte iki çoğunlukla kabul edilmesi durumunda, Resmî Gazete'de yayımlama veya halk oylamasına sunma şeklinde takdir yetkisi bulunmaktadır.

Anayasa hükümlerinin değiştirilmesi için nitelikli çoğunluk aranırken kanuni düzenlemelerin kabulü için ise daha düşük bir oran aranmıştır. Anayasa'nın 96'ncı maddesi uyarınca TBMM bütün işleminde üye tam sayısının en az üçte biri ile toplanır ve katılanların salt çoğunluğu ile karar verir ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tam sayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere anayasa değişikliğinin halk oylamasına gitmesi durumunda dahi TBMM üye tam sayısının en az beşte üç çoğunluğu gerekirken kanunların kabulü için üye tam sayısının dörtte birinin bir fazlası yeterli olmaktadır. Mevcut durumda üye tam sayısının 600 olması dolayısıyla TBMM'de anayasa değişikliği gerektiren beşte üç çoğunluk 360, üçte iki çoğunluk 400 oya; kanuni

²⁷ KULUÇLU, s. 3-4.

²⁸ ŞAHİN, Metin: *Normlar Hiyerarşisinin Türk İdare Hukukunda Uygulanması*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 40, 43.

²⁹ SEZER, *Normlar Hiyerarşisi*, s. 1358-1359.

³⁰ GÜNEŞ, Mehmet: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetiminde Maddi İçerik Kriteri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 11, Sayı 1, s. 167.

³¹ 09.11.1982 tarihli ve 17863 mükerrer sayılı Resmî Gazete.

³² ROSSI, Paola: "Ceza Kanunlarının Anayasaya Aykırılığının Kontrolü", (Çev.) TOSUN, Öztekin, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1963, Cilt 29, Sayı 1-2, s. 338.

düzenlemenin kabulü ise 151 oya tekabül etmektedir. TBMM'nin 600 üyesinin tamamının kanun oylamasında hazır bulunduğu kabul edilse dahi kanuni düzenleme için aranan salt çoğunluk için oy sayısı 301 olup bu sayı yine Anayasa değişiklikleri için asgari çoğunluk sayıları olan 360 ve 400'ün altında kalmaktadır. Kaldı ki bu nitelikli oy çoğunluklarına rağmen oy durumuna göre zorunlu veya Cumhurbaşkanının takdirine göre Anayasa değişikliklerinin halk oylamasına sunulması da Anayasa hükümlerinin arkasındaki iradenin gücünün bir göstergesidir.

Üst kademe kamu yöneticilerinin uzman kadrolarına atanması bir birel idari işlemdir. Zira birel idari işlem, idarenin hukuk kurallarını somut durumlara uygulamak için yaptığı, dolayısıyla kişilerin ve nesnelerin hukuki statüleri üzerinde sonuç doğuran irade açıklamaları olarak tanımlanabilmektedir³³. İdarenin kişi veya nesnelerin hukuki statülerini hedef alan irade açıklamalarında, statüyü belirleyen hukuk kuralları ve kişi veya nesnenin o statünün koşullarını karşılayan özellikleri olmak üzere iki unsur önem arz etmektedir³⁴. Bir kişinin bir kamu görevine atanması, birel işlemin bu iki unsurunun tespitine yönelik iyi bir örnektir. Göreve atanan kişi, hukuk kurallarıyla tanımlanmış statünün koşullarını kişisel olarak taşıdığı için görevi hak ederken statünün hukuk kuralları ile tanımlanmış koşullarının bu atama sırasında idare tarafından doğru uygulanıp uygulanmadığı ise hukuk devleti için temel sorunu oluşturmaktadır³⁵. Bir idari işlemin hukuka uygunluğunun denetiminde ise söz konusu işlemin Anayasa ve kanun hükümlerine, düzenleyici işlemlere, örf ve âdete, hukukun genel ilkelerine ve mahkeme kararlarına uygun olup olmadığı araştırılmaktadır³⁶. Dolayısıyla bir birel işlemin hukuki geçerliliği için yalnızca dayanağı olan kanun hükmüne uygun olması yeterli olmayıp söz konusu kanun hükmünün de Anayasa hükümlerine aykırılık teşkil etmemesi önem arz etmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak olan soyut veya somut norm denetiminin sonucu, birel işlemin geçerliliğini de etkileyebilecektir. Nitekim yasama yetkisinin genelliği ilkesi; kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlandırılmamış olduğunu, Anayasaya aykırı olmamak koşuluyla her konunun kanunla düzenlenebileceğini ifade eder³⁷. Yine yasama yetkisinin asliliği ilkesine göre yasama organının bir konuya ilişkin kanun çıkarabilmesi için o konunun Anayasa'da veya başka bir yerde düzenlenmesine ve Anayasa'ya dayanmasına gerek olmamakla birlikte Anayasa'ya da aykırı olmaması gerekmektedir³⁸. Konunun önemine binaen soyut ve somut norm denetimi aşağıdaki konu başlığı altında daha detaylı bir şekilde ele alınmıştır.

B. Anayasa Hükümleri Çerçevesinde 375 Sayılı KHK Ek Madde 35/9-c(2) Hükümünün Değerlendirilmesi

Üst kademe kamu yöneticilerinden uzman kadrolarına yapılan atama işlemi 375 sayılı KHK'ye dayanarak gerçekleştirilmektedir. Bu itibarla düzenlemenin kanunilik ilkesinde bir tartışma söz konusu değildir. Buradaki esas tartışma, bahse konu kanuni düzenlemenin Anayasa'ya uygun olup olmadığıdır. Zira normlar hiyerarşisi uyarınca Anayasa, kanunların üst normu olup kanunların Anayasa hükümlerine aykırı olmaması gerekmektedir. Bir önceki bölümde aktarıldığı üzere bu husus, T.C. Anayasası'nda açık bir şekilde yer almak suretiyle anayasal hüküm olarak da kabul edilmiştir. Normların Anayasa'ya aykırılığına ilişkin denetimi ise soyut ve somut norm denetimi şeklinde Anayasa Mahkemesi gerçekleştirmektedir.

Anayasa'nın 150 ve 151'inci maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesi; kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerine yönelik olarak Anayasa'da "iptal davası" terimi altında hüküm altına alınan soyut norm

³³ KARAHANOGULLARI, Onur: "Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2007, Cilt 62, Sayı 3, s. 204.

³⁴ KARAHANOGULLARI, s. 204.

³⁵ KARAHANOGULLARI, s. 204.

³⁶ KAYA, Cemil: *İdarenin Takdir yetkisi ve Yargısal Denetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 127.

³⁷ ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 213.

³⁸ YENİAY, Lokman / YENİAY Gülten: "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Anayasa Yargısı*, 2019, Cilt 36, Sayı 1, s. 110; ÖZBUDUN, s. 214.

denetimini gerçekleştirmektedir³⁹. Zira Anayasa'nın 150'nci maddesinde “*Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.*” hükmü mevcuttur. Bu hüküm uyarınca bir kanunun Anayasa'ya uygunluğunun denetimi, herhangi bir dava veya olayla ilgili olmaksızın soyut bir şekilde yapılmaktadır⁴⁰. Ancak Anayasa'nın 151'inci maddesi uyarınca bu doğrultudaki iptal davasının, iptali istenen kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya içtüzüğün Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altmış gün içinde açılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın 148'inci maddesi uyarınca kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil bakımından uygunluğunu, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte birinin talebi üzerine denetleme yetkisi de bulunmakla birlikte bu talebin kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün içinde yapılması gerekmektedir.

Anayasa'nın 152'nci maddesi uyarınca ise Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerinin somut norm denetimini gerçekleştirebilmektedir. Anayasa'nın 152'nci maddesi şu şekildedir:

“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.”.

Bu madde ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun⁴¹ hükümlerinden hareketle norm denetimi; görülmekte olan bir dava sebebiyle uygulanacak bir veya daha çok kanun, kanun gücünde kararname veya Cumhurbaşkanlığı kararname hükmünün, davayı gören mahkemece Anayasa'ya aykırı bulunması veya taraflardan birinin bu yoldaki iddiasının ciddi olduğu kanısına varılması üzerine, bu konuda verilecek karara kadar dava geri bırakılarak işin Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesiyle başlayan yargısal denetim süreci, olarak tanımlanabilmektedir⁴². Dolayısıyla ancak görülmekte olan bir dava sebebiyle uygulanacak normların denetimi söz konusu olduğu için somut norm denetimi soyut norm denetimine göre daha kısıtlı bir denetim türü olarak görülebilir⁴³. Ayrıca soyut norm denetiminde, aykırılığı ileri sürülen kanun metninin tamamının veya kanun hükümlerinden her birinin Anayasa'nın tüm maddelerine uygunlukları denetlendiği için bu dava yolunda kapsamlı bir denetim gerçekleştirilmektedir⁴⁴. Buna karşın soyut norm denetimi sadece belirli organlarca ve belirli süre içinde işletilebilirken süreye bağlı olmadan ve davanın tarafı bulunan herkesçe harekete geçirilebilmesi

³⁹ GENÇTÜRK, Ünal / KOLÇAK, Hakan: “Yapısal Sorunların Çözümünde Somut Norm Denetimi Yolunun İşlevsel Kılınması Üzerine Bir Değerlendirme”, *Istanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 8, Sayı 2, s. 501.

⁴⁰ GENÇTÜRK / KOLÇAK, s. 501.

⁴¹ 13.11.1983 tarihli ve 18220 sayılı Resmî Gazete.

⁴² BİLGİN, Çağlar: “Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988, Sayı 3, s. 351.

⁴³ BİLGİN, s. 352.

⁴⁴ FANID, Nematollah Aghabalei / AYKUT, Zülal: “Anayasa Yargısı ve Uygunluk Denetimi”, *Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, 2023, Cilt 3, Sayı 1, s. 68.

nedeniyle somut norm denetiminin bu açılardan daha geniş bir kapsam taşıdığı belirtilebilir⁴⁵. Zira önüne gelen dava konusu eylem veya işlemi hâkim sırasıyla en somut (altta yer alan) düzenlemeden başlayarak en üstte yer alan Anayasa hükümlerine uygun olup olmadığını denetlemektedir⁴⁶. Eylem veya işlemi alt norma uygun görse bile üst norma aykırı görmesi hâlinde hâkim, eylem veya işlemin hukuka aykırılığına karar verirken kanun hükmünü anayasaya aykırı bulması durumunda ise uyuşmazlığı bekletici mesele yapıp Anayasa'ya aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesine götürecektir⁴⁷.

Mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle hak kazanılan uzman ve diğer kadrolardan birine, mevzuatta belirlenen şartlar aranmaksızın üst kademe yöneticilerin atanmasına olanak tanıyan düzenleme öncelikle Anayasa'nın 10'uncu maddesinde düzenlenen "Kanun Önünde Eşitlik" hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır. Maddenin birinci fıkrasında "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*", dördüncü fıkrasında "*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.*" ve beşinci fıkrasında "*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*" hükümleri bulunmaktadır. Kamu hizmetinde olmayan bir vatandaş, uzmanlık için öncelikle kamu personeline atama için gerekli olan merkezi sınavı, sonrasında ilgili kurumun düzenlemiş olduğu yazılı ve sözlü sınavları başarıyla tamamlayarak uzman yardımcılığı kadrosuna atanmaktadır. Üç yıl başarıyla bu görevi yerine getiren uzman yardımcısı bu defa uzmanlık konusuyla ilgili tez hazırlayarak bunun ilgili jüri tarafından kabulü ve sonrasında yapılan yeterlilik sınavını başarmak suretiyle uzmanlık kadrosuna atanabilmektedir. Hatta bu atama için asgari (C) seviyesinde yabancı dil yeterlilik belgesi de aranmaktadır. Bu şartları yerine getirmeksizin söz konusu kadrolara üst kademe yöneticilerin atanması, bu kimselere "imtiyaz" tanınması anlamına gelmektedir. Bu da Anayasa hükmüne açıkça aykırılık oluşturmaktadır. 2010 yılında Anayasa'nın 10'uncu maddesine "*Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile mahul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*" hükmü üçüncü fıkra olarak eklenmiştir. Bu itibarla ancak bu fıkrada tanımlanan kişiler lehine pozitif ayrımcılık kapsamında değerlendirilerek eşitlik ilkesinin uygulanmasında bir istisna söz konusu olabilecektir. Bu istisna dışında maddenin dördüncü fıkrası hükmü uyarınca hiçbir kimseye eşitliğe aykırılık teşkil edebilecek bir imtiyaz tanınması söz konusu olamaz. 375 sayılı KHK'nin ilgili düzenlemesi, Anayasa'nın önlemeye çalıştığı aksine, birtakım kimselere imtiyaz tanımak suretiyle kanun önünde eşitlik hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu ise 375 sayılı KHK'nin söz konusu hükümlerinin, Anayasa'nın 10'uncu maddesi hükümleri dikkate alındığında Anayasa'ya aykırı olarak değerlendirilmesinin temel gerekçelerinden birini oluşturmaktadır.

Nitekim Danıştay, idari hizmetler sınıfına dâhil uzmanların kariyer uzmanlarla aynı haklara sahip olmaya yönelik açmış oldukları davalarda, kariyer uzmanlar ile bu kapsamda yer almayan uzmanların mesleğe girişleri ve yeterliliklerindeki farklı hukuki süreçlere vurgu yapmıştır⁴⁸. Kariyer uzmanlık mesleğinin getirmiş olduğu haklardan yararlanabilmek için bu statü içinde yer almanın gerekliliği, Danıştay kararlarında belirtilmektedir⁴⁹. Dolayısıyla Danıştay kariyer uzmanlığın şartlarını taşımayan uzmanların, kariyer uzmanların imkânlarından yararlanmasını eşitlik ilkesine aykırı olarak değerlendirmektedir.

Anayasa'da yer alması dolayısıyla "Kanun Önünde Eşitlik" hükümlerinin uygulamasına ilişkin Anayasa Mahkemesinin genel yorumunu incelemek de konu açısından önem arz etmektedir. Karara bağlanmış olduğu bir davada Anayasa Mahkemesi ancak "haklı neden" ve "kamu yararı" unsurlarının bulunması durumunda kişiler arasında yapılan ayrımcılığın kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı kanaatinde bulunmuştur. Mahkeme bahse konu Kararı'nda⁵⁰, özetle, öğretide eşitliği

⁴⁵ BİLGİN, s. 152.

⁴⁶ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 47.

⁴⁷ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 47.

⁴⁸ Danıştay, 2. D, T. 12.12.2013, E. 2013/6149, K. 2013/11031.

⁴⁹ SÖYLER, s. 60.

⁵⁰ AYM, T. 31.10.1991, E. 1991/24, K. 1991/40 (T.C. Anayasa Mahkemesi, *Kararlar Bilgi Bankası*, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1991/40>, ET: 28.11.2013).

bozduğu ileri sürülen sınıflandırma ve ayırımın “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili”, “makul ve adil” olması ölçütleriyle hukuksal biçim ve içerik kazanabileceğini, düzenlemenin bu üç ölçütten birine uymadığı takdirde eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunduğunu belirtmiştir. Zira Mahkeme böyle bir durumda eşitliği bozduğu ileri sürülen kuralın, haklı bir nedenle veya kamu yararı amacıyla yürürlüğe koyulmamış olmasına ilişkin sonuca vurgu yapmıştır.

Bu açıklamalardan bir düzenlemenin ancak “haklı neden” ve “kamu yararı” unsurlarının varlığı halinde “kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırılıktan kurtulabileceği anlaşılmaktadır. Bunun için de düzenleme; anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olmalıdır. Bu ölçütler dikkate alındığında, tartışma konusu düzenleme Anayasa’nın “kanun önünde eşitlik” hükümlerine aykırılıktan yine kurtulamamaktadır. Nitekim uzmanlık kadrosuna atanmak için diğer vatandaşlar öncelikle sınavla uzman yardımcısı kadrosuna atanma, sonrasında ise tez, yeterlilik sınavı ve dil yeterliliği gibi koşulları yerine getirirken üst kademe yöneticiler bu şartları yerine getirmeksizin bu kadrolara atanmış olmaktadır. Bu farklılık, Anayasa Mahkemesinin bir düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olmaması için aramış olduğu “adil olma” unsurunu karşılamamaktadır. Kamu idarelerinin uzman vb. kadrolarda istihdam ihtiyaçları nedeniyle böyle bir düzenleme yapılmış olabileceğine ilişkin bir gerekçe, söz konusu kadrolara sınav ve diğer şartları yerine getirmek suretiyle atanmak isteyen ve sınavlara girmekte olan pek çok kişi var iken geçerli kabul edilemeyecektir. Bu da düzenlemenin “amaçla ilgili” ve “makul” olma ölçütlerini yerine getiremediğini ortaya koymaktadır. Uzmanlık görevinin, söz konusu kadronun gerektirdiği niteliklerle donanmış kimseler tarafından yerine getirilmesi yerine bu nitelikleri haiz olmayan üst kademe yöneticilerce yapılacak olması sonucunu doğurması da söz konusu düzenlemenin “amaçla ilgili” ve “makul” olmadığına ilişkin diğer bir gerekçedir. Zira 657 sayılı Kanun’da hüküm altına alındığı üzere uzman yardımcılığına atanmış ve üç yıllık görev süresini tamamlamış olmalarına rağmen tez, yeterlilik sınavı veya yabancı dil yeterlilik konularında başarı sağlayamayanlar uzman kadrosu yerine memur kadrolarına atanabilmektedir. Bu itibarla uzman yardımcılığına atanmış olsa dahi diğer şartları yerine getiremeyen kimselerin uzmanlık yerine memur kadrosuna atanması, bu şartların uzman kadrosunun ayrılmaz unsuru olduğunu ortaya koymaktadır. Uzmanlardan beklenen görevlerin gereği gibi yerine getirilmesi için aranan bu şartların üst kademe yöneticilerde aranmaması, söz konusu düzenlemede “amaçla ilgili” ve “makul” olma unsurlarının bulunmadığının açık bir göstergesidir. Tüm bu açıklamalarla tartışma konusu düzenlemenin, haklı neden ve kamu yararı gerekçelerini karşılayamadığı ortaya koyulmak suretiyle Anayasa’nın 10’uncu maddesindeki kanun önünde eşitlik hükümlerine aykırılıktan kurtulamadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bunların yanı sıra tartışma konusu düzenleme, kamu bütçesine ilave maddi bir yük getirmek suretiyle de kamu yararı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira üst kademe kamu yöneticilerinin görev süresinin sona ermesi veya görevden alınması sonrası yöneticilik görevine atanmadan önce sahip olduğu memur, mühendis vb. kadro yerine uzman vb. kadrolara atanmalarıyla daha yüksek ücrete hak kazanma durumu ortaya çıkmaktadır. Üst kademe yöneticilerin lehine olan bu ücret farkı ise kamuya ilave bir yük oluşturmaktadır. Bu şekilde ataması yapılan üst düzey kamu görevlilerinin sayısına paralel bir şekilde artan ücret farklarının toplamı, bütçe yükünü oluşturmaktadır. Bu uygulama her ne kadar kanuni bir düzenlemeye dayanılarak yapılsa da bu düzenlemenin Anayasa’nın kanun önünde eşitlik ve kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin hükümlerine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle söz konusu ilave bütçe yükü, kamu yararı gibi üstün bir amaç olmaksızın haksız yapılmış bir ödeme olarak değerlendirilmektedir. Nitekim ancak “haklı neden” ve “kamu yararı” unsurlarının varlığı hâlinde bir düzenlemenin kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı Anayasa Mahkemesinin bir kararında açıkça vurgulanmıştır⁵¹.

Mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle hak kazanılan kadrolardan uzman ve diğerlerine, bu kadrolar için gerekli şartlar aranmaksızın üst yöneticilerin atanması, Anayasa’nın 70’inci maddesin-

⁵¹ AYM, T. 31.10.1991, E. 1991/24, K. 1991/40 (T.C. Anayasa Mahkemesi, *Kararlar Bilgi Bankası*, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1991/40, ET: 28.11.2013>).

deki “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.” hükmüne de aykırılık oluşturmaktadır. Bu maddeyle Anayasa, kamu hizmetine girmeyi herkese tanımakla fırsat eşitliğinin sağlanmasına hükmetmektedir⁵². Ancak tartışma konusu düzenleme, söz konusu kadrolara şartları yerine getirmek suretiyle atanmak isteyenler aleyhine olmak üzere fırsat eşitliğini ortadan kaldırmaktadır. Şöyle ki mesleğin gerektirdiği şartlar aranmaksızın üst kademe yöneticilerin bu kadrolara atanmasıyla bu kurumlarda söz konusu boş kadro sayısı o nispette düşmektedir. Böylece söz konusu kadrolara sınavlar ve akabinde diğer şartları getirmek suretiyle atanmak isteyen vatandaşlar için ayrılan kadro sayısı da aynı şekilde azalmaktadır. Bu itibarla tartışma konusu düzenleme, mevzuatta belirtilen şartları yerine getirerek söz konusu kadrolara hak kazanabilecek olan vatandaşların bu haklarının elinden alınması sonucunu doğurmaktadır. Böylece Anayasa’da güvence altına alınan, kamu hizmetlerine girme hakkı, haksız bir şekilde sınırlanmaktadır. Nitekim kamu hizmetine girme hakkı çerçevesinde, kamu görevlerine yönelik memur istihdamı yapılırken görevin gerektirdiği nitelikler kapsamında fırsat eşitliğinin sağlanması gerekmektedir⁵³. Bu itibarla 375 sayılı KHK’nin söz konusu hükümleri Anayasa’nın 70’inci maddesi uyarınca da Anayasa’ya aykırı olarak değerlendirilmektedir.

Danıştay da objektif kurallar çerçevesinde işin ehline, hak edene verilerek kamu hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde gerçekleştirilmesinin sağlanması gerektiğini belirtmektedir⁵⁴. Bu da kamu görevlisi alımı yapılırken açık yarışma sınavlarının esas olmasını gerektirmektedir⁵⁵. Dolayısıyla bu amaca hizmet eden, sınava dayalı bir kariyer uzmanlık sistemi mevcutken söz konusu sınavların atlanılarak görev süresi dolan veya görevden alınan üst kademe yöneticilerin uzman olarak atanması, bahse konu sınavlarla uzman yardımcısı olarak kamu hizmetine girmek isteyen vatandaşların bu hakkını kısıtlamaktadır. Böylece kamu hizmetine girme hakkına ilişkin fırsat eşitliği ortadan kaldırılmaktadır. Zira kamu hizmetine girmede adayların serbest ve ayırım gözetilmeksizin fırsat eşitliği ilkesine uygun olarak katılımlarının sağlanması gerekmektedir⁵⁶. Nitekim Danıştay, kamu hizmetine girme hakkı yönünden vatandaşlar arasında herhangi bir ayırım yapmamakta ve görevin gerektirdiği niteliklere sahip olmayı bu haktan yararlanmak için yeterli görmektedir⁵⁷. Görevin gerektirdiği nitelikleri ise öğrenim düzeyi, yaş, askerlik hizmeti veya yükümlülük durumu ile genel ve objektif veya özellik arz eden hizmet grupları için de o hizmetin gerektirdiği özel nitelikler olarak belirtmiştir⁵⁸. Danıştay’ın bu değerlendirmesinden de sınavla edinilen bir mesleğe söz konusu sınavın atlanarak atama yapılmasının, görevin gerektirdiği niteliklere sahip olup sınava girmek suretiyle uzmanlık mesleğini edinmek isteyen vatandaşların kamu hizmetine girme haklarını kısıtladığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, çalışmada tartışılan konuyla ilişkili bir hükmü içeren bir iptal davasında, 6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un⁵⁹ 80’inci maddesiyle 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu’nun⁶⁰ 30’uncu maddesine eklenen fıkranın iptal talebinin reddine karar vermiştir⁶¹. İptali istenen düzenleme; sosyal güvenlik uz-

⁵² SEZER, Yasin: “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 11, Sayı 3-4 (Kamu Hizmetine Girme Hakkı), s. 155.

⁵³ MEMİŞ, Emin: “Mevzuatımızda ve Uygulamada Kamu Hizmetine Girme/Çekilme Hakları, Arşiv Araştırması ve Güvenlik Soruşturması Analizleri”, *İdare Hukuku Sempozyumu (Kamu Personeli Sorunları)*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2004, s. 4.

⁵⁴ Danıştay, 5. D, T. 27.05.1997, E. 1996/1272, K. 1997/1118 (T.C. Danıştay Başkanlığı, “Yargı Kararları”, *Danıştay Dergisi*, 1998, Sayı 94, s. 353).

⁵⁵ SEZER, *Kamu Hizmetine Girme Hakkı*, s. 162.

⁵⁶ AYKAÇ, Burhan: “Personel Yönetiminde Yeterlik İlkesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, 1990, Cilt 23, Sayı 4, s. 97.

⁵⁷ UZ, Abdullah: “Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 2, Sayı 1, s. 68.

⁵⁸ Danıştay, 5. D, T. 14.04.1988, E. 1987/2417, K. 1988/1286 (T.C. Danıştay Başkanlığı, “Yargı Kararları”, *Danıştay Dergisi*, 1989, Sayı 74-75, s. 302).

⁵⁹ 19.02.2014 tarihli ve 28918 sayılı Resmî Gazete.

⁶⁰ 20.05.2006 tarihli ve 26173 sayılı Resmî Gazete.

⁶¹ AYM, T. 08.12.2015, E. 2014/87, K. 2015/112.

manı olma koşullarını taşımayan Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı, daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların da kariyer bir meslek olan sosyal güvenlik uzmanı olma hakkı tanıyan hükümdür. Anayasa Mahkemesinin söz konusu hükmün iptalini reddederken açıklamış olduğu gerekçeler incelendiğinde, yukarıda açıklanan gerekçeler açısından konuyu değerlendirmedeği tespit edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, temel olarak, kanun koyucunun kamu görevlilerinin durumlarıyla ilgili olarak kamu yararı amacıyla bazı değişiklikler yapabileceği ve idarenin takdir yetkisine vurgu yaparak söz konusu kararı almıştır. Ancak bahse konu düzenlemeye ilişkin Anayasa Mahkemesi söz konusu mesleğe girmek isteyenlerin haklarının kısıtlanması açısından bir değerlendirme yapmamıştır. Hâlbuki burada esas tartışılması gereken husus, söz konusu düzenlemenin, yukarıda detaylı bir şekilde tartışması yapılan Anayasa'nın 10'uncu maddesinde hüküm altına alınan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmesi ve 70'inci maddesiyle güvence altına alınan kamu hizmetlerine girme hakkını sınırlandırmasıdır. Zira kariyer uzmanlığa hak kazanmak için öncelikle kamu personeli seçme sınavından belirli bir taban puanı olarak ilgili kurumun düzenleyeceği uzman yardımcılığı yazılı giriş sınavına girme hakkını elde etmek, sonrasında o sınavı, ardından sözlü sınavı başarmak suretiyle uzman yardımcılığına atanmak gerekmektedir. Sonrasında ise uzman yardımcılığında en az üç yıl başarıyla hizmet etmek ve ardından yapılacak tez ve yeterlilik sınavı aşamalarını başarıyla tamamlamak gerekmektedir. Bunlar da kanuni düzenlemelerle hüküm altına alınmıştır. Yalnızca kamu personeli seçme sınavı puanıyla memur olan ve hatta son düzenlemeler sonrası bu sınava dahi girmemiş, dolayısıyla memur dahi olmayan kimselerin daire başkanı gibi yönetici pozisyonlarına atanması sonrasında, sadece bu görevlerinde üç yıl hizmet etme şartına bağlı olarak kariyer uzman kadrolarına atanmalarının, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmasının yanı sıra bu görevlere atanmak için yukarıdaki süreçleri başarıyla tamamlayabilecek kimselerin kamu hizmetine girme hakkını sınırlandırığı izahıta varestedir. Zira muhtelif lisans programlarından mezun olan kişiler kariyer uzman olabilmek için söz konusu sınavların açılmasını beklemektedir. Ancak kariyer uzmanlık şartlarını taşımayan üst kademe yöneticilerin bu kadrolara atanması; kurumların sınavlarla alım yapabilecekleri söz konusu kadroların sayısının, bahse konu atamalarda sayı kadar azalmasına neden olmaktadır. Bu durumda sınav ya hiç açılmamakta ya da açılması gerekenden daha az sayıda kadro için açılmaktadır. Böyle bir durum ise yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere sınav şartlarını yerine getirmeye hazır kimselerin kamu hizmetine girme hakkının sınırlandırıldığı açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi, bahse konu davada bu husus üzerinden konuyu tartışmamıştır. Bu itibarla konunun bu açıdan tartışılması hâlinde Anayasa Mahkemesinin bahse konu düzenlemeyi Anayasanın 10 ve 70'inci maddelerine aykırı bulacağı kuvvetle muhtemeldir.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, 375 sayılı KHK'nin ek 35'inci maddesinin dokuzuncu fıkrasının (c) bendinin 2 numaralı alt bendinin Anayasa'nın 10'uncu ve 70'inci maddelerine aykırılık oluşturması nedeniyle iptalinin uygun olacağı değerlendirilmektedir. İptal kararı ise Anayasa'nın 148'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca⁶² Anayasa Mahkemesinin takdirindedir. Zira yasaların biçim ve esas bakımından aykırı olup olmadığını incelemek ve aykırı bulunduğu düzenlemeyi iptal ederek Anayasa'ya uygunluğu sağlamak Anayasa Mahkemesinin görevleri arasında sayılmaktadır. Böylece Anayasa Mahkemesi, nesnel ölçütler kullanarak ve ülke gerçeklerini göz önünde tutarak yasaların Anayasa'ya uygunluğunu yargı yoluyla sağlamak suretiyle yasama erkini anayasal sınırlar içinde tutmaktadır⁶³. Anayasa Mahkemesi, bunu -yukarıda açıklandığı üzere- soyut norm veya somut norm denetimi şeklinde gerçekleştirmektedir. Ancak soyut norm denetimi için Anayasa'nın 151'inci maddesi uyarınca iptal davasının, söz konusu normun Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altmış gün içinde açılması gerekmektedir. Aksi durumda buna ilişkin iptal davası açma hakkı düşmektedir. 375 sayılı KHK'nin ek 35'inci maddesinin dokuzuncu fıkrasının (c) bendinin 2 numaralı alt bendinin Resmî Gazete'de yayımlanma tarihi 05.07.2022'dir. Bu itibarla tartışma konusu kanuni düzenlemeye ilişkin soyut norm denetimi

⁶² “Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar”.

⁶³ ALİFENDİOĞLU, Yılmaz: “Türk Anayasa Yargısında İptal Dâvası ve İtiraz Yolu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1984, Sayı 1, s. 137.

yoluyla iptal dava açma imkânı bulunmamaktadır. Bununla birlikte görülmekte olan bir dava sebebiyle söz konusu hükmün davayı gören mahkemece Anayasa'ya aykırı bulunması veya taraflardan birinin bu yoldaki iddiasının ciddi olduğu kanısına varılması üzerine, bu konuda verilecek karara kadar dava geri bırakılıp söz konusu husus Anayasa Mahkemesine intikal ettirilerek somut norm denetiminin yapılması sağlanmış olacaktır. Bu itibarla 375 sayılı KHK'nin ek 35'inci maddesinin dokuzuncu fıkrasının (c) bendinin 2 numaralı alt bendi, somut norm denetimine tabi tutulmak suretiyle iptale konu olabilecektir.

Üst kademe kamu yöneticilerin, mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle hak kazanılan uzman ve diğer kadrolardan birine yapılan atama işlemine ilişkin tüm değerlendirmeler, söz konusu kamu yöneticilerinin daha önce kamu görevlisiyken yöneticiliğe atanmış olduğu kabul edilerek yapılmıştır. Bununla birlikte 373 sayılı KHK'nin ek 35'inci maddesi 2018 yılında düzenlenmiş olup bu maddenin üçüncü fıkrasıyla üst kademe kamu yöneticiliklerine; 657 sayılı Kanun'un atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümleriyle bağlı olmaksızın atama yapma imkânı getirilmiştir. Aynı fıkrada “*Dokuzuncu fıkranın ilgili hükmü saklı kalmak kaydıyla bu fıkraya göre açıktan atanarlardan görevi sona erenlerin veya görevden alınanların memuriyetle ilişkileri kesilir.*” hükmüne de yer verilmek suretiyle söz konusu yöneticiler de çalışmada tartışma konusu düzenlemenin kapsamına alınmıştır. Bu itibarla bu yöneticiler; uzman ve mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle hak kazanılan diğer kadrolara atama için gerekli olan giriş sınavı, tez, yeterlilik sınavı, yabancı dil belgesi gibi şartlar bir yana 657 sayılı Kanun uyarınca memuriyete hak kazanma için gerekli sınav ve atama işlemlerini dahi karşılamaksızın tartışma konusu düzenleme uyarınca söz konusu kadrolara atanabilmektedir. Bu itibarla bu bölümde tartışma konusu düzenlemeye yönelik Anayasa'nın ilgili hükümleri dikkate alınarak yapılan eleştiriler, memuriyete hak kazanmamış üst kademe yöneticilerin atanması durumunu evleviyetle kapsamaktadır. Zira giriş sınavı, tez, yeterlilik sınavı ve yabancı dil belgesi gibi şartlara ilave olarak memuriyete dahi hak kazanmamış bir üst kademe yöneticisinin uzman vb. kadrolara atanması işleminin, Anayasa'da yer alan kanun önünde eşitlik ilkesini ve kamu hizmetlerine girme hakkını çok daha şiddetli bir şekilde ihlal etmiş olduğu izahtan varestedir.

C. İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Meselesi

Mevcut Anayasa hükmü dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürüme imkânı bulunmamaktadır. Zira Anayasa'nın 153'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında “*Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*” hükmü, beşinci fıkrasında da “*İptal kararları geriye yürümez.*” hükmü bulunmaktadır. Bu itibarla mevcut durumda Anayasa Mahkemesinin iptal kararları Resmî Gazete'de yayımlanmakla yürürlükten kalkmakta ancak geriye yürümektedir. Böylece her ne kadar Anayasa Mahkemesi bir düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal kararı verse de Anayasa'da bu iptal kararlarının geriye yürümeyeceğine hükmedilerek bahse konu düzenlemelerle elde edilen haklar, kazanılmış hak olarak hukuki değer kazanmaktadır.

Bununla birlikte somut norm denetimine ilişkin olarak Anayasa'nın 152'nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.*” hükmü uyarınca mahkemede görülmekte olan davada iptal kararı uygulanacaktır. Dolayısıyla somut norm denetiminde iptal kararları ilgili dava açısından geriye yürümektedir. Zira aksi takdirde somut norm denetimini harekete geçiren taraf veya hâkim, davada uygulanacak normun iptali ile beklenen sonucu elde edemeyecek veya Anayasa'ya aykırılık başvurusunu resen yapan hâkim, Anayasa'ya aykırılığını saptadığı kuralı, bakmakta olduğu davada Anayasa'ya uygunmuş gibi uygulamak zorunda kalacaktır⁶⁴. Böyle bir durum ise somut norm denetimine başvurmanın bir hak oldu-

⁶⁴ SAĞLAM, Fazıl: “Anayasa Mahkemesi Kararları Geriye Yürür”, (Ed.) ERDAL, Muhammed: *Yıldırım Uluer'e Armağan*, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa, 2014, s. 444.

ğu ve iptal kararının somut norm denetimine başvuran mahkeme tarafından uygulanmamasının hukuksal sonucu olmayan bir hak kullanımı anlamına gelecektir⁶⁵. Dolayısıyla somut norm denetiminde geriye etki kabul edilmez ise Anayasa m. 152/1’de öngörülen davayı bekletme yükümlülüğünün de anlamsız hâle geleceği gerekçelerinden yola çıkarak iptal kararlarının somut norm denetimine başvuran mahkeme açısından geriye etkili olarak uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁶⁶.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümesi konusunda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşleri -kısa da olsa- özetlemek, söz konusu iptal kararlarının geriye yürüme ve yürümeme seçeneklerinin hukuki gerekçelerini değerlendirme açısından faydalı olacaktır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümemesi gerektiğine ilişkin görüşlere dayanak teşkil eden temel gerekçe, iptal kararlarının geriye yürümesi hâlinde iptal edilen kanuna göre yapılmış bütün işlemlerin hükümsüz kalmasıyla toplum hayatında karmaşa oluşabilmesi ve hukuk güvenliğinin bozulabilecek olmasıdır⁶⁷. Doktrinde bu görüş, kesin hükümsüzlük teorisinin eleştirisinden doğan “iptal edilebilirlik” teorisine dayanmaktadır. Bu teori uyarınca kesin hükümsüz olan bir mevzuat hükmü baştan itibaren herhangi bir hukuki karaktere sahip olmadığından görünüşteki hukuki niteliğini ortadan kaldırmak için dahi olsa ikinci bir hukuki işlem gerekmez; ikinci bir işlem gerekiyorsa söz konusu olan kesin hükümsüzlük değil, iptal edilebilirliktir⁶⁸. Bu gerekçeyle anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisinin özel bir organa bırakıldığı hukuk düzenlerinde kuralların kesin hükümsüzlüğünden söz edilemeyecek, aykırılık anayasada öngörülen şekilde saptanmadığı sürece anayasaya aykırı hükümler geçerli olacaktır⁶⁹. Zira anayasaya uygunluk denetiminin mevcut olduğu bir hukuk düzeninde anayasa, yasaların hangi usul ve içeriğe uygun olarak oluşturulacağını düzenlemekle kalmamış, bu düzenlemelere aykırı olan kuralların hangi usul çerçevesinde geçerliliğinin ortadan kaldırılacağını da düzenlemiştir⁷⁰. Böylece bu görüşe göre anayasaya aykırı hükümlerin, bu aykırılığın tespit edilmesine kadar geçen sürece geçerlilikleri, doğrudan anayasa kurallarına dayandırılmakta olup geriye yürüme de iptal kararlarının tek ve zorunlu sonucu olmaktan çıkmaktadır⁷¹. Zira iptal edilebilirlik teorisinde kanun koyucunun; iptal kararlarının zaman yönünden etkisine ilişkin üç farklı alternatif olan “geçmişe etkili (*ex tunc*)”, “ileriye etkili (*ex nunc*)” ve “gelecekteki bir tarihten itibaren etkili (*pro futuro*)” arasında seçim yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir⁷². Bununla birlikte iptal edilebilirlik teorisinin benimsendiği hukuk sistemlerindeki eğilim, anayasaya aykırı kuralların iptal kararlarına kadar geçerliliklerini koruduklarına ilişkin görüş uyarınca kararın *ex nunc* ve/veya *pro futuro* etkisini kabul etmek yönünde olmaktadır⁷³.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümesi gerektiğine ilişkin doktrindeki görüşlerin dayanağını ise “kesin hükümsüzlük” teorisini oluşturmaktadır. Bu teoriye göre anayasaya aykırı hükümler; baştan itibaren, geçmişe etkili (*ex tunc*) ve kendiliğinden sonuç doğuran hükümsüzlükleri ifade eden kesin hükümsüz olarak kabul edilmektedir⁷⁴. Anayasaya aykırı bir hükme ilişkin iptal kara-

⁶⁵ BİLGE, Necip: “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1990, Sayı 3, s. 363.

⁶⁶ BİLGE, s. 363.

⁶⁷ KIRATLI, Metin: *Anayasa Yargısında Somut/Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966, s. 178.

⁶⁸ ÖZVERİ, Kübra Cemre: *Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 12-13’ten naklen KELSESEN, Hans: “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, *VVDStRL (Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer)*, Berlin, 1929, Cilt 5 (1929), s. 45.

⁶⁹ ÖZVERİ, s. 13’ten naklen KELSESEN, 1929, s. 45, 53-57 ve KELSESEN, Hans: *Reine Rechtslehre: Mit Einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2. Baskı, Mohr Siebeck, Wien, 1967, s. 278.

⁷⁰ ÖZVERİ, s. 14’ten naklen KELSESEN, Hans: *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Studienausgabe der 1. Auflage 1934)*, 1. Baskı, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, s. 98.

⁷¹ ÖZVERİ, s. 14-15.

⁷² ÖZVERİ, s. 15’ten naklen WEBER, Albrecht: *Europäische Verfassungsvergleichung: ein Studienbuch*, Beck Verlegerin, München, 2010, s. 371.

⁷³ ÖZVERİ, s. 15.

⁷⁴ ÖZVERİ, s. 9.

rının geriye yürümemesi, söz konusu hükmün belirli bir dönem geçerli olduğunun ileri sürülmesi anlamına gelir ki böyle bir durum, anayasanın bu dönem içinde geçici de olsa geçerliliğini kaybettiği anlamına gelir ve anayasanın üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmaz⁷⁵. Bu itibarla Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürütmesinin kabul edildiği ülkelerde bu uygulama, “kesin hükümsüzlük” teorisine dayandırılmaktadır. Bu ülkelere İspanya, Belçika, Almanya, İtalya ve Portekiz örnek olarak verilebilir⁷⁶.

Hukuken korunması gereken bir hakkın, hukuka uygun olarak kazanılmış olması gerekliliğinden dolayı kazanılmış hakkın söz konusu olabilmesi için söz konusu hakkın meşru olması gerekmektedir⁷⁷. Bu itibarla tartışma konusu yapılan düzenlemenin, her ne kadar kanuni bir düzenleme olsa da Anayasa hükümlerine aykırılık nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi durumunda, söz konusu düzenlemeye dayanarak elde edilen hakkın, meşru olmaması nedeniyle kazanılmış hak olarak değerlendirilemeyeceği ve iptal kararının geriye yürütmesi gerektiği değerlendirilebilir. Bu değerlendirmeyi, doktrinde yer alan, Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürütülmeyeceğine ilişkin anayasal hükmün salt lafzi yorumla uygulanmasının hakkaniyete, nesafete, eşitliğe ve adalete aykırı olacağına ilişkin görüş de desteklemektedir⁷⁸. Zira hukukun amacı olarak bilinen adaletin ve toplumsal düzenin sağlanması olgusu, hukukun varlığına temel teşkil eden fikirler olan ahlak, adalet ve nesafetin sağlanması düşüncesinden kaynaklanmaktadır⁷⁹. Nitekim ülkemizde idari yargıda iptal kararının geriye yürütmesi kuralı kabul edilmektedir⁸⁰. Danıştay vermiş olduğu bir kararda⁸¹ idari yargıdaki geriye yürütme ilkesinin gerekliliğini “*Sakat bir idari işlemin hukuk düzenine girmesi ile hukuka aykırı bir durum doğar. Bu durumun giderilebilmesi için iptal kararı hukuken sakat idari işlemi geriye yürütür biçimde ortadan kaldırır ve hukuka aykırı işlem yapılmasından önceki duruma dönlür.*” şeklinde gerekçelendirmiştir. Böylece idari yargıya konu işlemdeki sakatlık yargı organı tarafından tespit edilince sakatlığın müeyyidesi olan iptal kararıyla işlem, sakatlığın ortaya çıkmış olduğu andan itibaren ortadan kalkmış sayılmaktadır⁸². Bu da iptal edilen işlem nedeniyle kazanılmış hakkın oluşmaması anlamına gelmektedir. Yukarıda açıklanan kesin hükümsüzlük teorisini savunanlara göre anayasa yargısında da durumun aynı olması, iptal kararlarının geriye yürütmesi gerekmektedir. Kesin hükümsüzlük teorisinin gerekçelerine ilave olarak “kanunun herkese aynı şekilde uygulanması” ve “adalet” ilkeleri, anayasa yargısında da iptal kararlarının geriye yürütmesinin gerekçelerini oluşturmaktadır⁸³. Nitekim bazı hâllerde adaletin, hukuki güvenliğe tercih edilmesi ve böylece kararların geçmişe yürütmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir⁸⁴. Zira iptal kararının geriye yürütmediği durumlarda, iptal kararı öncesinde ve sonrasında aynı konuya ilişkin farklı iki durum ortaya çıkmaktadır. Buna ilişkin en çarpıcı örnek, kamuoyunda “kıyak emeklilik” olarak bilinen yasadır. Anayasa Mahkemesi tarafından dokuz defa iptal edilen söz konusu yasa, iptallere rağmen tekrar yasalaştırılmış; sonradan Anayasa Mahkemesince iptal

⁷⁵ BİLGE, s. 359.

⁷⁶ BABAYİĞİT, Mustafa: “Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürütme Zorluğu Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, Sayı 124, s. 93; ÖZVERİ, s. 11.

⁷⁷ ÇOBAN ATİK, Ayşegül: “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 21, Sayı 1, s. 13; OĞURLU, Yücel: *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 20; TOLON, Kemal Doğu: “İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 1980, s. 172.

⁷⁸ CANSEL, Erol: “Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararlarından Doğan Kimi Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, 1992, Cilt 9, s. 94.

⁷⁹ ÇALIŞ, Hande Sena: “Genel Olarak Nesafet Kavramı ve Bu Kavramın İdare Hukukundaki Bazı Görünüş Şekilleri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 25, Sayı 2, s. 188’den naklen VELİDEDEOĞLU, Veldet Hıfzı: *Hayat, Hukuk ve Cemiyet*, 1. Baskı, İstanbul, 1944, s. 17, 18.

⁸⁰ KAPLAN, Gürsel: “İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 3, Sayı 2, s. 32.

⁸¹ Danıştay, İDDGK, T. 30.09.1994, E. 1993/247, K. 1994/559 (T.C. Danıştay Başkanlığı, “Yargı Kararları”, *Danıştay Dergisi*, 1996, Sayı 90, s. 215).

⁸² KUZU, Burhan: “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürütme Zorluğu Sorunu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1987, Cilt 52, Sayı 1-4, s. 195.

⁸³ KIRATLI, s. 177.

⁸⁴ TUNÇ, Hasan: *Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu*, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Erzincan, 1992, s. 74.

edilmesine karşın yasalaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğurması ve iptal kararlarının geriye yürütülmesi nedeniyle iptal kararına kadar yasadan faydalananlar lehine haksız bir kazanım söz konusu olmuştur⁸⁵.

Tartışma konusu düzenleme ele alındığında iptal kararı geriye yürümezse bu karar öncesinde uzman kadrosuna atanan üst kademe yöneticiler söz konusu kadrolarını koruyabilecekken iptal kararı sonrasında ise benzer üst kademe yöneticiler bu kadrolara atanamayarak aynı konuya ilişkin iki farklı uygulama mevcut olacaktır. Bunların yanı sıra idari işlemlerin iptalinde “haklı beklenti” gerekçesiyle iptal kararlarının geriye yürütülmemesi gerektiğine ilişkin görüş, anayasaya aykırılık teşkil eden kanuni hükümlerin iptali söz konusu olduğunda bir geçerliliğe sahip olmayacaktır. Zira haklı beklenti “*kimi zaman yerleşmiş idari teamülün ansızın değişmesinden, kimi zaman idare tarafından verilen taahhüde uyulmamasından, kimi zaman yetkili idari makamların yanıltıcı beyanlarından, kimi zaman bir devlet tasarrufuna olan güvenden kaynaklanan; menfaati ihlal edilen veya zarara uğrayan iyiniyetli bireyin hukuka uygun objektif nitelikteki, hukuken korunmaya değer aşamaya gelmiş, baskın kamu yararına üstün gelen ve hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşımayan, bireye idareye karşı kendi lehinde bir tasarrufta bulunulmayı talep etme imkânı veya dinlenilme hakkı tanyan hukukun genel bir ilkesi*” olarak tanımlanabilmektedir⁸⁶. Bu tanımdan da görüleceği üzere haklı beklenti; idari makamların taahhütlerine uymamaları, yanıltıcı beyanda bulunmaları, idari teamülün ansızın değişmesi veya bir devlet tasarrufuna güvenme durumlarında söz konusu olmaktadır. Ancak tartışma konusu hususun esas bir kanuni düzenleme olup bir idari tasarruf, taahhüt veya teamül değildir. Dolayısıyla bir kanun hükmünün anayasaya aykırılık dolayısıyla iptal edilmesi nedeniyle iptal edilen hükme dayanarak tesis edilen idari işlemin geriye yürütülmesine dayanak olarak haklı neden kavramına başvurulması makul bir yaklaşım olmayacaktır. Ancak idari işlemin dayanağı kanuni hüküm geçerli olmasına rağmen söz konusu idari işlemin başka gerekçelerle iptal edilmesi durumunda bireyin haklı neden ilkesine dayanarak idareye karşı kendi lehinde bir tasarrufta bulunulmayı talep etme veya dinlenilme hakkına başvurabileceği değerlendirilebilir.

Geriye yürütme hâlinde iptal edilen kanuna göre yapılmış bütün işlemlerin hükümsüz kalmasıyla toplum hayatında oluşabilecek karmaşanın geriye yürütülmeye ilişkin itiraz gerekçesi olarak gösterilmesi, bazı kanuni düzenlemeler için haklı kabul edilebilirken tüm düzenlemeler için haklı bir geçerliliğe sahip değildir. Örneğin tartışma konusu yapılan düzenlemede böyle bir karmaşa çıkması olası değildir. Zira bu durumda anayasaya aykırı düzenlemeden kimlerin faydalandığı belirli olup geriye alınması karmaşa oluşturmayacak bir hukuki işlem ibarettir. Ancak iptalinin toplum hayatında karmaşa oluşturabilecek olan düzenlemeler de dikkate alındığında, Anayasa ile iptal kararlarının geriye yürütülmesi konusunda Anayasa Mahkemesine takdir yetkisi verilebilir. Zira iptal edilen kanuna dayanılarak yapılan pek çok bireysel işlem varsa Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürütülmemesi ilkesinin geçerliliği hâlinde bu işlemlerin geçersiz hâle gelmesiyle hukuki istikrar ve hukuki güvenlik bakımından ciddi sakıncalar doğabilir⁸⁷. Bu itibarla kendisine verilecek takdir yetkisine dayanarak Anayasa Mahkemesi tartışma konusu düzenleme gibi hususlara ilişkin iptal kararlarında bir karmaşaya sebebiyet vermeyecek olması dolayısıyla geriye yürütme şerhiyle iptal kararı verebilir. Aksine kapsamı ve içermiş olduğu hususların toplumsal hayatta sorun oluşturabileceği düzenlemelere ilişkin iptal kararlarında ise şerh düşmeksizin iptal kararı verebilir ve böylece iptal kararları geriye yürütülmez. Böyle bir uygulamayla mümkün olduğu ölçüde geriye yürütme kararı verilerek iptal kararlarının geriye yürütülmesiyle amaçlanan, aynı kanunun herkese aynı şekilde uygulanması ve adalet ilkelerinin tesisi, mümkün kılınabilir. Bu öneri çalışma kapsamında getirilmiş olup Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürütüldüğü Federal Almanya’da geriye yürütmede oluşabilecek sorunları bertaraf etmek için iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihin tespit yetkisinin Anayasa Mahkemesine verilmesine

⁸⁵ BABAYİĞİT, s. 202.

⁸⁶ BOZ, Selman Sacit: *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 41.

⁸⁷ ATAR, Yavuz: *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 368.

ilişkin tasarıdan esinlenilmiştir. Söz konusu tasarı anayasanın üstünlüğünü zedeleyeceği ve hukuk devleti ilkesine zarar vereceği öne sürülerek Parlemanto'da reddedilmiştir⁸⁸. Bahse konu tasarıda iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi belirlemede Anayasa Mahkemesine çok geniş bir serbesti tanınmış olup hâliyle bu durum hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılamamıştır. Ancak çalışmada getirilen öneride ise Anayasa Mahkemesine böylesine geniş bir serbesti tanınmamakta; iptal edilen kanuni hükmün geriye yürütmesi durumunda ancak toplum hayatında karmaşa oluşturabileceğine kanaat getirilmesi hâlinde geriye yürütme şerhiyle karar verme yetkisi verilmesi önerilmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesince iptal edilen hükümler için genel kural geriye yürütme olarak uygulanacakken gerekçeleri ortaya koyulmak suretiyle istisnai hükümler geriye yürütülecektir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi- ne sınırlı bir takdir yetkisi tanınmış olacaktır.

“Kesin hükümsüzlük” ile ilgili açıklamalarda, anayasa yargısında iptal kararlarının geriye yürütme ilkesini benimseyen ülkeler arasında sayılan Almanya’da da bu kural istisnalarla uygulanmaktadır. Şöyle ki Federal Alman Mahkemesinin iptal kararları genel kural olarak geriye yürütürken kesinleşmiş hükümlere karşı geriye yürütmemekte; bununla birlikte kesinleşmiş de olsa ceza hükümlerine ilişkin iptal kararları geriye yürütülmektedir⁸⁹. İptal kararlarının kesinleşmiş kararlar yönünden geriye yürütmesi hâlinde doğabilecek mahzurları önlemek amacıyla taşıyan bu uygulamaya göre iptal edilen kanun nedeniyle hakkında kesinleşmiş ceza hükmü olan kişinin yargılamanın yenilenmesini isteme hakkı var iken iptal edilen norm nedeniyle ceza hükmü dışındaki diğer alanlarda verilmiş ve kesinleşmiş hükümler hakkında yargılamanın yenilenmesi istenmemektedir⁹⁰. Ayrıca iptal kararları verilinceye kadar oluşabilecek ağır hak ihlallerinin önlenmesi ve iptal kararının geriye yürütülmesine ilişkin uygulamada ortaya çıkabilecek diğer sorunları çözmek amacıyla Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu’nda Federal Anayasa Mahkemesine belirli alanlarda geçici tedbir kararı verme yetkisi verilmiştir⁹¹. Böylece geriye yürütme ilkesi belirli istisnalarla uygulanarak bu ilkedeki doğabilecek hukuki mağduriyetlerin önüne geçmek amaçlanmıştır.

Yapılan tüm bu açıklamalar doğrultusunda, yukarıda önerildiği üzere, iptal kararlarının geriye yürütülmesi konusunda Anayasa Mahkemesine verilebilecek sınırlı takdir hakkını kapsayan bir düzenlemenin, iptal kararlarının geriye yürütülme düzenlemesiyle karşılaştırıldığında nispeten hukuki açıdan daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir. Bu açıklamalarla birlikte şu da belirtmeli ki bu husus, çok daha kapsamlı bir hukuki tartışma gerektirmekte olup başlı başına ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil etmektedir. Sınırlı bir şekilde burada tartışılmasının gerekçesi, çalışmada ele alınan temel konunun olası sonuçlarını yakından ilgilendirmesidir.

SONUÇ

Üst kademe kamu yöneticilerinden, uzman ve mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle hak kazanılan diğer kadrolardan birine yapılan atama işlemi, kanuni bir düzenlemeye dayanılarak gerçekleştirilmekte olup normlar hiyerarşisi uyarınca söz konusu kanuni düzenlemenin Anayasa hükümlerine aykırı olmaması gerekmektedir. Bahse konu atama işleminin kanuni düzenlemeye uygun olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa’nın farklı hükümleri dikkate alındığında üst kademe yöneticilerin, diğer kanun ve alt düzenlemelerde belirlenen şartlar aranmaksızın bu kadrolara atanmasına olanak tanıyan kanuni düzenlemenin, Anayasa’ya aykırılık teşkil etmiş olduğu değerlendirilmektedir. Zira bir birel işlemin hukuki geçerliliği için yalnızca dayanağı olan kanun hükmüne uygun olması yeterli olmayıp söz konusu kanun hükmünün de Anayasa hükümlerine aykırılık teşkil etmemesi önem arz etmektedir.

⁸⁸ KUZU, s. 202; KUZU, s. 202’den naklen ZAFER, Mehmet: “Anayasa Değişiklikleri ve Denetimi”, *Yeni Ortam Gazetesi*, 17-20 Haziran 1973.

⁸⁹ BABAYİĞİT, s. 194.

⁹⁰ BABAYİĞİT, s. 194.

⁹¹ BABAYİĞİT, s. 194.

Söz konusu kanuni düzenleme öncelikle Anayasa'nın 10'uncu maddesinde düzenlenen "kanun önünde eşitlik" hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır. Örneğin kamu hizmetinde olmayan bir vatandaş, uzmanlık için öncelikle kamu personeline atama için gerekli olan merkezi sınavı, sonrasında ilgili kurumun düzenlemiş olduğu yazılı ve sözlü sınavları başarıyla tamamlayarak uzman yardımcılığı kadrosuna atanmaktadır. Üç yıl başarıyla bu görevi yerine getiren uzman yardımcısı bu defa uzmanlık konusuyla ilgili tez hazırlayarak bunun ilgili jüri tarafından kabulü ve sonrasında yapılan yeterlilik sınavını başarıyla tamamlayarak uzmanlık kadrosuna atanabilmektedir. Hatta bu atama için asgari (C) seviyesinde yabancı dil yeterlilik belgesi de aranmaktadır. Bu şartları yerine getirmeksizin söz konusu kadrolara üst kademe yöneticilerin atanması bu kimselere "imtiyaz" tanınması anlamına gelmektedir. Bu da Anayasa'nın 10'uncu maddesinin birinci ve beşinci fıkralarının yanı sıra dördüncü fıkrasındaki "*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.*" hükmüne açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Tartışma konusu kanuni düzenleme, kamu hizmetine girmeyi her Türk vatandaşına bir hak olarak düzenleyen Anayasa'nın 70'inci maddesine de aykırılık oluşturmaktadır. Zira mesleğin gerektirdiği şartlar aranmaksızın üst kademe yöneticilerin bu kadrolara atanmasıyla bu kurumlarda söz konusu boş kadro sayısı o nispette düşmektedir. Böylece söz konusu kadrolara sınavlar ve akabinde diğer şartları getirmek suretiyle atanmak isteyen vatandaşlar için ayrılan kadro sayısı da aynı şekilde azalmaktadır. Bu da mevzuatta belirtilen şartları yerine getirerek söz konusu kadrolara hak kazanabilecek olan vatandaşların bu haklarının elinden alınmasına neden olmaktadır. Sonuç olarak bu düzenleme neticesinde Anayasa'da güvence altına alınan, kamu hizmetlerine girme hakkı haksız bir şekilde sınırlanmaktadır.

Bunlarla birlikte söz konusu düzenleme, kamu bütçesine ilave maddi bir yük getirmesi nedeniyle kamu yararı ilkesi gerekçesini de ihtiva etmemektedir. Zira kanuni düzenlemeye dayanılarak yapılacak atama işlemi neticesinde daha fazla ücret ödenmesi söz konusu olacağı için ilave bütçe yükü doğacaktır. Böylece tartışma konusu kanuni düzenleme, kamu yararı gibi üstün bir amaç olmaksızın kamu kaynaklarının haksız bir şekilde azalmasına yol açmaktadır.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda söz konusu kanuni düzenlemenin Anayasa'nın 10'uncu ve 70'inci maddelerine aykırılık oluşturması nedeniyle iptalinin uygun olacağı değerlendirilmektedir. İptal kararı ise Anayasa'nın 148'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesinin takdirindedir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararını ya soyut norm ya da somut norm denetimi doğrultusunda verebilmektedir. Soyut norm denetimi ise ancak normun Resmî Gazete'de yayımı tarihinden itibaren altmış gün içinde iptal davasının açılması durumunda yapılabilmektedir. Tartışma konusu kanuni hükmün Resmî Gazete'de yayımlanma tarihi dikkate alındığında söz konusu düzenlemenin soyut norm denetimi kapsamında iptal davasına konu olması mümkün değildir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi söz konusu kanuni hükmü somut norm denetimine tabi tutabilir. Bu denetimi Anayasa Mahkemesi, bir davaya bakmakta olan mahkemenin bahse konu hükmünü resen Anayasa'ya aykırı görmesi veya aynı mahkemenin taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması üzerine gerçekleştirebilir. Zira önüne hâkimin, bakmakta olduğu dava konusu eylem veya işlemi, sırasıyla en somut (altta yer alan) düzenlemeden başlayarak en üstte yer alan Anayasa hükümlerine uygun olup olmadığını denetleme görevi bulunmaktadır. Dolayısıyla tartışma konusu kanuni düzenlemenin, somut norm denetimi neticesinde Anayasa Mahkemesince iptal edilme olanağı bulunmaktadır.

Ülkemizde idari yargıda iptal kararlarının geriye yürütmesi söz konusu iken Anayasa'nın açık hükmü doğrultusunda Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürütmesi söz konusu değildir. Bu itibarla tartışma konusu düzenlemenin Anayasa Mahkemesince iptali durumunda iptal kararı genel olarak geriye yürümeyerek kararın verildiği tarihten itibaren uygulanacaktır. Bununla birlikte Anayasa'nın 152'nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca konuyu Anayasa Mahkemesine götüren mahkemede görülmekte olan davada iptal kararı uygulanacak; dolayısıyla somut norm denetiminde iptal kararları ilgili dava açısından geriye yürümüş olacaktır.

Yalnızca somut norm denetimi kapsamında Anayasa'ya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesine götürüldüğü davada değil, idari yargıda olduğu gibi Anayasa Mahkemesinin genel olarak iptal kararlarının hakkaniyet, eşitlik ve adalet ilkeleri uyarınca geriye yürümesinin uygun olabileceği düşünülmektedir. Zira söz konusu ilkelerin temini ancak aynı kanunun herkese aynı şekilde uygulanmasıyla sağlanabilir ki bu da iptal kararlarının geriye yürümesini gerektirir. Aksi durumda aynı kanun hükmü, iptal kararından önce hükümden etkilenen kişiler ile iptal kararından sonra hükümden etkilenen kişiler arasında farklı hukuki sonuç doğurarak yukarıda belirtilen hakkaniyet, eşitlik ve adalet ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Ancak geriye yürüme hâlinde iptal edilen kanuna göre yapılmış bütün işlemlerin hükümsüz kalmasıyla toplum hayatında oluşabilecek karmaşaya ilişkin endişeler dikkate alındığında bu konuda farklı bir düzenleme getirilebilir. Zira özellikle iptal edilen kanuna dayanılarak yapılan pek çok bireysel işlemin sonradan geçersiz kalması, hukuki istikrar ve güvenlik bakımından ciddi sakıncalar doğurabilir. Bunu önlemek için iptal kararlarının geriye yürümesi konusunda Anayasa Mahkemesine Anayasa ile takdir yetkisi tanınabilir. Böylelikle Anayasa Mahkemesi tartışma konusu düzenleme gibi hususlara ilişkin iptal kararlarında geriye yürüme şerhiyle iptal kararı verebilir. Zira tartışma konusu yapılan düzenlemeden kimlerin faydalandığı belirli olup geriye yürümesi karmaşa oluşturmayacak hukuki işlemlerden ibarettir. Aksine kapsamı ve içerdiği hususlar dikkate alındığında toplumsal hayatta sorun oluşturabilecek olan düzenlemelere ilişkin iptal kararlarında ise Anayasa Mahkemesi herhangi bir şerh düşmeyerek kararların geriye yürümemesini sağlayabilir. Böylece kesin hükümsüzlük teorisini savunanların iptal kararlarının geriye yürümesi konusundaki haklı gerekçeleri doğrultusunda geriye yürümeye imkân tanınırken bazı düzenlemelere ilişkin aksi bir uygulamayla geriye yürümenin oluşturacağı karmaşanın da önüne geçilebilecektir. Anayasa yargısında geriye yürüme ilkesinin geçerli olduğu bazı ülkelerde, aynı olmamakla birlikte buna benzer karma bir sistemin benimsenmesi, uygulamada bu ve benzeri önerilere duyulan ihtiyacı göstermektedir. Zira Almanya'da iptal kararları genel ilke olarak geriye yürürken kesinleşmiş hükümlere karşı geriye yürümeme; bununla birlikte kesinleşmiş de olsa ceza hükümlerine ilişkin iptal kararları geriye yürümektedir. Ayrıca iptal kararları verinceye kadar oluşabilecek ağır hak ihlallerinin önlenmesi ve iptal kararının geriye yürümesine ilişkin uygulamada ortaya çıkabilecek diğer sorunları çözmek amacıyla Federal Anayasa Mahkemesine belirli alanlarda geçici tedbir kararı verme yetkisi verilmiştir. Böylece geriye yürüme ilkesi belirli istisnalarla uygulanarak bu ilkedeki doğabilecek hukuki mağduriyetlerin önüne geçmek amaçlanmıştır. Ülkemizde de buna benzer veya Anayasa Mahkemesine bu konuda takdir yetkisi veren bir düzenlemenin yapılmasının, iptal kararlarının geriye yürümemesine göre hukuki açıdan daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Türk Anayasa Yargısında İptal Dâvası ve İtiraz Yolu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1984, Sayı 1, s. 101-37.
- ALTAY, Şakir: *Açıklamalı Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1983.
- ATAR, Yavuz: *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- AYKAÇ, Burhan: “Personel Yönetiminde Yeterlik İlkesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, 1990, Cilt 23, Sayı 4, s. 91-109.
- BABAYİĞİT, Mustafa: “Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, Sayı 124, s. 183-220.
- BİLGE, Necip: “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1990, Sayı 3, s. 359-68.
- BİLGİN, Çağlar: “Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988, Sayı 3, s. 350-76.
- BOZ, Selman Sacit: *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- CANSEL, Erol: “Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararlarından Doğan Kimi Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, 1992, Cilt 9, s. 87-104.
- ÇALIŞ, Hande Sena: “Genel Olarak Nesafet Kavramı ve Bu Kavramın İdare Hukukundaki Bazı Görünüş Şekilleri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 25, Sayı 2, s. 185-216.
- ÇOBAN ATİK, Ayşegül: “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 21, Sayı 1, s. 11-53.
- DEMİRCİOĞLU, Mustafa Yaşar: “Düzenleyici İşlemin Konusunun Gayrimeşru Olması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, Sayı 126, s. 167-210.
- FANID, Nematollah Aghabalei / AYKUT, Zülal: “Anayasa Yargısı ve Uygunluk Denetimi”, *Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, 2023, Cilt 3, Sayı 1, s. 51-76.
- GENÇTÜRK, Ünal / KOLÇAK, Hakan: “Yapısal Sorunların Çözümünde Somut Norm Denetimi Yolunun İşlevsel Kılınması Üzerine Bir Değerlendirme”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 8, Sayı 2, s. 493-521.
- GÜNEŞ, Mehmet: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetiminde Maddi İçerik Kriteri”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 11, Sayı 1, s. 166-79.
- KAPLAN, Gürsel: “İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 3, Sayı 2, s. 31-38.
- KARAHANOGULLARI, Onur: “Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2007, Cilt 62, Sayı 3, s. 201-32.
- KARAYALÇIN, Yaşar: “Hukukun Üstünlüğü”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1992, Cilt 47, Sayı 3, s. 193-214.
- KAYA, Cemil: *İdarenin Takdir yetkisi ve Yargısal Denetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- KIRATLI, Metin: *Anayasa Yargısında Somut/Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966.
- KULUÇLU, Erdal: “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, *Sayıştay Dergisi*, 2009, Sayı 71, s. 3-22.
- KUZU, Burhan: “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1987, Cilt 52, Sayı 1-4, s. 185-229.
- MEMİŞ, Emin: “Mevzuatımızda ve Uygulamada Kamu Hizmetine Girme/Çekilme Hakları, Arşiv Araştırması ve Güvenlik Soruşturması Analizleri”, *İdare Hukuku Sempozyumu (Kamu Personeli Sorunları)*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2004, s. 209-62.

- OĞURLU, Yücel: *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ÖZVERİ, Kübra Cemre: *Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020.
- ROSSI, Paola: “Ceza Kanunlarının Anayasaya Aykırılığının Kontrolü”, (Çev.) TOSUN, Öztekin, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1963, Cilt 29, Sayı 1-2, s. 324-47.
- SAĞLAM, Fazıl: “Anayasa Mahkemesi Kararları Geriye Yürür”, (Ed.) ERDAL, Muhammed: *Yıldırım Uluer’e Armağan*, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa, 2014, s. 434-454.
- SEZER, Abdullah: *Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)*, Cilt 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2022 (Normlar Hiyerarşisi).
- SEZER, Yasin: “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 11, Sayı 3-4, s. 153-71 (Kamu Hizmetine Girme Hakkı).
- SÖYLER, Yasin: “Kariyer Uzmanlık Statüsü Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Düzenlenebilir mi?”, *Yasama Dergisi*, 2019, Sayı 39, s. 51-104.
- ŞAHİN, Metin: *Normlar Hiyerarşisinin Türk İdare Hukukunda Uygulanması*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014.
- TOLON, Kemal Doğu: “İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 1980, s. 163-209.
- TUNÇ, Hasan: *Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu*, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Erzincan, 1992.
- UZ, Abdullah: “Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 2, Sayı 1, s. 59-94.
- YAYLALI, Mustafa: “Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen”, *Liberal Düşünce Dergisi*, 2018, Cilt 23, Sayı 91-92, s. 95-111.
- YENİAY, Lokman / YENİAY Gülden: “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Yargısı*, 2019, Cilt 36, Sayı 1, s. 105-138.



Jeremy Bentham'ın Gerçek ve Kurgusal Varlıklar Teorisi ve Hukuki Terimlerin Açıklanması^(*)



Jeremy Bentham's Theory of Real and Fictitious Entities and Explanation of Legal Terms

Fatih GÜNEŞ



Araştırma Görevlisi

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Jeremy Bentham,
Gerçek ve Kurgusal
Varlıklar Teorisi,
Dil ve Düşünce,
Paraphrasis,
Hukuki Terimler.*

Öz

Jeremy Bentham 18. yüzyılda yaşamış önemli bir filozof ve hukukçudur. Faydacılığın önemli temsilcilerinden ve modern düşüncede etkin olmasını sağlayan başlıca isimlerden biri olarak gösterilebilecek *Bentham*, çok geniş bir yelpazede eserlerini sunmuştur. İlgilendiği alanlardan birisi de *düşünce* ve düşünce hem iletim hem de üretim aracı olan *dil* üzerinedir. *Bentham* özellikle hukuk terimlerini tanımlamak istediğinde Aristoteles'ten beri kullanılan klasik tanımlama yönteminin yetersiz olacağını keşfetmiş ve hukuki terimleri de içeren etik kurgusal varlıklara dair adlandırmaların farklı bir yöntemle -kendisinin adlandırmasıyla *paraphrasis* yöntemiyle açıklanabileceğini ileri sürmüştür. Bu çalışmada öncelikle *Bentham*'ın ontolojisi ve epistemolojisi bağlamında geliştirdiği dil ve anlam teorisi hakkında bilgiler verilmiş ve sonrasında bu teori üzerinden temellendirdiği *paraphrasis* yöntemi, filozofun çeşitli hukuk terimlerine yönelik açıklamaları da sunularak izah edilmiştir. Son olarak *Bentham*'ın bu girişiminin sunduğu avantajlar ve dezavantajlar ele alınarak hukukçular için ne derece faydalı olabileceği hakkında değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Keywords

*Jeremy Bentham,
Theory of Real and
Fictitious Entities,
Language and
Thought,
Paraphrasis,
Legal Terms.*

Abstract

Jeremy Bentham was a significant 18th-century philosopher and jurist. He is recognized as one of the principal representatives of utilitarianism and played a crucial role in its proliferation in modern thought. He is recognized as one of the principal representatives of utilitarianism and played a crucial role in its proliferation in modern thought. Bentham's extensive works spanned a broad range of fields, including thought and language, which he identified as a medium for transmitting and producing ideas. Bentham found that the traditional method of definition, employed since Aristotle, was insufficient, particularly when attempting to define legal terminology. He proposed an alternative approach - the method of paraphrasis - to explain the names of fictional entities with ethical fictional entities, including legal terms. Firstly, this study presents Bentham's theory of language and meaning which he developed within his ontology and epistemology. Subsequently, the method of paraphrasing, based on this theory, is explained by presenting the philosopher's explanations of several legal terms. Finally, the advantages and disadvantages of Bentham's initiative are assessed. The usefulness of Bentham's initiative for lawyers is evaluated.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 15.11.2023, Kabul Tarihi: 06.01.2024.

GİRİŞ

Jeremy Bentham 1748-1832 yılları arasında yaşamış modern anlamda faydacı düşüncenin kurucusu olan önemli bir filozof ve hukukçudur. Yaşadığı dönemde çok az eseri yayımlanabilmiş, vefatından sonra ise arkasında bıraktığı el yazı notlarından oluşan devasa mirası takipçisi olanlar tarafından kitaplaştırılmıştır. Kitaplaştırma süreci, kurucusu olduğu *University College London* bünyesinde *Bentham* araştırmacısı akademisyenler tarafından halen devam ettirilmektedir. *Bentham* ontoloji, epistemoloji, mantık, dil, hukuk, siyaset gibi pek çok sahada görüşlerini ortaya koymuş bir düşünürdür. Görüşleri yaşadığı dönemde radikal olarak nitelendirilmiştir. Hukuk reformu, dil reformu, yeni bir mantık bilimi inşası üzerine çalışmaları dikkate alındığında bu nitelendirmenin haksız olmadığı söylenebilir. Bu makalede ele alınacak konu *Bentham*'ın hem hukuk hem de dil reformu düşüncesinin bir sonucu olarak geliştirdiği gerçek ve kurgusal varlıklar teorisi ve kurgusal varlıkların açıklanması amacıyla ortaya koymuş olduğu *paraphrasis* yöntemidir. Hukuki terimler *Bentham* tarafından etik kurgusal varlıklar olarak sınıflandırıldığından konu hukukçuları, tanım meseleleri ile ilgilenen ve hukukun teorik yönlerine meraklı araştırmacıları da ilgilendirmektedir.

Bentham varlıkları gerçek varlıklar ve kurgusal varlıklar olarak iki başlık halinde incelemektedir. Varlık kelimesinin kullanımı ancak bu iki kategori içerisinde yer alanlar için uygundur. Bu iki kategorinin dışında kalan ancak yine de dil ve söylemde sanki bir varlıkmişçesine konuşulan örnekler de bulunmaktadır. Bunlar aslında herhangi bir varlığı olmayan kurgular, masalsı şeylerdir. *Bentham*'ın gerçek ve kurgusal varlıklar teorisi ile hedeflerinden birisi bu sonuncu uygunsuz kullanımları teşhis etmek, çoğu dilin kötüye kullanılması, istismar edilmesi niteliğinde olan bu kullanımların önüne geçmektir. Nitekim *Bentham*'ın kurgusal varlıkların açıklanmasına ilişkin geliştirdiği teorisi “*terimleri gerçek varlıklara atıfta bulunmayan dilin, terimleri gerçek varlıklara atıfta bulunan dile dönüştürülmesi*” projesi olarak tanımlanmaktadır¹. Böylelikle teorisinin en temel amacının dilde kullanılması faydalı olan kurgusal varlıkların gerçek varlıklarla ilişkilendirilmesi suretiyle sağlam bir açıklamasının sunulması ve dildeki belirsizliklerin, anlamsızlıkların ve saçmalıkların, keyfi kullanımların önüne geçilmesidir.

Hedefleri yönünden kısaca bu şekilde tanımlanabilecek *Bentham*'ın teorisi bu çalışmada dört bölüm oluşturacak biçimde incelenmiştir. Birinci bölüm *Bentham*'ın teorisinin gelişiminde katkısı ya da etkisi bulunan düşünürlere yönelik genel bir harita sunmayı amaçlamaktadır. Nitekim *Bentham*'ın gerçek ve kurgusal varlıklar teorisi, “*Descartes ve Locke'tan d'Alembert'e kadar yeni bir tanım sistemi arayışında olan düşünürlerin geleneği*” içinde konumlandırılmaktadır². İkinci bölümde *Bentham*'ın gerçek ve kurgusal varlıklara ilişkin ontolojik ve epistemolojik değerlendirmeleri açıklanmış; üçüncü bölüm ikinci bölümde inşa edilen temelden hareketle *Bentham*'ın dil, düşünce ve mantık ilişkisi üzerine değerlendirmelerine ayrılmıştır. Dördüncü bölümde ise kurgusal varlık adlarının ne şekilde açıklanması gerektiğine dair *Bentham*'ın yeni yöntem önerileri hakkında bilgi verilmiş, bu yöntemler aracılığıyla yükümlülük, hak, yetki gibi hukuki terimlerin nasıl açıklanabileceği gösterilmiştir. Sonuç ve değerlendirme bölümünde *Bentham*'ın teorisinin hukuki terimlerin açıklanmasında ne derece yararlı olabileceği hakkında değerlendirmelerde bulunulmuştur.

I. TEORİNİN ARKA PLANI

Bentham'ın gerçek ve kurgusal varlıklar teorisi hakkında doğrudan bilgi vermeden önce *Bentham*'ın niçin böyle bir teori geliştirme ihtiyacı hissettiği ve teorisini geliştirirken hangi düşünürlerin görüşlerinden etkilendiğinin açıklanması faydalı olacaktır³. *Bentham* dilde hem gerçek hem de kurgu-

¹ HARRISON, Ross: *Bentham*, 1. Baskı, Routledge, London and Boston, 1999, s. 56.

² HARRISON, s. 46.

³ *Bentham*'ın gerçek ve kurgusal varlıklar ayırımına ilişkin ilgisinin çocukluğuna dek uzandığı da ileri sürülmüştür. Çocukluğunda evlerinde çalışan hizmetlilerin kendisini hayaletlerle korkuttuğu, on iki yaşındayken yerleştirildiği ve eğitimini yatılı olarak sürdürdüğü mezarlığa bakan kasvetli odasında hayaletlerden duyduğu korku ve onların sürekli gerçek olmadıklarını kendisine söyleyerek bu korkuyla baş etme şekli bu iddia için delil olarak sunulmuştur. Bkz. SCHOFIELD, Philip: “Preface to the New Edition of Volume 1”, BENTHAM,

sal varlık adlarının kullanıldığını gözlemlemiş ve kurgusal varlık adlarının belirli bir disiplin çerçevesinde kullanılması gerektiğini düşünmüştür. İster gerçek ister kurgusal olsun varlık adlarının ne anlama geldiği çeşitli tanımlama ya da yorumlama yöntemleri aracılığı ile ortaya konmuştur. *Bentham*'ın gerçek ve kurgusal varlık teorisi de belirli bazı kurgusal varlık adlarının anlamlarının ortaya konmasını amaçlamaktadır ve *Bentham* tarafından bu konuda bulunduğu düşünülen bir boşluğu doldurmayı hedeflemektedir. Dolayısıyla *Bentham* bu teorisini var olan anlam teorileri hakkındaki görüşleri, eleştirileri ve önerileri üzerinden şekillendirilmiştir. Bu nedenle *Bentham*'ın üzerinde etkisi olan diğer düşünürlerden söz edilmesi teorisinin anlaşılması açısından isabetli olacaktır.

Bentham'ın gerçek ve kurgusal varlıklar teorisinde çeşitli düşünürlerden somut izler görülebilmektedir. Bu izler bazı durumlarda *Bentham*'ın eserlerindeki doğrudan atıfları, bazen de daha sonra *Bentham* üzerine çalışmalar yapan akademisyenlerin çalışmaları dikkate alındığında teşhis edilebilmektedir. *Bentham* bu düşünürlerin görüşlerinde bulunduğunu düşündüğü üstünlükler ve eksiklikleri dikkate alarak kendi teorisini inşa etmiştir.

Öncelikle *Bentham*'ın niçin böyle bir teori geliştirdiğini izah etmek yerinde olacaktır. O zamana dek kabul görmüş olan klasik tanımlama yöntemi olan *per genus et differentiam*⁴'in yetersizliklerinin farkına varması, *Bentham*'ın yeni bir tanım metodu ortaya konulmasının gerektiğini düşünmesine yol açmıştır. *Bentham* bu klasik tanım yöntemini bütünüyle anlamsız ve işlevsiz görmemekte, sadece bazı durumlarda (etik-kurgusal varlıkların tanımlanması) işe yaramayacağını ve bu durumlar için başkaca bir yöntem geliştirilmesi gerektiğini ortaya koymak istemektedir. Nitekim mantık sahasının kurucusu olarak kabul edilebilecek *Aristoteles*'e ne denli borçlu olduğunu, *Essay on Logic* adlı eserinin giriş bölümünde vurgulamakta, onun hakkını teslim etmektedir⁵. Bu açıdan söz konusu yöntemin kurucusu *Aristoteles*'in de *Bentham*'ı etkileyen düşünürlerden biri olduğu söylenebilir.

Çoğu eleştirilerinin hedef tahtasında bulunan *William Blackstone*'un tanım konusunda sahip olmadığını düşündüğü titizlik ve bazı kurgu ya da masalsi varlık adlarını gerçek varlıklarmış gibi keyfi kullanımı *Bentham*'ın eleştirilerinden nasibini almış ve teorisini geliştirmesinde etken olmuştur. *Aristoteles*'ten farklı olarak *Bentham*'ın *Blackstone*'u sadece eksiklikleri üzerinden bu konu çerçevesinden ele aldığı söylenebilir. *Bentham*, *Blackstone*'un Oxford Üniversitesinde verdiği derslere katılmış ve bu derslerde *Blackstone*'un orijinal sözleşmeyi öven sözlerine karşı duyduğu tiksintiden söz etmiştir. *Blackstone*'un doğal haklar üzerine dile getirdiği görüşlerin yanlış olduğunu düşünen *Bentham*⁶ daha sonra bu derslerde edindiği olumsuz düşüncelerini koruyacak ve fayda ilkesini esas alan teorisinde hem orijinal sözleşme hem de doğal hakları reddedecektir⁷. *Bentham*'ın doğal haklar söylemine yönelik temel eleştirisi, davranışların iki yönlendiricisinin haz ve acı olduğu gerçeğini göz ardı ederek esasında gerçeklikle irtibatı bulunmayan kavramların kullanılması suretiyle zihinlerin bulandırılmasıdır⁸. Başka bir deyişle doğal haklar söylemi dilin kötüye kullanımının bir örneği olduğu için eleştirilmeli-

Jeremy: *The Correspondence of Jeremy Bentham, Volume 1, 1752-76*, UCL Press, London, 2017 (Correspondence Vol. 1), s. viii; SCHOFIELD, Philip: "Real and Fictitious Entities", (Ed.) SCHOFIELD, Philip: *Utility and Democracy-The Political Thought of Jeremy Bentham*, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 1-2. Benzer bir görüş *Bentham*'ın gerçek ve kurgusal varlıklar teorisi hakkında ilk detaylı incelemenin yazarı C. K. Ogden tarafından da dile getirilmiş, gerçek ve kurgusal varlıklar ayrımını geliştirmesinde çocukluk döneminde hayaletlerden duyduğu korkunun ve yatılı okulunun kasvetli odasının etkisi vurgulanmıştır. Bkz. OGDEN, Charles Kay: *Bentham's Theory of Fictions*, 1. Baskı, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd., London, 1932, s. xv. Nitekim *Bentham* da hayalet korkusu ve bu korku ile başa çıkma yollarını, yargı ve hayal gücü arasındaki farkı ortaya koymak için dile getirmiştir. Bkz. BENTHAM, Jeremy: *The Works of Jeremy Bentham- Vol. 11 (Memoirs of Bentham Part II and Analytical Index)*, William Tait, Edinburgh, 1843, s. 67.

⁴ *Per genus et differentiam*, "bir terimin ait olduğu bir cinsi ve ardından türünü veren ve böylece onu cins içinde konumlandırarak farkı belirterek ilerleyen Aristotelesçi bir tanım kalıbıdır. Klasik örnek, insanların rasyonel hayvanlar olarak tanımlanmasıdır." Bkz. <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803100317283>.

⁵ BENTHAM, Jeremy: "Essay on Logic", *The Works of Jeremy Bentham-Vol. 8*, William Tait, Edinburgh, 1843 (Essay on Logic), s. 217-19.

⁶ *Bentham*'ın özellikle Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ve Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ni mercek altına alarak yaptığı olduğu doğal haklar söylemine karşı eleştirileri için bkz. ŞAHİN CEYLAN, Şule: "Anarşik Safsatalar: Bentham'ın Doğal Haklar Eleştirisi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 15, Sayı 189-190, s. 723-46.

⁷ SCHOFIELD, s. 7. *Bentham*'ın doğal hakları hedefine alması ve bunları gerçek olmayan varlıklar olarak nitelendirmesi "hayalet avı" olarak nitelendirilmiştir. Bkz. ŞAHİN CEYLAN, s. 726.

⁸ ŞAHİN CEYLAN, s. 728.

dir. Böylece *Bentham*'ın *Blackstone* ile uyumsuzluğunun gerçek ve kurgusal varlıklar teorisini inşasında ayrı bir önem taşıdığı söylenebilir. Zira *Bentham* doğal haklar, orijinal sözleşme gibi kurgusal varlık adlarının hayal gücünün ürünü olduklarını, esasında gerçek varlıklar tabanında bir karşılıklarının bulunmadığını düşünmektedir. Bu tür terim ya da kavramların ise kullanımı ona göre suistimale açık kapı bırakmaktadır⁹. Nitekim *Bentham* böylesi kavramların genellikle kişilerin kendi düşüncelerini ya da güç sahiplerinin kendi iktidarlarını pekiştirmek, yapmış olduğu hataları gizlemek için kötü niyetli bir biçimde kullanıldığını düşünmekteydi.

Bentham'ın teorisini geliştirirken *Helvetius* ve *Locke*'dan etkilendiği söylenebilir. *Bentham*, *Blackstone*'a yönelik eleştirilerde bulunduğu bir paragrafta, *Helvetius* ve *Locke*'a onların tanım konusundaki ustalığını ve *Blackstone*'un bu konudaki ihmalkârlığını vurgulayacak bir biçimde atıfta bulunmaktadır:

“Onun (*Blackstone*) ve onun gibi yazarların bilime kattığı zehirden arınmak için tek bir çare biliyorum; o da tanım, sürekli ve düzenli tanım, *Helvetius* ve ondan önce *Locke* gibi zihnin o büyük hekimlerinin büyük reçetesi. Daha az bilinen terimleri daha çok bilinen terimlerle, daha soyut terimleri daha az soyut terimlerle, kendilerine ait daha büyük bir basit ideler topluluğu olan terimleri daha az kapsamlı bir topluluk olan terimlerle açıklayan (onunki gibi olmayan) faydalı ve meşru tanım.”¹⁰.

Bentham'ın etkilenmiş olduğu düşünürlerden bir diğeri hiç şüphesiz *Hume*'dur. *Bentham*'ın gerçek ve kurgusal varlıklar ayrımında *Hume*'un özellikle ideler ve izlenimler ayrımının etkisi olduğu söylenebilir. *Bentham* kurgusal varlıklara ilişkin analizlerinden beslendiği anlaşılabilir *Hume*'a bir yandan atıf yapmakta bir yandan da eksik gördüğü hususları da belirtmektedir:

“Hazlar, acılar, arzular, duygular, ilgiler, tutkular, menfaatler, erdemler, ahlaksızlıklar, yetenekler ve diğer psikolojik varlıklar ‘*Rotten Row*’ adı verilen gezintideki pek çok atlı gibi bir araya getirilmiştir: ancak tüm grup en mükemmel karışıklık halindedir ve birbirleriyle nasıl bir ilişki içinde olduklarını gösterme çabası yoktur; tüm bu nesnelere tanımsız ve belirsizdir, güneş ışığındaki atomlar gibi herkesin gözü önünde dans ederler.”¹¹.

Bentham'ın üzerinde etkisi olan bir başka düşünür ise d'Alembert'tir; *Bentham* bu etkiyi *Chrestomathia* adlı eserinde “kurguların varlığını ilk olarak ortaya çıkaran kişi” nitelendirmesinde bulunarak açık bir biçimde ortaya koymuştur. Gerçek ve kurgusal varlıkların adları arasındaki “bu ayrımı ilk ortaya çıkaranın D'Alembert olduğuna inanılır ve bu ayrımın yeryüzündeki mevcut ya da olası tüm dillere sirayet ettiği görülecektir. Örneğin cisimlerin adları gerçek varlıkların adlarıdır; niteliklerin ve ilişkilerin adları ise kurgusal varlıkların adlarıdır.”¹².

Bentham'ın teorisini geliştirmesinde *Locke*'un takipçileri *Condillac* ve *Hartley* gibi dilbilimi üzerine çalışmaları olan yazarların da etkileri görülmektedir¹³. *Jeremy Bentham*'ın kardeşi *Samuel Bentham*'a yazdığı bir mektupta “*Port Royal*'in gramercileri” ifadesini kullanarak bu yazarlara zımnî bir atıfta bulunduğu görülebilir¹⁴. Anlamli kelimelerin *Locke*'çu idelerle ilişkilendirilemeyeceği şeklindeki görüşünü ise *Hart-*

⁹ Doğal haklar söyleminin savunucuları genel olarak doğal hakların iktidarı sınırlandıran ve keyfi muamelelerde bulunmasının önüne geçen bir kalkan olduğunu ileri sürmüşlerdir. Oysa *Bentham* için gerçekliği olmayan bir kavramdan böylesi bir medet ummak tehlikelidir; kavramın gerçeklikle ilişkisi bulunmadığından suistimale açık bir kapı bırakılmış olur. İktidarın sınırlandırılması elbette önemlidir ancak sınırlar doğal haklar tarafından değil fayda ilkesi tarafından çizilmektedir. Bkz. ŞAHİN CEYLAN, s. 727.

¹⁰ BENTHAM, Jeremy: *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford and New York, 2008 (A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government), s. 346.

¹¹ BENTHAM, Jeremy: *Deontology together with a Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, Oxford University Press, Oxford, 1983 (*Deontology*), s. 323.

¹² BENTHAM, Jeremy: *Chrestomathia*, Clarendon Press, Oxford, 1983 (*Chrestomathia*), s. 257-58.

¹³ DE CHAMPS, Emmanuelle: “The Place of Jeremy Bentham's Theory of Fictions in Eighteenth-century Linguistic Thought”, *Journal of Bentham Studies*, 1999, Cilt 2, Sayı 1, s. 5.

¹⁴ BENTHAM, *Correspondence Vol. 1*, s. 262.

ley'in *Theory of Human Mind* (Bu ad, *Priestley*'e ait bir kısaltmadır) adlı kitabından etkilenecek benimse-
diği ileri sürülmüştür¹⁵. *Condillac*'a ise *Traité des Sensations*'ın "mantık konusunda başka hiçbir eserden
elde edilemeyecek zenginlikte bilgi içeren" bir kitap olduğunu belirterek övgüde bulunmuştur¹⁶.

Bu düşünürlerin *Bentham*'ın fikirlerini geliştirmesinde etkisi yadsınmamakla birlikte özellikle
Harris ve *Tooke*'un dil ve kurgu konuları çerçevesinde *Bentham* üzerinde daha büyük etkilerinin bu-
lunduğu ileri sürülmüştür. Nitekim *Bentham*'ın daha önce zikredilen yazarlara kıyasla bu ikisine çok
daha sık atıfta bulunduğu görülmektedir. *Bentham*'ın yaşadığı dönemde *Harris*'in dil ve gramer ala-
nında bir otorite olduğu hesaba katılırsa *Bentham*'ın teorisinde etkisinin bulunduğu bahisle *Har-
ris*'in görüşleri incelenmeye değerdir. *Henry Tooke* ise *Bentham*'ın eserlerinde açıkça atıf yaptığı ve
çoğu zaman görüşlerini kıymetli bulduğu bir yazardır. Hatta *Harris* ve *Tooke* arasında bir ihtilaf oldu-
ğunda *Bentham*'ın çoğunlukla *Tooke*'dan yana tavır aldığı görülmektedir. *Tooke*'u ne derece takdir
ettiği onun tarafından "yapılmış keşifler olmadan ... böylesi bir evrensel gramer oluşturulamazdı"¹⁷.
İfadelerinden de anlaşılmaktadır. *Bentham* kendi dil teorisinin temellerini *Tooke*'un görüşlerinde bul-
duğunu belirtmiştir. Ancak bu *Harris*'in *Bentham* üzerinde bir etkisinin olmadığı şeklinde yorumlan-
mamalıdır; her iki yazarın da bariz etkileri söz konusudur¹⁸.

Böylelikle *Bentham*'ın dil üzerine çalışmaları, gerçek ve kurgusal varlıklar teorisi ve bu teorisinin
Bentham'a özgü teknikleri (özellikle *paraphrasis* tekniği), arka planında *Locke*, *Hume*, *Helvetius*,
D'Alembert, *Condillac*, *Hartley* ve bilhassa *Harris* ve *Tooke* gibi yazarların görüşlerinden beslenerek
oluşturulmuştur. Teorisinin elbette özgün yanları bulunmaktadır. Ancak teorisinde bu yazarların görüş-
lerinden esinlenildiği de inkar edilemez. Dolayısıyla *Bentham*'ın gerçek ve kurgusal varlıklar teorisini
yeni bir buluş, daha önce dile getirilmemiş görüşler ve bilinmeyen bir kıtanın keşfi gibi sunmak isabet-
li olmayacaktır¹⁹.

II. ONTOLOJİ VE EPİSTEMOLOJİ

A. Ontoloji

Bentham varlıkları gerçek ve kurgusal varlıklar olarak iki gruba ayırmıştır. Gerçek bir varlığı,
"söylem vesilesiyle ve söylemin amacı doğrultusunda kendisine gerçekten varlık atfedilmek istenen bir
varlık"²⁰ olarak kurgusal varlığı ise "kendisinden bahsederken kullanılan söylemin gramer biçimi ge-
reği kendisine varlık atfedilse de hakikatte ve gerçeklikte kendisine varlık atfedilmesi amaçlanma-
yan"²¹ varlık olarak tanımlamıştır. Gerçek varlıktan farklı olarak kurgusal varlık hayal gücü tarafından

¹⁵ HARRISON, s. 66.

¹⁶ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 282, dipnot 4. *Bentham*'ın *Condillac*'ın görüşlerini ele aldığı başkaca yerler için bkz. BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 283; BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 285-86; BENTHAM, Jeremy: "Essay on Language", *The Works of Jeremy Bentham-Vol. 8*, William Tait, Edinburg, 1843 (Essay on Language), s. 322; BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 165, dipnot a; s. 261; s. 268, dipnot a; s. 269, dipnot a; s. 273, dipnot a.

¹⁷ BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 400.

¹⁸ *Jeremy Bentham*'ın bu iki yazarı ne denli yakından takip ettiği kardeşi *Samuel*'e yazdığı mektuplardan anlaşılabilir. *Harris*'in *Hermes* adlı çalışması hakkında "saçmalıklar üzerine" olduğu eleştirisini de barındıran detaylı değerlendirmeleri için bkz. BENTHAM, *Correspondence Vol. 1*, s. 221-22. *Bentham*'ın *Tooke*'un çıkan her yazısını da dikkatle takip ettiği yine kardeşi *Samuel*'e yazdığı mektuplarda görülebilmektedir. *Jeremy Bentham Tooke*'un görmekte zorlandığını belirtmesine rağmen hemen akabinde "*Horne*'un *Dunnig*'e mektubunu gördün mü?" sorusunu yöneltiyor ve *Horne Tooke*'un *Harris*'in *Hermes* adlı eserini nasıl paçavraya çevirdiğini heyecanla anlatıyor. Bkz. BENTHAM, Jeremy: *The Correspondence of Jeremy Bentham, Volume 2, 1777-80*, UCL Press, London, 2017 (*Correspondence Vol. 2*), s. 181. *Bentham*'ın genelde sivri ve iğneleyici kelimeler kullanmayı sevmesi de dikkate alınarak *Harris* ve *Tooke* arasında her halükârda *Tooke*'dan yana olduğu ve *Harris*'ten hiç beslenmediği ise düşünülmemelidir. Nitekim iki yıl sonra yazdığı bir başka mektubunda *Harris*'in babasının ölüm haberini kardeşi *Samuel*'e haber verirken *Hermes* isimli kitaptan "hatırı sayılır derece ders çıkardığını" ifade etmiştir. Bkz. BENTHAM, *Correspondence Vol. 2*, s. 523. Daha önceki övgülerinin aksine *Tooke*'a yönelik eleştirilerini de dile getirmiştir. Örneğin onun gerçek ve kurgusal varlıklar arasındaki ayrımı tam anlamıyla yetkinleştiremediğini belirtir. Bkz. BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 258-59. Dolayısıyla farklı derecelerde de olsa *Bentham*'ın hem *Harris*'ten hem de *Tooke*'dan istifade ettiği söylenebilir.

¹⁹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DE CHAMPS, s. 1-28.

²⁰ BENTHAM, Jeremy: "A Fragment on Ontology", *The Works of Jeremy Bentham-Vol 8*, William Tait, Edinburg, 1843, s. 196.

²¹ BENTHAM, *A Fragment on Ontology*, s. 197.

söylem amacıyla uydurulmuş ve sanki gerçek bir varlıkmiş gibi konuşulan bir nesnedir²². Bu iki sınıfa dâhil edilemeyen ve kendisinden bir varlık olarak söz edilen şeyler ise esasında herhangi bir varlığa sahip olmayan salt kurgu, hayal gücünün ürünü masalsı şeylerdir. Bunların temel bulunduğu herhangi bir ontolojik zemin söz konusu değildir.

İster gerçek ister kurgusal olsun bütün varlıklara ilişkin yapılabilecek bir başka ayırım *algılanabilir* ve *çıkarımsal* varlıklar ayrımıdır. Algılanabilir varlık, varlığı insana duyuların dolaysız tanıklığıyla, herhangi bir muhakeme sürecinin katılımı olmaksızın bildirilen varlıktır. Algılanabilir varlıklar sınıfının en genel cinsinin adı bedendir. “Beden cinsi” kendi içerisinde farklı farklı biçimlerde alt türlere ayrılabilir. Bir ayırım; hayvan, bitki ve mineral şeklinde bir sınıflandırma sunarken bir diğeri yaşamla donatılıp donatılmadığına göre bedenleri ayırt edebilir. Yaşamla donatılan bedenler de duyuları olanlar ve olmayanlar şeklinde ayırt edilebilir. Hayvanlar duyarlı, bitkiler ise duyulardan yoksun olarak yaratılmış bedenlerdir. Çıkarımsal varlık ise insanlar tarafından duyuların tanıklığı ile bilinmeyen, varlıklarına muhakeme, bir akıl yürütme zinciri sonucu ulaşılabilen varlıktır. Bir insan veya insan üstü bir varlıktan yapılan çıkarımlardır. Ruh insandan; tanrı, melekler, şeytanlar ise insan üstü varlıklardan yapılan çıkarıma örnek gösterilebilir²³.

1. Gerçek Varlıklar

Gerçek varlıklar insanlara beş duyudan biri ya da birkaçı aracılığıyla bildirilen nesnelere²⁴. Bu nedenle gerçek varlıklar hakkında konuşulurken kendilerine gerçekten varlık atfedilmek istenen varlık türüdür²⁵.

Gerçek varlıklardan bazıları algılanabilir (*perceptible*) bazıları ise çıkarımsal (*inferential*) varlıklardır. Algılanabilir gerçek varlıklar, duyulur nesnelere (*sensible objects*) duyu organlarına teması neticesinde üretilen *izlenimler*, duyulur nesnelere hatırlanmasıyla ortaya çıkan *ideler*, hayal gücünün etkisi altında ortaya çıkmış idelerin birleştirilmesi suretiyle elde edilen *yeni ideler*²⁶. Tözler yani bir bedenden oluşan materyal olan varlıklar ise algılanabilir varlıklara referansla kendilerine varlık izafe edilenlerdir ve bu nedenle *çıkarımsal varlıklar* olarak adlandırılırlar²⁷. O halde izlenimler ve ideler algılanabilir varlıkları, maddi/cismani ve maddi olmayan/ruhani varlıklar ise çıkarımsal varlıkların alt kümesini oluşturur. *Bentham* maddi/cismani varlıkları *Ramean Ağacı*'nda²⁸ sunduğunu ifade etmiştir²⁹; maddi olmayan/ruhani varlıklara ise Tanrı, insan ruhu, melekler, şeytanlar gibi varlıkları örnek olarak sunmuştur³⁰.

²² BENTHAM, *Essay on Language*, s. 325.

²³ BENTHAM, *A Fragment on Ontology*, s. 195-96.

²⁴ BENTHAM, *Essay on Language*, s. 325.

²⁵ BENTHAM, *A Fragment on Ontology*, s. 196.

²⁶ *Bentham* bazılarının bunların gerçek varlık olup olmadığı hususunda şüpheye düşebileceğini ancak şüpheye düşülmesini gerektiren bir durum olmadığını belirtmektedir. Duyulur nesnelere ne derece gerçekse onlar hakkında verileri zihne aktaran duyular ve bunlardan elde edilen izlenimler, ideler ve yeni ideler de gerçektir. Hatta her türden bedenin varlığı algular aracılığıyla sağlanan kanıtlarla ortaya konabildiği için bunların varlığı dolaylı kanıtlarla ortaya konmuş olur. Oysa algular sınıfına ait her nesne daha dolaysız kanıtlarla ortaya konduğundan daha yüksek derecede bir gerçekliğe sahiptir. Bkz. BENTHAM, *A Fragment on Ontology*, s. 196.

²⁷ BENTHAM, *A Fragment on Ontology*, s. 196.

²⁸ Mantıkçılar tarafından *İsagoci* isimli eserin yazarı *Porphyrios*'a atfen *Porphyrian Ağacı* olarak da anılan bu diyagramın *Bentham*'a göre asıl mucidi Peter Ramus'tur ve ağacın onun ismine atıfla *Ramean Ağacı* olarak adlandırılması daha uygundur. *Bentham*, *Porphyrios*'un *İsagoci*'sinde bir mantık ağacının ortaya koyduğu bölünmeler siteminin bulunmadığını belirtmektedir. *Porphyrios* mantıkta bir alt alta sıralama sisteminden başka bir şey ortaya koymuş değildir. Dolayısıyla onun mantıksal sınıflandırması bir ağaç şeklinde değil daha ziyade birbiri içine geçmiş kutulardan oluşmaktadır. *Bentham*'a göre mantıkçılar tarafından *Porphyrian Ağacı* olarak adlandırılan hayranlık uyandıran aracın varlığına *Porphyrios*'un eserinde rastlanılmamaktadır. Bkz. BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 240, dipnot b. *Porphyrios*, *İsagoci*'yi cins, tür, ayırım, özellik ve ilinti olarak adlandırdığı beş tümel üzerinden hareketle inşa etmiştir. Genel olarak bkz. PORPHYRIOS, *Isagoge: Aristoteles'in Kategorilerine Giriş*, (Çev.) ÇOTUKSÖKEN, Betül, 2. Baskı, BilgeSu Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 32-46. Mantıkçılar tarafından bu eserden hareketle hazırlanan *Porphyrian Ağacı*nda ise en genel cins olarak “varlık”ı belirlenmiştir. Varlık kendi içinde *maddi* olan ve *maddi olmayan* şeklinde iki dala ayrılır. Maddi olan ise kendi içinde *cansız* ve *canlı* şeklinde iki dala ayrılır. Canlı kendi içinde *duygusuz (bitki)* ve *duygulu (hayvan)* olarak ikiye ayrılır. Duygulu ise kendi içinde *akıllı* ve *akılsız* olarak ikiye ayrılır. Bkz. ÇÜÇEN, A. Kadir: *Klasik Mantık (Mantığa Giriş)*, 2. Baskı, Asa Kitabevi, Bursa, 2009, s. 81.

²⁹ Bkz. BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 240-42.

³⁰ BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 271, dipnot a.

Sadece tözlerin kendi içinde bölümlenmesi söz konusu olduğunda ve bölümlenmenin bir kolu algılanabilir diğer kolu ise çıkarılabılır başlığını taşıyacaksa, algılanabilir olan tözlerin ayırt edici özelliği olarak materyal olmaları, bir beden olarak var oldukları kaçınılmaz olarak söylenmek durumunda-
dır. Çıkarılabılır olan tözler ise materyal olmayanları tanımlamak için kullanılacaktır³¹. Böylelikle *Bentham* tarafından gerçek varlıklara dair yapılan bir diğer sınıflandırma *zihinsel* ve *tözsel* varlıklar ayrımıdır. Zihinsel varlıklar; duyular, izlenimler ve idelerdir ve bunlar aslında gerçekliği en dolaysız olan, en gerçek varlıklar olarak düşünülmelidir. Tözler ise bedeni olan, fiziksel olarak algılanabilen varlıklar ve bedeni olmayan fiziksel olarak algılanamayan (ruh, tanrı, melek, şeytan vb.) varlıklardır³².

2. Kurgusal Varlıklar

Kurgusal varlık, varlığı hayal gücü tarafından uydurulan bir nesnedir³³. Bu nedenle kendisinden söz edilirken dilin sınırlılıkları nedeniyle kendisine varlık atfediliyormuş gibi görünen ancak hakikatte kendisine varlık atfedilmesi gerekmeyen varlıktır³⁴.

Hayal gücünün ürünü olduklarından kurgusal varlıklar, varlığını *dile* borçludur. Algılanabilir ya da çıkarımsal gerçek bir varlığın adı olmayan her ad kurgusal bir varlığın adıdır. Her kurgusal varlığın ilişkili olduğu bir gerçek varlık bulunmaktadır. Aksi takdirde kurgusal varlığın anlaşılabilmesi mümkün değildir³⁵.

Bentham, kurgusal varlıklar ile hayal dünyasının ürünü olan kurguların birbirinden ayırt edilmesinin önemini vurgular. Kurgusal varlık kavramı kurgu ya da masalsı varlık kavramı ile karıştırılmamalıdır. Kurgusal varlıklar fiziksel varlığı bulunmayan varlık idesine atıfta bulunurken kurgu ya da masalsı varlıkların atıfta bulunduğu bir varlık bulunmaz. Başka bir deyişle bunlar gerçek olmayanların var olduğunu ileri süren hatalı önermelerdir³⁶. *Bentham*'ın gerçek ve kurgusal varlıklar ayrımı temelinde inşa ettiği anlam teorisinin ve geliştirdiği yeni açıklama yöntemlerinin en temel amacının bu ayrımı belirginleştirmek olduğu söylenebilir. Hayal dünyasının ürünü olan kurgular (örneğin, hayaletler, periler vb.) gerçek olmayan varlıklardır. Daha doğrusu bunların varlığından söz edilemez. Özellikle hukukla ilişkili kurgusal varlıklar olarak yetki, yükümlülük, ödev, hak gibi kavramlar dile getirilebilir. Bunların gerçek varlıklarla ilişkisi bir kap ile içindeki arasındaki ilişki gibidir; yani şeyin nitelikleri kaba, şeyin kendisi ise içindekilere karşılık gelir³⁷.

B. Epistemoloji

Bentham'ın ontolojisi ile epistemolojisi arasında ayrılmaz bir ilişki vardır, biri diğerini yansıtır. Ontolojisi ve epistemolojisi arasında böyle bir ilişkinin bulunması *Bentham*'ın görüşlerini ortaya koymayı zorlaştırmaktadır³⁸. *Bentham* dilde adların temel bir rolü olduğunu belirtir. Dilin ortaya çıktığı,

³¹ BENTHAM, *A Fragment on Ontology*, s. 196-97.

³² *Bentham* bedeni olmayan yani materyal nitelikte olmayan tözlere dair yapılan çıkarımların, muhakemenin ikna edici olmaması halinde ikna olmayan kişi için bunların kurgusal varlık olarak değil varlık olmayanlar kategorisine dahil edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. SCHOFIELD, s. 17.

³³ BENTHAM, *Essay on Language*, s. 325.

³⁴ BENTHAM, *A Fragment on Ontology*, s. 197.

³⁵ BENTHAM, *A Fragment on Ontology*, s. 197.

³⁶ SCHOFIELD, s. 2, dipnot 14. Bununla birlikte *Bentham* kurgusal varlıkların adlarına karşılık gelecek biçimde bazen kurgu ifadesini de kullanmaktadır. *Schofield, Bentham*'ın ontolojisinin literatürde kurgu teorisi olarak isimlendirildiğini ancak bunun *Bentham*'ın yukarıda ifade edilen "kurgu" kelimesini kullanım biçiminden ötürü kafa karışıklığına yol açabileceğini düşünmektedir. *Schofield* karışıklığa mahal vermemek için *Bentham*'ın ontolojisinin gerçek ve kurgusal varlıklar teorisi olarak nitelendirilmesini tavsiye eder. Bkz. SCHOFIELD, s. 2, dipnot 14. Nitekim ben de *Schofield*'in tavsiyesine kulak vererek bu isimlendirmeyi kullanmayı tercih ettim.

³⁷ BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 271, dipnot a.

³⁸ *Gerald Postema, Tarantino*'nun *Bentham*'ın ontolojisi ile epistemoloji arasındaki bu bağlantıyı fark edemeyip *Bentham*'ın anlam teorisinin realist bir yorumunu sunduğunu dile getirmektedir. Oysa *Postema*'ya göre yapılması gereken bu bağlantıyı dikkate alarak anlam teorisine ilişkin yarı pragmatist bir yaklaşım sunmaktır. Bkz. POSTEMA, Gerald: "Meaning, Analysis, and Exposition: The Technology of Thought", *Utility, Publicity, and Law: Essays on Bentham's Moral and Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 9, dipnot 17. *Tarantino* tarafından sunulan *Bentham*'ın anlam teorisinin realist yorumu için bkz. TARANTINO, Piero: *Philosophy, Obligation and the Law-Bentham's Ontology of Normativity*, Routledge, London-New York, 2018, s. 11-84.

köklerini saldığı en temel deneyimler, adların dâhil olduğu durum ve olaylarla ilişkilidir. Bununla birlikte insanlar, dâhil olunan bu durum ve olaylardan ziyade dilde ad olarak beliren nesne ve varlıklar açısından düşünme eğilimi taşımaktadır. Bunun sonucu olarak sıradan ya da gündelik dilin yüzeysel ontolojisinin büyük ölçüde mecazi (figüratif) olduğu söylenebilir³⁹.

Ontolojik açıdan gerçek varlıkların kurgusal varlıklara kıyasla bir önceliği olduğu, başka bir ifadeyle kurgusal varlıkların, varlıklarını gerçek varlıklara borçlu olduğu söylenebilir. Ancak epistemolojik açıdan tam tersi bir durum söz konusudur. Gerçek varlıklar epistemolojik bakımdan temel düzeyde kurgusal varlıklara gereksinim duyacaktır. Bu durum *Bentham*'ın birinci düzey kurgusal varlıklar olarak adlandırdığı bölümde anlattıkları ile temellendirilebilir. *Bentham* “madde”⁴⁰, “biçim”, “miktar”ın birinci dereceden kurgusal varlıklar olduğunu belirtmiştir. Ona göre hiçbir töz (*substance*) kendisi belirli bir madde olmaksızın, belirlenmiş bir biçime sahip olmaksızın ve belirlenmiş bir nicelikte olmaksızın var olamaz. Evrende tek bir töz olacak olsaydı dahi madde, miktar ve biçim olarak adlandırılan bu üç niteliğe sahip olurdu⁴¹. Bu açıklamalar *Bentham*'ın tözlerin insan zihni tarafından tanınmadan önce de var olduğunu, madde, biçim ve miktarın tözün analizi neticesinde üretilmiş birer kurgusal varlık olduğunu düşündüğu şeklinde yorumlanabilir. Ancak *Bentham*'ın “*bedenlerin oluştukları bilinen kurgusal varlıklar aracılığıyla ... ayırt edilebileceği*” ve daha da ileri giderek “*bir beden kurgusal varlıkların toplama*” olduğu şeklindeki ifadeleri dikkate alındığında bu yorum yapılamayacaktır⁴². Bu çerçevede bazı kurgusal varlıkların eşlik etmediği tözlerin zihin tarafından tanınamayacağı, bu tözlere dair bilginin imkânının bulunmayacağı söylenebilir. Tözlere dair bilgi kurgusal varlıkların katılımıyla mümkün olabileceğine göre tıpkı kurgusal varlıklar gibi gerçek varlıklar da epistemolojik anlamda insan zihninin yapay ürünleridir ve kendi içlerinde bağımsız bir gerçeklikleri yoktur⁴³.

Bentham'ın kurgusal varlıklar ile masalsı varlıklar arasında yapmış olduğu ayrımlardan biri de şudur: masalsı varlık adlarının zihinde bir imge uyandırma olasılığı bulunmasına karşın kurgusal varlık adlarında böyle bir olasılık bulunmaz⁴⁴. *Bentham*'ın kurgusal varlıkları, masalsı varlıklardan ayırt etmek için ortaya koymuş olduğu araç, kurgusal varlıkların zihinde karşılık gelen bir imge oluşturmama özelliğine sahip olmalarıdır. Bunların insan deneyimine konu olan tüm dünyanın içinde düzenlendiği kavramsal bir çerçeve olduğu şeklinde yorumlanabileceği ileri sürülmüştür. Bir başka ifadeyle kurgusal varlıklar özellikle de birinci dereceden kurgusal varlıklar her bir tözün ya da beden zihinde temsil edilmesini sağlayan araçlardır. Bu nedenle kurgusal varlıklar zihinde temsil edilmezler ve gerçek dünyanın bir parçası olamazlar⁴⁵.

Bu yorum kabul edilecek olursa ve yukarıda ifade edilen gerçek varlıklardan ziyade kurgusal varlıkların epistemolojik düzlemde öncelikli bir role sahip olduğu çıkarımı da dikkate alınacak olursa şu sonuca ulaşılabılır: *Bentham*, insan zihninin gerçek varlıklara dair bilgi üretimi işleminin, gerçek varlıkların imgelerini inşa ederek ve bunları kurgusal varlıklar aracılığıyla düzenleyerek gerçekleştirildiğini düşünmektedir. Aktif zihnin üzerinde işlem yürüttüğu hammadde, fiziksel gerçekliği bulunan gerçek varlıklardır. Fiziksel dünyadan ve deneyimler dünyasından geriye kalan alan, kurgusal varlıklar tarafından doldurulur. Söz konusu kurgusal varlıklar arasında hareket, zaman, mekân ve madde, ikincil

³⁹ POSTEMA, s. 6.

⁴⁰ *Bentham* madde (*matter*) kelimesi töz (*substance*) kelimesi benzer olduğundan eş anlamlı olduğunun düşünölebileceğini ancak tözün maddi varlığı olmayan (*incorporeal*) varlıkları da içermesi nedeniyle daha geniş kapsamlı bir kavram olduğunu belirtmektedir. Bkz. BENTHAM, *A Fragment on Ontology*, s. 201.

⁴¹ BENTHAM, *A Fragment on Ontology*, s. 201.

⁴² *Postema*, *Bentham*'ın bu ifadelerine “135_069” kutu no.lu el yazısı notlarından ulaşılabileceğini belirtmektedir. POSTEMA, s. 12, dipnot 21. İlgili el yazısı nota *University College of London* Kütüphanesinin *Bentham Manuscripts* başlıklı elektronik ortamda erişilebilir koleksiyonundan erişilebilmektedir. Bkz. https://ucl.primo.exlibrisgroup.com/view/UniversalViewer/44UCL_INST/12362277440004761?xywh=-5664,-486,16683,7244&r=0.

⁴³ TAKASHIMA, Kazuya: “Bentham’s Theory of Language”, *Revue d’études Benthamiennes*, 2019, Cilt, 16, s. 3.

⁴⁴ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 263.

⁴⁵ TAKASHIMA, s. 3-4.

nitelikler, eğilimler, zihinsel eylemler ve zihinler, insan ilişkileri gelenekler ve kurallar, iyi ve kötü, doğru ve yanlış ilişkiler, yükümlülükler, haklar ve özgürlükler bir çırpıda sayılabilir. Zihinlerimiz bu kurgusal varlıkları, içinde yaşadığımız dünya ile etkileşimlerimizi anlamak ve yönetmek için zaman içinde inşa etmiştir. Kurgusal varlıklar aracılığıyla inşa edilen bu dünya böylelikle fiziksel temeller üzerine oturtulmuş olur⁴⁶. Bu inşa faaliyeti dil aracılığıyla gerçekleştirilir; nitekim hatırlanacak olursa kurgusal varlıklar da mevcudiyetlerini dile borçludurlar.

Bentham kendisinden önce gelen filozoflar gibi bir nesnenin dünyadaki var oluşunun izlenimler ve idelerden bağımsız olduğunu kabul etmesinin bir sonucu olarak “zihnin aktif yetileri”nin sürece dâhil olduğunu belirtmiştir⁴⁷. Fiziksel varlıklar hakkında kurgusal varlıkların araç olarak kullanılması suretiyle gerçekleşen zihinsel süreci *Bentham* bir çiftçi ve kızının daha önce hiç görmemiş oldukları bitki üzerinde yürüttüğü zihinsel süreçlerle örneklendirerek açıklamaktadır. Çiftçi yetiştirmekle görevli olduğu bitkilerin üzerinde yabancı başka bir bitkinin bulunduğunu gözlemlemiş ve bıçağı ile bitkiyi kökünün hemen üzerinden kesmiş ve sonrasında kestiği kısmı ateşe atıp yakmıştır. *Bentham*'a göre çiftçi burada fiziksel bir bütün üzerinde iki farklı biçimde fiziksel bir analiz gerçekleştirmiştir: Birincisi çiftçi fiziksel bütünü kök ve kökün üzerindeki kısım olacak şekilde iki parçaya bölmüştür ve böylece mekanik modda fiziksel bir analiz gerçekleştirmiştir. İkincisi ise bitkinin kesilen kısmını ateşe atarak bir kısmı gaz haline bir kısmı ise küle dönüşen bitki ile ilgili kimyasal modda fiziksel bir analiz gerçekleştirmiştir. Bir süre sonra aynı yerden geçen çiftçinin kızı babasının kestiğine benzer bir bitkiyi görmüş ve bitkinin güzelliği dikkatini çekmiştir, görmüş olduğu bitki bir güldür. Kıza göre bitkinin her tarafı aynı güzellikte değildir, bir parçası güzelliği ile diğer kısımlarından ayrılmaktadır. Bu bitkiyi daha yakından incelemek için koparan kız kokusunu hissetmiş ve kokusunu güzel bulmuştur. Bitki çok hoşuna gittiğinden onu kıyafetine ilişirmiş ve ilkinden farklı ve yine hoş bir koku algılamıştır. Hikâyenin çiftçinin kızı ile ilgili bu kısmında *Bentham*'a göre kız farkında olmaksızın fiziksel bütün üzerinde mantıksal bir analiz yapmaktadır. Bu zihinsel operasyonu gerçekleştirirken kullandığı araç ise kurgusal bir varlık olan “dikkat”tir. Kız çiçek kısmını daha güzel bulduğu için bitkinin o kısmına dikkat kesilmiş; böylelikle bitkiyi zihinsel olarak çözümlenmek ya da bölümlere ayırmak suretiyle analiz etmiştir. Ona göre bitki çiçek olan kısmı ile olmayan kısımdan oluşmaktadır. Bitki, kızın önce biçiminin ve renginin sonra ise kokusunun güzelliği ile dikkatini çekmiş; bitkinin bu kısmı hem görme hem de koku alma duyusuna tuhaf bir biçimde hoş görünmüştür. Böylelikle bitkinin çiçek kısmı yani gülün iki özelliği ya da niteliği vasıtasıyla bitkinin bütününden ayırt edilmiştir. Aslında parçaların her ikisi de gerçek varlıktır. Ancak kızın bu parçalar hakkında düşündüğü nitelikler birer kurgusal varlıktır. Bu gördüğü bitkiden çok hoşlanan kız bunu kardeşine göstermiş, o da bu bitkiyi çok beğenmiştir. Bitki aralarındaki sohbetin konusu haline gelmiş ve ona çiçek adını koymuşlardı. Bir zaman sonra aynı bitkinin iki gül daha verdiğini görüp; onlara çiçek demişlerdir. Böylelikle en başında bir bitkinin bir parçasının adı yani “özel ad” olan çiçek bir “genel ad”a dönüşmüştür. *Bentham* ilk gülün görülmesi ve ona çiçek adının verilmesini basit mantıksal analiz olarak nitelendirmektedir. Ancak çocuklar çiçek adını verdikleri nesneye başkaca benzeyen nesnelere görmeleri ve onlara da çiçek adını vermeleri ile birlikte mantıksal bir sentez eylemi gerçekleştirmişlerdir. Özel ad genel ad dönüşürmüştür ve bir tür ya da cins olarak nitelendirilebilecek kurgusal bir varlık yaratılmıştır⁴⁸. Burada yaratılan kurgusal varlık aslında hiçbir şey değildir; çiçek ve onun parçası olduğu bitki ise birer gerçek varlıktır. Kurgusal varlığın kendisi iki gerçek varlığı da içermemektedir. Ancak özel addan genel ad dönüşme şeklinde gerçekleşen soyutlama aracılığıyla kurgusal varlığa işaret eden ad (yani tür adı olarak çiçek) gerçek varlıkları işaret etmek için kullanılmaya başlanmıştır. Bu çerçevede *Bentham*, kurgusal adın gerçek

⁴⁶ POSTEMA, s. 13-14.

⁴⁷ POSTEMA, s. 9-10.

⁴⁸ BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 262-264. *Bentham* kızın burada yaptığı analizi, ilkel mantıksal analiz olarak adlandırmıştır. Bkz. BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 261. İlkel mantıksal analiz, içerisinde henüz bilim ve sisteme dair hiçbir şeyin bulunmadığı analizdir. Bununla birlikte bu analiz türünde esasında “bilimsel eller” tarafından sınırları belirlenmiş, sanat ve bilim alanlarının her bir bölümlerine yol gösteren bölme sistemlerinin (*systems of division*) “tohumları” görülebilir. Bkz. BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 266.

varlıkları *fiziksel* olarak içermese dahi *mantıksal* anlamda içerdiğinin söylenebileceğini belirtmektedir⁴⁹. Görüldüğü üzere *Bentham* bitkiyi gördüğü andan itibaren kızın zihninin kurgusal varlıkları nasıl yarattığını ortaya koymak istemiştir. Bir nesne elbette zihinden bağımsız olarak vardır. Ancak o nesnenin görünüşü, rengi, kokusu, dokusu vb. özellikleri hakkında düşünüldüğünde gerçek varlıklar alanından kurgusal varlıklar alanına geçilmiş olacaktır. Bir nesnenin hangi *sınıfın* bir *türü* olduğu zihinsel bir faaliyetin, zihnin aktif yetilerinin sürece katılımı sonucunda ortaya konulmaktadır.

İlkel mantıksal analize daha sonra sentezin eklenmesi ile daha sofistike bir mantıksal analiz ortaya çıkacaktır. Analiz bir nesneyi parçalarına ayırma bunun karşısında sentez ise parçaları birleştirme işlemidir. Dilin oluşumunu salt analizden ibaret görmek *Bentham*'a göre hata olacaktır. Analizin yanına sentezin de eklenmesiyle birlikte sofistike mantıksal analiz mümkün olabilecektir. Bu arada sofistike mantıksal analizin hem analiz hem de sentezden oluştuğu vurgulanmalıdır. Nitekim *Bentham* bunu *Concillac*'ın dil yaratmayı sadece analize indirgeyen ve dil yapımına dair tek aracı analiz olarak gören yaklaşımını eleştirirken ortaya koymuştur. *Bentham*'a göre fiziksel bütün hakkında yapılan analiz aracılığıyla elde edilen parçalar daha sonra mantıksal sentez aracılığıyla birleştirilmektedir. Tüm dillerin ana malzemelelerinden olan ve analitik bir süreç olmaktan çok uzak olan “ortak adlar”ın belirlendiği süreç sentezdir. Bu sentez sürecinden önce analitik bir sürecin geldiği, sentez sonucu ulaşılan bütün hakkında yeniden bir analiz yapılabileceği doğrudur. Ancak bu ayrıştırma (analiz) ve birleştirme (sentez) süreçleri ne kadar çabuk birbirini izlerse izlesin asla aynı işlem olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla dilin yaratılmasında analiz ve sentez olmak üzere iki ayrı araç bulunduğu kabul edilmek durumundadır⁵⁰.

Bentham, analiz ve sentez arasındaki ayrımı bu şekilde belirginleştirmiştir. Analize sentezin katılımıyla oluşan sofistike mantıksal analiz sürecini ise detaylı olarak tanımlamıştır. Ona göre cismin parçaları kendilerini duyulara çok sayıda ide olarak sunmaktadır. Bu idelerin bir araya gelmesiyle az ya da çok doğrulukta ya da tamlıkta “somut olan” oluşur. Bu ideler kendilerini bir arada sunmuş olsalar dahi, zihin, bunlardan herhangi birini diğerlerinden ayırma ve bu ayırt ettiklerini dikkate alma ya da diğer kaynaklardan kendisine sunulan diğer basit idelerle bir bileşik haline getirme yetisini haizdir⁵¹. Böylelikle *Bentham* renkler, şekiller, kokular ve benzeri soyut ideler inşa etme işleminin daha ilkel mantıksal analiz tarafından sağlanmış malzemeleri varsaydığını ve kullandığını açıkça ortaya koymuştur. Önce analiz ve sonrasında gelen sentez ve sonrasında onu takip eden başka analiz işlemleri neticesinde olayların ortaya çıkardığı imgeler belirlenebilmekte, atfedilebilir basit ideler demeti olarak görülebilmektedir. Basit ideler ise zihin tarafından doğanın sunduğu haliyle pasif bir biçimde alınmaktadır. Bilakis basit ideler ihtiyaçlarını karşılamak ve menfaatini izlemek amacıyla olan aktif ve sofistike bir insan zihninin yapay ürünleridir⁵².

C. Ontoloji ve Epistemoloji Arasındaki Fark

Bentham'a göre fiziksel varlıklar hakkında bilgi sahibi olma ve fiziksel varlıkların varlığı birbirinden bağımsız konulardır. Fiziksel varlıklar zihinden bağımsız olarak vardır. Bu dikkate alındığında *Bentham*'ın “*Bir beden kurgusal varlıkların toplamıdır.*” iddiası anlaşılabilir olacaktır. *Bentham*'ın bu iddiasını duyular dışında bir gerçekliğin bulunmadığı ve duyular dışında her şeyin kurgu olduğu şeklinde yorumlamak *Bentham*'ın amacı ile ters düşecektir. Çünkü *Bentham*'ın epistemolojisinin amacı gerçek varlıkları ve kurgusal varlıkları ayırt edebilmektir. Yukarıdaki gibi bir yorum ise her şeyi kurgusal varlık kategorisine dâhil ederek adeta bu ayrımı ortadan kaldıracaktır. Bu kesinlikle *Bentham*'ın ulaşmak isteyeceği bir sonuç değildir. *Bentham* psişik varlıkların onlara doğrudan erişebilmemiz nedeniyle çıkarımsal varlıklara kıyasla varoluş unvanını daha çok hak ettiğini belirtmektedir. Ancak bu değerlendirmesi dış dünyanın varlığını doğruladığımız *çıkartımların* güvenilirliğinden şüpheye düştüğü

⁴⁹ BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 264-65.

⁵⁰ BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 267, dipnot a.

⁵¹ BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 58.

⁵² POSTEMA, s. 11.

anlamına gelmez. *Bentham*'a göre insanların ide ve düşüncelere dönüşen zihne bağlı izlenimler aracılığıyla fiziksel gerçekliğe erişebileceği doğrudur. Ancak fiziksel gerçekliğin zihinden tamamen bağımsız olarak var olduğu şeklinde bir ontolojik temeli de benimsemiştir. Bu ikisi birbiri ile çelişen ifadeler değildir, ilki fiziksel varlıkların bilgisiyle, ikincisi ise varoluşuyla ilgilidir⁵³.

O halde *Bentham*'ın tüm bu açıklamalar ışığında gerçek ve kurgusal varlıklara dair epistemolojisinin ontolojisinden farklı olduğu görülmektedir. *Bentham*'ın ontolojisi realist bir perspektife sahipken epistemolojisi pragmatist bir perspektife sahiptir. *Bentham*'ın epistemolojisinde belirleyici etken menfaattir, zihin şeylere yönelik faaliyetlerini menfaatin yönlendirmesi ile gerçekleştirmektedir. Bu sürecin yürütülmesini sağlayan ve kurgusal varlıkların da mevcudiyetini borçlu oldukları araç ise *dildir*. Takip eden başlıkta ontolojik ve epistemolojik düzlemin dil ile ilişkisi, düşüncenin inşası ve düzenlenmesinde dilin rolü hakkındaki *Bentham*'ın görüşleri ele alınacaktır.

III. DİL

Bentham'ın ontolojisi ve epistemolojisi ile ilintili olarak dilde, söylemde kullanılan adlandırmalar da temelde iki ana gruba ayrılabilir: gerçek varlıkların adları ve kurgusal varlıkların adları. Dolayısıyla dilde ve söylemde kullanılan adların bazıları gerçek varlıkları bazıları ise gerçek olmayan varlıkları işaret etmektedir. Gerçek olmayan varlıklar da kendi içerisinde ikiye ayrılır: varlık olmayanlar ve kurgusal varlıklar. Varlık olmayanlara masalsı varlıklar ve kurgular örnek olarak gösterilebilir. Bunlar hem gerçek değildir hem de dilsel meşruiyetten yoksundur. Bu nedenle bunları kullanmaktan kaçınmak gerekmektedir. Ancak kurgusal varlıklar için bu sonuca ulaşamaz. Nitekim *Bentham* sık sık kurgusal varlıkların “imkânsız ama vazgeçilmez” var oluşlarından bahsetmiştir. Her ne kadar kurgusal varlıklar gerçek olmasalar da düşüncede uygun hatta vazgeçilmez bir role sahiptir. Başka bir deyişle kurgusal varlıklardan vazgeçilmesi düşüncenin önemli oranda etkisiz hale getirilmesi sonucunu doğurur. Kurgusal varlıklar, gerçek varlıklarla kurdukları ilişki aracılığıyla vazgeçilmez bir yere sahiptir. Kurgusal varlıkların parçası haline geldikleri dünyada oynadıkları rol insanların dünyayı anlama ve dünyada hayatta kalma ve kendilerini geliştirmeye duydukları evrensel gereksinim, yani menfaat tarafından belirlenir⁵⁴.

Dil bir yandan düşüncenin aktarılmasında ancak daha önemli olarak düşüncenin inşasında ve düzenlenmesinde rol oynayan çok önemli bir araçtır. Ancak *Bentham*'a göre dil büyük oranda mecazi ifadelerle, kurgusal varlık adları ile doludur. Dolayısıyla dilin sağlamış olduğu avantajın yanı sıra yanıltıcı olabilme ihtimali nedeniyle sebep olduğu dezavantajlar da bulunmaktadır. Dilin sağladığı avantajın vazgeçilmezliği hesaba katıldığında dezavantaj oluşturan figüratif ifadelerin, kurgusal varlıkların adlarına dair kullanımlarının belirli bir disiplin altına alınması gerekmektedir. Nitekim *Bentham*'ın gerçek ve kurgusal varlıklar teorisinin en temel amacının da dilin disiplin altına alınması olduğu söylenebilir. Bu çerçevede dilin düşüncenin inşası ve aktarılmasındaki rolü ve dilin yanıltıcı olabilme özelliği üzerinde durulması faydalı olacaktır. Dilin sunduğu bu fayda ve potansiyel zararlar ortaya konduktan sonra gerçek ve kurgusal varlıklar teorisinde geliştirdiği kendine özgü *paraphrasis* yöntemi için son bir basamak olarak *Bentham*'ın dilde ve söylemde bulunan anlamlı en küçük birimler olarak önermeler hakkındaki görüşleri incelenecektir. Dolayısıyla makalenin bu bölümünün alt başlıkları sırasıyla dilin sunduğu avantajlar, neden olduğu dezavantajlar ve en küçük anlam birimi olarak önermeler üzerine olacak biçimde kurgulanmıştır.

A. Dilin Düşüncenin Aktarılması ve İnşasındaki Temel Rolü

Bentham dilin düşüncenin hem aktarılması hem de oluşturulması sürecinde son derece önemli bir işlev üstlendiğini düşünmektedir. Dilin kişiler arasındaki iletişimi sağlayan işlevini, dilin geçişli (*transitive*) kullanımını olarak adlandırır. Örneğin nesnelere adlandırılması söylemde dilin önemli bir işlemidir. Bununla bir-

⁵³ POSTEMA, s. 12.

⁵⁴ POSTEMA, s. 6.

likte dilin bir de geçişsiz (*intransitive*) kullanımını olduğunu ve bu kullanım aracılığıyla düşüncenin inşası ve düzenlenmesinin gerçekleştirildiğini belirtir. Öyle ki dilin bu işlevi ilkinden daha temel, daha önemlidir⁵⁵.

Dilin geçişsiz kullanımının geçişli kullanımına nazaran ihmal edilme olasılığı yüksektir. Zira daha göz önünde olan geçişli kullanım, dilin düşünceleri iletebilme işlevidir. Ancak *Bentham* bu ihmalin sakıncalı olduğunu belirtir. Çünkü dilin geçişsiz kullanımı aracılığıyla aslında daha önemli bir işlev gerçekleştirilmektedir. Dilin geçişli kullanımı söz konusu olduğunda düşünceleri ortaya koyan belirteçlerin bir araya getirilmesinde dil düşünce için bir araç konumundadır; oysa geçişsiz kullanımında dil, düşüncenin yaratılmasında, inşasında, düzenlenmesinde kullanılan bir araçtır⁵⁶. Başka bir ifadeyle geçişsiz kullanımda dil düşünceden önce var olması gereken, ona varlık kazandıran bir konumdur. Dilin bu daha önemli işlevini ihmal ederek dili yalnızca düşüncelerin iletilmesinde kullanılan bir araç olarak betimlemek eksik bir tanımlama olacaktır. Hatta dilin bir diyalog ya da zihinler arası bir işlem olarak nitelendirilmesi totolojiden ibarettir. Çünkü dil sadece söylemin değil düşüncenin kendisinin de oluşturulmasının aracıdır; düşünceler dil aracılığıyla hem iletilir hem de yaratılır⁵⁷.

Dilin düşüncenin hem iletilmesinde ama daha önemlisi hem de yaratılmasında oynadığı bu rol, onsu bir düşünce dünyasının mümkün olamayacağını ortaya koymaktadır. Nitekim *Bentham* bir kişinin zihin dünyasının kelime dağarcığının zenginliği ile doğru orantılı olarak geniş ya da dar olacağını⁵⁸ belirtirken dil ile düşünce arasındaki bu ilişkiye vurgu yapmaktadır. *Bentham*'a göre dil ve kelimeler olmaksızın düşünceler hayalden ibarettir. Bu hayaller tıpkı gökyüzünde süzülen bulutlar gibi zihne bir an görünüp bir an sonra kaybolurlar. Kelimeler ise düşünceleri sabitleyici belirteçlerdir. Dolayısıyla onlar olmaksızın ne sanat ne de bilim mümkün olamaz⁵⁹. Bu görüşlerinden *Bentham*'ın kelimelerin düşüncelerin yer aldığı ve ona şeklini veren bir işlev üstlendiğini düşündüğü anlaşılmaktadır. Kelimelerin düşünceleri sabitleyici nitelikte oluşu, onları gökyüzünde gelişigüzel salınan bulutlara benzemekten koruyan bir özelliktir.

Dilin ve kelimelerin düşüncelerin oluşturulmasındaki rolü şöyle izah edilebilir: Duyusal varlıkların dünya ile girdikleri etkileşim neticesinde duyuları aracılığıyla zihinlerinde birtakım *izlenimler* belirmektedir. Bu izlenimler eğer dil aracılığıyla işlenip “kelime kalıbına” dökülmezlerse gökyüzünde süzülüp daha sonra kaybolan bulutlar gibi zihinden süzülüp kaybolacaklardır. Dil izlenimlere form ve istikrar kazandırarak onları belirli bir kalıcılık düzeyine eriştirir. Ayrıca dil, “*soyutlama, analiz, kavram oluşturma ve çıkarımda bulunma gibi zihinsel işlemlerin duyular tarafından zihne iletilen deneyim içerikleri üzerinde çalışabilmesini sağlayan teknolojiyi*”⁶⁰ de sunmaktadır. Böylesi bir araç olmaksızın insan düşüncesi ve deneyimi anlamsız hale gelir ve hatta insan hayvandan farksız bir varlık olurdu⁶¹.

B. Dilin Yanıltıcılığı

Bentham dilin önemine insanı hayvanda üstün hale getiren bir özelliği olmasını dikkate alarak yaptığı bu vurgunun yanı sıra, bazı durumlarda dilin yanıltıcı olabileceğini ve birtakım gizemlerle dolu olabileceğini de düşünmektedir. Hayal gücü ya da imgelem kimi zaman masalsı varlıklar ve kurgular yaratmaya meyillidir. Hatta bazı kurgular aldatma amacıyla benimsenmektedir. Bununla birlikte tüm kurgusal referansların da dilden dışlanması mümkün değildir. Çünkü dil insanları kurgusal varlıklar yaratmaya zorlar. Örneğin fiziksel varlıkların niteliklerinden ya da biçimlerinden bahsedildiğinde ister

⁵⁵ POSTEMA, s. 4. *Bentham, Locke*'un geçişli kullanımını dikkate alarak dili yalnızca düşüncelerin iletilmesindeki işlevi bakımından değerlendirdiğini, dilin daha temel ve önemli işlevi olan düşüncenin oluşturulması ve düzenlenmesi hakkında açıklama sunmadığını belirtir. Ona göre dilin geçişsiz kullanımı da *Locke*'un görüşlerine eklenerek bu önemli eksiklik giderilmelidir.

⁵⁶ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 228.

⁵⁷ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 231.

⁵⁸ BENTHAM, *Essay on Language*, s. 319.

⁵⁹ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 228-29.

⁶⁰ POSTEMA, s. 4. *Charles Kay Ogden* da *Bentham*'ın dili uzaydaki nesnelere ilgilenmeyi sağlayan teknolojik bir aygıt olarak gördüğünü ileri sürmektedir. Bkz. OGDEN, s. xlvii.

⁶¹ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 229.

istemez nitelik ve biçimin bir kurgu olması gerekecektir. Yine soyut varlıklardan, sayılardan, haklardan, ödevlerden ve benzerlerinden sanki bunlar da kaya, elma, insan bedeni gibi fiziksel dünyamızda yer kaplayan şeyler olarak söz ederiz. Böylesi bir söylem bir yandan gerçekliğe uymadığından aldatıcıdır. Ancak düşünce ve söylem için bu dil gereklidir⁶². Bentham bu durumu “*söylemin amaçları için kullanılan aracın kusurlu olması nedeniyle maruz kaldığımız bir zorunluluk*”, “*idesiz ve aynı zamanda dilsiz olmanın acısından kaçınmak için yalanı gerçekle karıştırma zorunluluğu*” olarak görmektedir⁶³.

Dilin neden olduğu dezavantaj onun aldatıcı olmaya çok yatkın olmasından kaynaklanmaktadır. Zira en basit bir önermede dahi kurgusal bir varlığın adının kullanılması bir kurguya yol açmaktadır. Örneğin “Bu elma olgunlaşmış”, “Bu elma tatlı.”, “Bu elma iyi.” şeklindeki önermeler ele alınacak olursa elmanın gerçek bir varlık olduğu ancak “olgunluk”, “tatlılık”, “iyilik” niteliklerinin bağımsız bir varlığı bulunmaması nedeniyle bunların kurgusal bir varlık olduğunu hemen fark edebiliriz. Olgunluk niteliği bu örnekte elma üzerine yerleşen bir varlıktır, elma olgunluk niteliğini taşıyan bir kaptır. Görülmektedir ki böylesine basit bir önermede dahi bir kurgusal varlık adı kullanılmak durumundadır. Başka bir deyişle kurgusal varlık adları dilin kullanımının neredeyse tamamında kaynak olarak kullanılmaktadır⁶⁴. Hatırlanacak olursa kurgusal varlıklar adları, “*kendisinden bahsederken kullanılan söylemin gramer biçimi gereği kendisine varlık atfedilse de hakikatte ve gerçeklikte kendisine varlık atfedilmesi gerekmeyen*”⁶⁵ varlıkların adlarıydı. Dolayısıyla bunlar gerçek varlıkların adlarından ayırt edilmeliydi ve gerçek varlıkların adlarını tanımlamaya yarayan *per genus et differentiam* yönteminden farklı bir yöntemle açıklanmalıydı. Çünkü kurgusal varlıklar bir üstün cinsin türü olarak sınıflandırılmamaktaydı⁶⁶. Görev, yükümlülük, hak, unvan, yetki gibi örnekleri dile getirilebilecek etik-kurgusal varlıkların ait oldukları ya da dâhil oldukları bir üst sınıf bulunmamaktaydı ve bunlar bu nedenle *per genus et differentiam* yöntemi ile tanımlanamamaktaydı. Bu türden varlık adları için Bentham *paraphrasis* adını verdiği kendine özgü bir tanımlama yöntemi geliştirmiştir; bu tür kelimeleri *paraphrasis* yöntemi olmaksızın açıklanamayan kelimeler olarak nitelendirmiştir⁶⁷.

Dil düşüncenin geliştirilmesi ve iletilmesinde sunduğu avantajlar nedeniyle yukarıda zikredilen yanıltıcı olabilme özelliğine rağmen söylem ve düşünce için vazgeçilemez bir araçtır. Bentham bunun farkındadır ve bu nedenle dilin özellikle kurgusal varlıklara ilişkin kullanımlarının bir *disiplin* altına alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu amaçla *paraphrasis* yöntemini geliştirerek kurgusal varlık adlarının açıklanmasını sağlamak istemiştir. Çünkü yanıltıcı olabilmesine rağmen kurgusal varlık adlarının kullanılmaması halinde ne söylem ne de dil mümkün olabilecektir. Dolayısıyla Bentham'ın kurgusal varlıkları “*imkânsız ama vazgeçilemez*” olarak nitelendirmesinin sebebinin bu olduğunu düşünmek makuldür.

Dilin yanıltıcılığının önüne geçilebilmesi, fiziksel gerçeklik ile zihinsel fantezinin ayırt edilebilmesi için dil ile insanın fiziksel dünyayı algılaması arasındaki ilişkinin doğru kavranması gerekmektedir⁶⁸. Hatırlanacak olursa Bentham'a göre gerçek varlıklar cisimsel tözler, gerçekten var olan nesnelere dir. Kurgusal varlıklar ise haklarında konuşulabilmesi yani söylemin amacı için kendilerinden sanki varmışlar gibi söz edilen varlıklardır. Konuşan kişinin aslında ona gerçek bir varlık atfetme niyetinde olmadığı ancak başka bir imkân olmayışı nedeniyle kendilerinden gerçek bir varlıkmiş gibi söz ettikleri varlıklardır⁶⁹. Böylelikle kurgusal varlıkların esasında gerçek bir varlığa sahip olmadıklarının farkında olabilmek dilin yanıltıcılığının önüne geçilebilmesi için önem arz etmektedir.

⁶² POSTEMA, s. 5.

⁶³ BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 277, dipnot a.

⁶⁴ BENTHAM, *Essay on Language*, s. 330-31.

⁶⁵ BENTHAM, *A Fragment on Ontology*, s. 197.

⁶⁶ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 245-46.

⁶⁷ BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, s. 495.

⁶⁸ SCHOFIELD, s. 14.

⁶⁹ BENTHAM, *A Fragment on Ontology*, s. 196-97.

Bentham dilin yanılıcılığının daha ziyade kötü niyetli ve sadece kendi menfaatlerini düşünen yöneticiler tarafından suistimal edildiğini hayatının geç dönemlerinde fark etmiştir. Bu olumsuz durumun, dilin yanılıcılığının önüne geçmek istemesinin, bu uğurda mantık ve dil üzerine çalışmalar yapmasını motive eden önemli bir etken olduğu söylenebilir. *Bentham* bu suistimalin önüne geçilmesi için ilk olarak yöneticilerin özel menfaatlerini değil “*en fazla sayıda kişinin en büyük mutluluğunu, kamu çıkarlarını*” esas alan bir anayasa reformu yapılması gerektiğini düşünmektedir. Bu reformun hayata geçirilmesinin önünde elbette yönetici sınıf bir direniş gösterecektir. *Bentham* bu direnişin, tâbi durumdaki çoğunluğun, yönetilenlerin desteğini kazanarak aşılabileceğini umut etmektedir. Ancak sadece çoğunluğun desteği yeterli olmayabilir. Çünkü dilin yanılıcı olabilme özelliği güç sahipleri tarafından suistimal edilerek “yanılsama” kendi menfaatlerini ilerletmek için kullanılabilir⁷⁰. *Bentham*, yanılsamayı hatalı görüş ve fikirleri insanların zihnine kazıyarak onların akıllarını paralize eden toplumsal bir mekanizma olarak görmektedir. Bu mekanizma mevcut siyasi ve toplumsal rejimin meşrulaştırılması için bir araç olarak kullanılmakta ve yönetici azınlığın çıkarlarının korunması sağlanmaktadır. Bir taraftan da bu mekanizma aracılığıyla tâbi durumda olanlar (yönetilenler) hakikatte kendilerini sömüren mevcut rejimin kendi çıkarlarına faydalı olduğu şeklinde ikna edilmekte ve kendiliklerinden mevcut rejimi desteklemektedir⁷¹.

Yanılsama aracılığıyla yönetilenlerin sömürülmesinde en önemli rolü ise dil üstlenmektedir. *Bentham* rejimin kötü çıkarları lehine olan söylemler veya fikirlerin etkisini (yanılsamayı) ortadan kaldırmak için karşı fikirler ve söylemler geliştirmeye çalışmıştır. *Bentham* bu çalışmasını *kelimeler savaşı* olarak isimlendirmiştir. *Bentham* yürüttüğü kelimeler savaşı aracılığıyla dilin kötüye kullanımının, insanların kötü niyetli yöneticiler tarafından sömürülmesinin önüne geçmeyi hedeflemiş ve böylelikle ana amacı olan siyasi ve hukuki reformların önündeki en önemli engeli kaldırmak istemiştir. Böylelikle başlarda sanat ve bilimin ilerlemesi için giriştiği mantık ve dil bilimi çalışmalarına, siyasi radikalizmi benimsemesi ile birlikte daha farklı bir güdüleyici ile yeniden kafa yormaya başlamış ve bir dil reformunun yapılmasının zaruri olduğuna kanaat getirmiştir⁷². Yapılacak dil reformu hukuk reformu için gereken alt yapıyı sağlayacaktır.

C. En Küçük Anlam Birimi Olarak Önermeler

Bir yandan düşüncenin yalnızca dil aracılığıyla yaratılıp sürdürülebileceği bir yandan dilin yanılıcı olabileceği yönleri dikkate alarak *Bentham*, dilin bu avantaj ya da dezavantaj olarak görünen yönlerini mantık üzerine yazdığı yazılarının temel inceleme konusu kılmıştır. *Bentham* mantığı düşünme sanatı olarak tanımlamıştır. Biraz önce yapılan açıklamalardan da düşüncenin dil olmaksızın mümkün olamayacağı anlaşılmaktadır. Böylece mantıkla ilgili çalışmalarında *Bentham*'ın niçin dilin kurgusal varlıklarla dolu kullanımını detaylı olarak analiz ettiği makul görünmektedir.

Bentham anlam taşıyan en küçük birimin sözcükler değil önermeler olduğunu ileri sürmektedir ve bunu “*En basit düşüncenin bile tam olarak ifade edilebilmesi için bütün bir önermenin içeriğinden daha azı yeterli değildir.*”⁷³ şeklinde ifade etmiştir. Tek başına bir sözcüğün anlamı bulunmaz, ancak içerisinde yer aldığı önerme olarak bir anlamı olması mümkündür⁷⁴. *Bentham* “*en vahşi olanından en*

⁷⁰ TAKASHIMA, s. 13-14.

⁷¹ TAKASHIMA, s. 14.

⁷² TAKASHIMA, s. 15.

⁷³ BENTHAM, *Essay on Language*, s. 322.

⁷⁴ *Bentham*'ın kelimelerin değil önermelerin en küçük anlam birimi olduğu düşüncesinin arka planında çeşitli düşünürlerin çalışmalarının etkisi bulunmaktadır. *Locke* kelimelerin kendi başlarına bir anlamının olduğunu düşünmekteydi. Buna karşılık *Hartley* anlam için en küçük birimin kelime değil, kelimenin bir cümle içerisinde birlikte kullanıldığı diğer kelimeler ile ilişkisi olduğu itirazını dile getirdi ve *Condillac* tam önermelerin anlamının ünlemler kadar küçük birimlerde içerildiğini ileri sürdü. *Bentham* bu görüşlerden etkilenecek bir önermenin anlamını ortaya çıkarma yöntemi olarak *paraphrasis*'i geliştirmiştir. *Bentham*'ın en küçük yapı birimi olarak kelimeleri değil cümleleri temel alması bütünüyle kendisi tarafından ortaya konmuş orijinal bir fikir değildir. Nitekim bazı kelimelerin kendi başlarına bir anlamı olmadığı ve ancak bir cümle içinde kullanılmalarıyla bir anlam ifade edebileceği 18. yüzyılda sıkça dile getirilmiştir. Bkz. DE CHAMPS, s. 21-22.

parlak hatip olanına kadar” konuşan her insanın önermeler aracılığıyla konuştuğunu belirtmektedir⁷⁵. Bağımsız olarak ele alınan terimler ise önermeden yapılan bir soyutlamanın, rafine bir analiz ürünüdür: “... gerçek şu ki, ilk olarak önermeler ortaya çıkmış ve bu önermelerden soyutlama ve analiz yoluyla, her biri bağımsız bir öneme sahip olan terimler oluşturulmuştur.”⁷⁶ Dolayısıyla ilk olarak ortaya çıkan sözcükler değil önermelerdir.

Bentham dilin temel biriminin, anlamlı en küçük yapı taşının önerme olduğunu belirttikten sonra önerme hakkında analizlerini sürdürmektedir. Ona göre bir önermede açık ya da zımni olarak dört unsur bulunmaktadır: bir öznenin adı, bir niteliğin ya da yüklem adı, bir koşacın (*copula*) adı ve varlığın ortaya konduğu gösterge⁷⁷. Bununla birlikte yaygın söylemde bu unsurların tamamı açıkça temsil edilmeyip, eksilteli (*elliptical*) ifade biçiminde dile getirilebilmektedir. Dolayısıyla bir kurgusal varlığın içinde yer aldığı ifade açıklanırken açıkça ifade edilmemiş unsurların tamamlanarak elde edilen önermenin *paraphrasis* yöntemi ile açıklanması gerekecektir⁷⁸.

Bentham en küçük anlam biriminin önermeler olduğunu eksilteli bir önerme üzerinden ortaya koymaya çalışmıştır. Bir baba oğluna bakarak ona “John!” diye seslendiğinde oğlu bu seslenişten babasının seslenmesindeki olası tam anlamlardan birini anlayacaktır. Babası ona yönelerek ismiyle seslendiğinde ya kendisine katılmasını ya da bulunduğu yere gelmesini istiyordur. Görüldüğü üzere tek bir sözcükten bir seslenişten oluşan bir ifade dahi aslında bir önerme niteliğindedir. Hal böyleyken en basit bir düşüncenin dahi tam olarak ifade edilebilmesi için ancak bütün bir önermenin içeriği yeterli olabilecektir. Bundan daha azı sözcükler, terimler ve sair önerme oluşturmayan parçalar yeterli değildir. Bunun anlamı her bir sözcüğün içinde bulunduğu bir önermenin var olduğu, bu önermenin bir parçası olduğudur. Dolayısıyla hiçbir sözcük kendi başına herhangi bir düşüncenin tam işareti olamaz⁷⁹. O halde anlam teşkil eden en küçük birim önermelerdir. Sözcükler ise önermelerin analizi neticesinde ortaya çıkan ürünlerdir. Sözcüklerden farklı olarak *Bentham* terimlerden de hatalı bir yaklaşımla sanki “önerme niteliğinde herhangi bir şey var olmadan önce var olan, kendi başlarına özgün ve bağımsız bir anlama sahip”⁸⁰ varlıklarmış gibi söz edildiğini belirtmektedir. Oysa “ilk olarak önermeler ortaya çıkmış ve bu önermelerden soyutlama ve analiz yoluyla, her biri bağımsız bir öneme sahip olan terimler oluşturulmuştur.”⁸¹ Böylelikle hem sözcüklerin hem de terimlerin tek başlarına bir anlamlarının bulunmadığını ve ancak bir önermenin parçası olarak anlam ifade edebileceklerini *Bentham* ortaya koymuş olur.

Bir önermenin öznesi kurgusal bir varlığın adı olduğunda tıpkı gerçek bir varlığın adında olduğu gibi fiziksel bir nesneyi temsil ediyormuş gibi kullanıldığından kafa karışıklığına neden olmaktadır⁸².

⁷⁵ BENTHAM, *Essay on Language*, s. 321.

⁷⁶ BENTHAM, *Essay on Language*, s. 322.

⁷⁷ SCHOFIELD, s. 13. *Schofield, Bentham*'ın aslında daha önce üç koşulun bulunduğunu daha sonraki notlarında ise buna dördüncü bir koşulu eklediğini belirtmiştir. El yazı notlarının tarihleri incelendiğinde *Chrestomathia*'da içinde yer alan 13 ve 22 Kasım 1815 tarihli notlarda *Bentham* basit bir önermenin üç unsurdan oluşacağını yazar: 1. Söylemin öznesi, onun tarafından yapılan iletişimin adı, 2. Söz konusu özneye atfedilen bazı niteliklerin adı ve 3. Atfın gerçekleştirildiği koşacın (*copula*) adı. Bkz. BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 397. Tam bir önermenin üç unsurdan oluştuğu benzer bir biçimde *Essay on Logic*'te de belirtilmiştir. Bkz. BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 246. Bununla birlikte *Bentham* yine el yazı notlarından 30 Ocak 1816 tarihinde yazdığı anlaşılabilir ve *Essay on Language*'de yer alan ifadelerinde dördüncü bir koşul eklemiştir: “Öyleyse, önermenin dokusunu tamamlamak için, öznenin göstergesine, niteliğin göstergesine ve ilişkinin göstergesine, varlığın göstergesine -varlığın ortaya çıkarıldığı göstergeyi- varlığın sahip olduğu ya da gerçekleştiği iddia edilen göstergeyi, yani özne ile nitelik arasındaki ilişkinin varlığını eklemek gerekir.” BENTHAM, *Essay on Language*, s. 337.

⁷⁸ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 247.

⁷⁹ BENTHAM, *Essay on Language*, s. 322.

⁸⁰ BENTHAM, *Essay on Language*, s. 322.

⁸¹ BENTHAM, *Essay on Language*, par. 322. *Bentham*'ın dilin kökeni üzerine bu görüşü benimsemesinde *Condillac*'ın 1746'da yayımlanan “*Essai sur l'origine des connaissances humaines*” etkisinin olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. DE CHAMPS, s. 23. Buna karşın *Bentham* kelimelerin ve idelerin düzenlenmesinde yönlendiricinin ne olduğu hususunda *Condillac* ile ters düşmekteydi. *Condillac* bu düzenleme faaliyetinde doğa ilkesi olduğunu düşünmekteydi; *Bentham* bunu eleştirmiş doğa gibi boş bir kavrama atıfta bulunulmasını hoş karşılamamıştır. *Bentham*, yönlendiriciyi açıklamak için *Chrestomathia* adlı eserinin “Adlandırma ve Sınıflandırma Üzerine Deneme” adlı bölümünde yöntemleştirme adını verdiği bir teori aracılığıyla yeni kurgusal varlıklar icat etmek suretiyle sanatların ve bilimlerin ilerlemesinin nasıl sağlanabileceğini ortaya koymaya çalışmıştır. TAKASHIMA, s. 11. *Bentham*'ın bu çabaları *Locke* ile başlatılabilecek İngiliz ampirik dil bilimciliğine önemli ve özgün bir katkısı olarak değerlendirilmiştir. TAKASHIMA, s. 20, dipnot 56.

⁸² BENTHAM, *Essay on Language*, s. 328.

Örneğin bir elmanın olgunluğu, tatlılığı gibi bir özelliğinden ya da yasa ya da ödev gibi bir soyutlamadan fiziksel bir varlıktan söz edildiği gibi söz edilmektedir. Bu durum kurgusal varlıklardan ancak gerçek varlıklarmış gibi söz etmekten başka mümkün yol bulunmamasından kaynaklanmaktadır⁸³. Ancak bu durum kurgusal varlık adları ile gerçek varlık adları arasındaki ayrımın üzerine bir perde çekerek gizlemektedir. *Bentham*'a göre gerçekten var olan nesnelere tözlerdir, gerçek varlık kategorisi tözlerden oluşmaktadır. Kurgusal varlık adları ise ancak bu tözlere nispet edilerek dile getirilebilmektedir. Olgunluk, tatlılık gibi nitelikler ya da yetki veya yükümlülük gibi soyutlamalar birer kurgusal varlık adı olarak ancak fiziksel dünyada var olan nesnelere ilişkilendirilerek ifade edilebildiğinden, dil, bunlar sanki gerçek varlıklarmış gibi düşünülmesine yol açmakta, bir yanılsamaya sebep olmaktadır. *Bentham* yanılsamayı şu şekilde izah eder:

“Sözcükler, yani ad olarak kullanılan sözcükler, şeylerin, yani tözlerin kendilerinin yokluğunda, onların idelerinin zihne sunulabileceği tek araçtır. Dolayısıyla, görünüşe göre bir ad niteliğinde kullanılan bir sözcüğün görüldüğü her yerde, bunun doğal ve çok kapsamlı bir sonucu olacaktır. Bir ad niteliğinde olduğu bir şeye karşılık gelen bir nesnenin, karşılık gelen bir şeyin varlığını, gerçek varlığını varsayma eğilimi ve yatkınlığı.”⁸⁴

Yukarıda alıntılan pasajda ifade edildiği üzere insanlar bir önerme içinde kullanılan bir ad ile onun somut varlığı olmaksızın karşı karşıya kaldıklarında onu bir fiziksel nesnenin temsili olarak düşünme eğilimindedir. Oysa kurgusal varlıklar herhangi bir fiziksel varlığı temsil etmezler. Ancak tamamen kurgu niteliğinde olan ya da masalsı varlık olarak adlandırılan ve esasında *Bentham*'ın gerçek varlık olmayan şeyler olarak nitelendirdikleri ile fiziksel ontolojik tabanla dolaylı olarak da olsa ilişkilendirilebilen kurgusal varlıklar arasındaki ayrım ve ilkinin tamamen dilden ve söylemden dışlanması gerekliliği dikkat edilmesi gereken bir husustur. Ontolojik taahhütleri hiçbir biçimde fiziksel taban ile irtibatlandırılmayan kurgular (*Bentham* sıklıkla Doğal hukuk ve *Common Law*'ın önermelerini bu kategoriye dâhil etmektedir) ve masalsı varlıkları (hayaletler, hortlaklar, canavarlar vb.) dilden ve söylemden dışladığımızda dilin kötüye kullanımının da büyük ölçüde önüne geçilmiş olacaktır.

Bentham'a göre dilin anlamlı olabilmesi için doğrudan ya da dolaylı olarak fiziksel nesnelere atıfta bulunması gerekmektedir. Bu *Bentham*'ın anlam teorisinin özünü oluşturuyordu. Gerçek varlıklar fiziksel nesnelere doğrudan, kurgusal varlıklar ise dolaylı olarak istinat ediyordu. Gerçek varlık olmayanlar ise kurgusal varlıklardan farklı olarak dolaylı yoldan dahi fiziksel nesnelere, ontolojik tabana temas sağlayamıyordu. Kurgusal varlıkların gerçek varlık olmayanlardan ayırt edilebilmesi dilin kötüye kullanımının önüne geçebilecek çok önemli bir işlemdi. *Bentham* bu işlemi “arketipleştirme” ve “paraphrasis” yöntemleri olarak takdim etmiştir. Bir sonraki bölümde *Bentham*'ın bu yöntemler aracılığıyla nasıl bir alternatif açıklama sunduğu izah edilecektir.

IV. KURGUSAL VARLIKLARIN AÇIKLANMASI

Şimdiye kadar *Bentham*'ın gerçek ve kurgusal varlıklar teorisinin tarihsel arka planı, ontolojik ve epistemolojik temelleri, dil-düşünce ve mantık ile ilişkisi ortaya konmuştur. Bu kısımlar gerçek ve kurgusal varlıklar teorisinin altyapısını teşkil etmektedir. *Bentham*'ın bu altyapı üzerine geliştirdiği ve kurgusal varlıkların açıklanması işlevini üstlenen kendine özgü tanımlama/açıklama yöntemleri ise bu bölümde ele alınacaktır.

Bentham dili gerçek ve kurgusal varlıklar açısından analiz ettiği anlam teorisinin siyaset ve hukuk felsefesi ve pratiğine yapılan önemli ve özgün bir teorik yenilik olduğunu belirtmiştir. *Bentham*'ın anlam teorisi özetle, yine kendisi tarafından icat edilen *paraphrasis* (tefsir, açıklama) yöntemi, aracılığıyla düşünce alanı ile fiziksel gerçeklik arasındaki ilişkiler ağını analiz eden bir harita sunar. Bu

⁸³ BENTHAM, *Essay on Language*, s. 327.

⁸⁴ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 262.

yöntem aracılığıyla *Bentham* “asi” dili disiplin altına almayı ve bu sayede “keyfi” iktidarı en sevdiği silahlarından birinden mahrum bırakmayı amaçlamıştır⁸⁵.

Bentham'ın kendine özgü açıklama yöntemleri ilk olarak klasik tanım yönteminin yetersizliği sonra ise *Bentham*'ın isimlendirmeleriyle sırasıyla *arketipleştirme* yöntemi ve *paraphrasis* yöntemi başlıkları altınca incelenecektir. *Bentham* kurgusal varlık adlarının anlamının açıklanmasında her iki yöntemin birlikte kullanılması gerektiğini belirtir. *Arketipleştirme* kurgusal varlığın adı olarak ifade edilmiş kelimenin kökenine yönelik etimolojik bir sorgulama iken *paraphrasis* kurgusal varlık adının temsil ettiği idenin kökenine yönelik bir sorgulamadır⁸⁶. Her iki açıklama yöntemi hakkında bilgi verilmenden önce *Bentham*'ın niçin bu yöntemleri geliştirme gereksinimi duyduğunun açıklanması faydalı olacaktır.

A. Klasik Tanım Yöntemlerinin Yetersizliği

Bentham'a göre mantık biliminin temel aracı terimleri ve kavramları sistematik bir biçimde düzenlemeye yarayan tanımlamadır. Terimler yani kurgusal varlıkların adları, dili netleştirmek ve güvence altına almak, terimlere dair muğlaklığı onları sabitleyerek gidermek ve böylelikle belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla açıklanması tanımın amacıdır⁸⁷. *Aristoteles*'in ortaya koymuş olduğu açıklanmak istenen şeyin ait olduğu cins ve bu cinsin türleri arasında ne ölçüde farklılaştığına odaklanarak tanımlanması şeklinde izah edilebilecek *per genus et differentiam* yöntemi mantıkçılar arasında genel kabul görmüş ve her şeyin tanımlanmasında kullanılagelen bir yöntem olmuştur. *Bentham* ise ilk olarak kelimeleri hukuki bağlamına göre tanımlamak istediğinde bu yöntemin bazı kelimeleri tanımlamaya elverişli olmadığını fark etmiştir⁸⁸.

Çoğu kelimenin elbette bu klasik tanım yöntemi ile açıklanabilmesi mümkündür⁸⁹. Ancak bu yöntemin açıklamakta başarısız olacağı kelimelerin de bulunduğunu görebilmek önemlidir. *Bentham* özellikle soyut terimler söz konusu olduğu çoğu durumda üstün bir cins ait olmayan kelimelere ulaşacağımızı belirtir. Bir cins aidiyet durumu söz konusu olmadığında ise *per genus et differentiam* iş göremez hale gelecektir⁹⁰.

Per genus et differentiam yöntemine alternatif bir tanım yöntemi de John *Locke* tarafından ortaya konmuştur. *Locke* açıklanmak istenen kelimenin işaret ettiği idenin basit idelere ayrıştırılması suretiyle tanımlanabileceğini düşünmektedir. *Locke*'un ortaya koyduğu yöntem kendi ifadeleri ile şöyle özetlenebilir:

“Tanımlarda niçin genellikle cins kullanılır. Bu, bize, sözcüklerin imlemlerinin aydınlatılmasından başka bir şey olmayan sözcük tanımlarında niçin cinsi ya da tanımlamak istediğimiz sözcüğü içeren en yakın genel terimi kullandığımızın bir açıklamasını verir. Bu bir zorunluluktan değil, en yakın genel terimin ya da türün imlediği bütün yalın ideleri sayıp dökmenin sıkıntısından”

⁸⁵ POSTEMA, s. 3-4.

⁸⁶ TAKASHIMA, s. 12. *Condillac* kelimeler ve kelimelerin temsil ettiği ideler arasında ilke olarak doğal bir bağ olduğunu düşünmekteydi. *Bentham* ise bu hususta *Condillac*'la hemfikir değildir ve *Locke* gibi kelimeler ve kelimelerin temsil ettiği ideler arasındaki ilişkinin tesadüfi olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla bir kurgusal varlığın adının açıklanması işleminde kurgusal varlığın dile getirildiği kelime ile temsil ettiği idenin birbirinden ayrılması gerektiğini düşünmüş ve her ikisi için farklı açıklama yöntemleri sunmuştur. Bkz. TAKASHIMA, s. 13.

⁸⁷ POSTEMA, s. 16.

⁸⁸ DE CHAMPS, s. 16. *Bentham*'ın *Blackstone*'a yönelttiği çokça eleştiriden bir tanesi de yazarın tanımlama konusunda yetersiz olduğu iddiasıydı. *Bentham*'a göre *Blackstone* hem aristocu klasik tanım yöntemini yeterli bir titizlikle kullanamıyordu hem de bu yöntemin bazı kelimelerin açıklanmasında kullanılamayacağını fark edememişti. Bkz. DE CHAMPS, s. 15.

⁸⁹ Tanım ile mantık arasındaki ilişki konusunda *Aristoteles*'in etkisinin olduğu, *per genus et differentiam* yönteminin ne denli önemli olduğu ve dil, mantık ve tanımlamaya ilişkin olarak *Aristoteles*'in hakkının teslim edilmesi gerektiğini *Bentham* kabul eder. Bkz. BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 217-19.

⁹⁰ BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, s. 495; HART, H. L. A.: “Legal Duty and Obligation”, (Ed.) HART, H. L. A., *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, 1. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 1982, s. 129-30.

dan, kimi kez belki de onları sayıp dökemeyecek durumda olmanın utancından geliyordur. Fakat tanımlamanın en kısa yolunun mantıkçılara göre cins ve ayırım aracılığıyla olmasına karşın, benim görüşüme göre, bunun en iyi yol olduğu şüphelidir. Tanımlama, tanımlanan terimin hangi idenin yerini tuttuğunu, sözcüklerle, başkasına anlatmaktan başka bir şey olmadığına göre, en iyi tanımlama, tanımlanan terimin imleminde birleşmiş olan yalın ideleri sayıp dökerek yapılır ve insanlar bu sayıp dökme yerine en yakın genel terimden yararlanmaya alışmışlarsa, bu zorunluluktan ya da daha açık olma isteğinden değil işi çabuk bitirme isteğindedir.”⁹¹

Bentham, *Locke*'un bu tanım yöntemini *per genus et differentiam* yönteminin yetersizliklerini ortaya koyması yönünden takdir etmiştir. Bununla birlikte onunla ihtilafa düştüğü husus, *Locke*'un en küçük anlam birimi olarak kelimeleri göstermesine karşın kendisinin önermeleri bu konuda görmesidir. *Locke* kelimelerin kendi başlarına bir anlamı olduğunu iddia edip tanım yöntemini bu çerçevede inşa ettiğinden *Bentham* tarafından eleştirilmiş ve tanım yönteminin iş görmez olduğu dile getirilmiştir⁹².

Böylelikle *Bentham*'a göre, kurgusal varlıkların adlarının geleneksel tanımlama yöntemlerinden ne *per genus et differentiam* ne de *Locke*'cu tanımlama yöntemi ile açıklanması mümkündür. Ancak *Bentham* için ilk adımı temel hukuki terimlerin tanımlanması olan bir yasama bilimi inşa edebilmek son derece önemli olduğundan bunların açıklanması gerekmektedir. Nitekim temel hukuki terimler büyük oranda kurgusal varlık adlarından oluşmaktadır. Geleneksel tanım yöntemleri bir işe yaramadığına göre bu varlıkların açıklanması için yeni bir yöntemin vazedilmesi gerekir. *Bentham*'ın dil üzerine teorik çalışmalarının bu motivasyonla başladığı söylenebilir. Nitekim *Bentham* kurgusal varlıkların açıklanmasını sağlayan bir yöntem geliştirmiş ve bu yöntemi *paraphrasis* olarak adlandırmıştır⁹³. Bu tür terimlerin açıklanabilmesi için kurgusal varlıkların gerçek varlıklarda bulunan köklerinin ortaya çıkarılması gerekir. Bu işlem için ise *paraphrasis* ve *arketipleştirme* teknikleri kullanılmalıdır⁹⁴.

B. Arketipleştirme Yöntemi

Bentham dilin kaçınılmaz olarak çoğunlukla mecazlardan oluştuğunu gözlemlemiştir. Kurgusal varlıklara dair adlar çok yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Kurgusal dil yanıltıcı olmasına rağmen kaçınılmazdır. Bazı durumlardan kurgusal bir adın kullanımının arka planında yer alan ve somut fiziksel alandan alınan bir imge ya da figür tanımlanabilir ve bu kurgusal adın açıklanmasında fayda sağlayabilir⁹⁵. Kurgusal bir varlığın adının kullanımının arka planında yer alan bu imge ya da figürü *Bentham* arketip olarak ve bu imge ya da figür dikkate alınarak söz konusu kurgusal varlığın adının açıklanmasını *arketipleştirme* yöntemi olarak adlandırmıştır. Bu yöntem aracılığıyla anlamı açıklanmak istenen “kelimenin” (kelimenin ifade ettiği idenin değil) ne tür bir fiziksel imgeye dayandığının ortaya konması amaçlanmaktadır⁹⁶. *Bentham* arketipleştirme yöntemini şu şekilde tanımlamaktadır:

“... öznesi kurgusal bir varlık olan ve yüklemi de bu kurgusal varlığa atfedilen bir niteliğin adı olan bir önermeyle, zihne bir tür imge -her örnekte gerçek bir eylemin ya da şeylerin durumunun imgesi- sunulur. Bu imge, kurgusal önermeye ait olan ve karakteristik kurgusal varlığın adının bir parçasını oluşturduğu arketip, simge ya da arketipsel imge olarak adlandırılabilir.

⁹¹ LOCKE, John: *İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme*, (Çev.) HACIKADİROĞLU, Vehbi, 1. Baskı, Ara Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 269.

⁹² DE CHAPMS, s. 23.

⁹³ TAKASHIMA, s. 2.

⁹⁴ POSTEMA, s. 18.

⁹⁵ POSTEMA, s. 18. *Bentham*'ın arketipleştirme yöntemi, etimolojik analiz suretiyle kelime hakkında bilgi verilmesine benzemektedir.

⁹⁶ SCHOFIELD, s. 23. *H.L.A. Hart*, *Bentham*'ın arketipleştirme yöntemi aracılığıyla iki hususu vurgulamak istediğini belirtir. İlk olarak kelimenin ilkel kullanımı ortaya konarak “daha sonraki sofistike türevleri kullanıldığında bile düşüncelerimizi renklendirdiği ya da belki de etkilediği” gösterilmiş olur. İkincisi ve daha önemlisi ise kurgusal varlık adlarının kelimenin ilkel kullanımının, imge ve sembollerin analogik uzantısı niteliğinde olduğu, dolayısıyla kurgusal varlık adının açıklanmasının bunlar dikkate alınmadan doğru bir biçimde gerçekleştirilmeyeceğidir. *Hart* yükümlülük kelimesini “bir kişinin yükümlülük altında olduğu” “bir yükümlülük taşıdığı”, “bir yükümlülükten kurtulduğu” şeklinde ibarelerle kullandığımızı dikkat çekerek yükümlülük kavramının açıklanmasında bir ağırlık altında bulunmak şeklindeki arketipin ne derece fayda sağlayacağını ortaya koymak istemiştir. Bkz. HART, s. 131.

Bu simgesel imgenin belirtisi verildiği ölçüde, bu belirtinin verildiği eylem ya da işlem Arketipleştirme olarak adlandırılabilir.”⁹⁷.

Burada gerçekleştirilen açıklama işlemi anlamı araştırılan kurgusal varlık adı için gerçek bir varlığın zihnin önüne getirilmesi ve fikrin türetildiği “gerçek kaynak” olarak tanınmasıdır. *Arketipleştirme*, bu sembolik imgenin gösterildiği işlemdir.

Bentham arketipleştirme yöntemini izah etmek için bir kurgusal varlık adı olan “yükümlülük” (*obligation*) kelimesini analiz etmiştir. Ona göre yükümlülük *idesinin* kökleri haz ve acı fikrinde ancak yükümlülük kelimesinin kökü bundan farklı olarak arketip ya da simge olarak kullanılan maddi bir imgede yatar. *Obligation*, Latince *ligo* (bağlamak) kökünden türeyen bir kelimedir. Bu etimolojik köken dikkate alındığında yükümlülük kelimesi *Bentham*'a bir nesnenin başka bir nesneye bağlandığı ya da tutturulduğu veya bir kişinin belirli bir uygulama sürecine bağlandığı bir kordon, bağ gibi bir imgeyi çağrıştırmaktadır. Böylelikle yükümlülük kelimesinin kökeni *arketipleştirme* yöntemi ile birini bağlayan bir bağ olarak belirtilmiş olur. Ancak *Bentham* kelime kökeninin açıklanmasının yeterli olmadığını buna kurgusal varlığın *idesinin* kökenine dair *paraphrasis* yöntemi aracılığıyla yapılacak açıklamanın da eklenmesi gerektiği uyarısını yineler⁹⁸.

C. Paraphrasis Yöntemi

Bentham, maddi olmayanın kökünün maddi olanda bulunduğunu düşünmektedir. Bu düşünce çerçevesinde kurgusal bir varlığın adına bağlı idenin doğasını ve kökenini açıklamak için gerçek varlıklara da adlardan bir ya da birkaçının içeriği ile taşıdığı ilişkinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu bağlamda *paraphrasis* yönteminin görevi kurgusal varlığın soyağacını (*genealogy*) veya kökenini (*genesis*) göstermektir⁹⁹.

Bentham'ın kurgusal varlığın “kökeninin” açıklanması ile kelimenin tarihsel kökenini kastetmediği zira tarihsel kökeninin neredeyse tüm kurgusal varlıklar için tarihin sisleri arasında kaybolduğu ileri sürülmüştür. Tarihsel köken arayışı belki arketipleştirme yöntemi ile daha alakalı gösterilebilirdi. Ancak *paraphrasis* yöntemi aracılığıyla “belirli terimlerin anlamının, ilişkili idelerin tarihsel kökeninden oldukça bağımsız bir analizini verir¹⁰⁰.” Ayrıca *paraphrasis* yönteminin tarihsel spekülasyonlarla uğraşmak için tasarlanmadığı, daha ziyade kurgusal terimin *kullanım belgesinin* elde edilebilmesine yönelik bir arayış olduğu ifade olunmuştur¹⁰¹.

Bentham idelerin duyardan türediğini ve onların anlamının açık ve belirgin kılınması için tek yolun onların izini duyulur nesnelere dek izlemek olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle *paraphrasis* yöntemi idelerin anlamlarının açıklanması için kullanılabilir tek yöntemdir¹⁰². O halde *paraphrasis* bir idenin duyu organları ile algılanabilir bir gerçek varlıkla olan irtibatını ortaya çıkaran bir yöntem olarak tanımlanabilir. Nitekim *Bentham* çeşitli yerlerde *paraphrasis* için birbirine yakın tanımlar ortaya koymuştur:

“Paraphrasis, açıklanması gereken sözcüğü, yani kurgusal bir varlığın adını alıp, onu bir cümle haline getirdikten sonra, aynı anlama sahip olan ve karşılık gelen temel ve karakteristik sözcüğü gerçek bir varlığın adı olan bir cümleyi ona uygulamaktan ibarettir.”¹⁰³.

⁹⁷ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 246.

⁹⁸ BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 271, dipnot a.

⁹⁹ BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 271, dipnot a.

¹⁰⁰ HARRISON, s. 62.

¹⁰¹ POSTEMA, s. 19.

¹⁰² BENTHAM, Jeremy: *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2010 (Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence), s. 317.

¹⁰³ BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 271, dipnot a.

“Uygun olmayan bir tözü (substantive) paraphrasis ile açıklamak, onu bir cümleye tamamlamak ve bu cümle için gerçek varlıkları temsil eden kelimelerden oluşan muadil bir cümle bulmaktır.”¹⁰⁴.

“Kurgusal varlıkların bu isimlerinden herhangi birinin anlamını açıklamak ya da izah etmek için, durumun doğası tek bir kaynak sunar; o da, kurgusal varlıkların bir sınıfının ismine herhangi bir açık ide eklendiğinde, az ya da çok açık bir şekilde göz önünde olan gerçek varlıkların bir sınıfını bulmak ve bunun üzerine iki önerme oluşturmaktır. Birinde kurgusal varlığın adı temel terimdir; diğerinde ya gerçek varlıkların ya da gerçek varlıkların işlemlerinin ya da diğer hareketlerinin karşılık geldiği bir sınıfın adı temel terimdir: -Bu sonuncusu öyle sıralanmıştır ki, aynı anlamı ifade ettiği görüldüğünde, ilkinin anlamını açıklayacak ve netleştirecektir. Bu açıklama biçimi paraphrasis olarak adlandırılmıştır.”¹⁰⁵.

“... kurgusal bir varlığın herhangi bir adı, gerçek bir varlığın adı olan bir kelimeye olan anlamının taşıdığı bazı ilişkilerden başka türlü açıkça anlaşılır kılınamaz.

Öznesi için kurgusal bir varlığı olan herhangi bir önerme, öznesi için gerçek bir varlığın adını taşıyan karşılık gelen bir önermeye sahip olduğunun gösterilebileceği bir ilişki aracılığından başka türlü açıkça anlaşılır kılınamaz.”¹⁰⁶.

Yukarıdaki tanımlar dikkate alındığında *paraphrasis*'in iki aşamalı bir yöntem olduğu görülmektedir. İlk olarak açıklanmak istenen kurgusal varlığın adı özne olacak bir biçimde bir önerme haline getirilmelidir. Zira hatırlanacak olursa *Bentham* için anlamlı en küçük birim kelimeler değil önermelerdir. *Bentham* bir kelimenin bir önerme olacak biçimde tamamlanması işlemini *phraseoplerosis* olarak adlandırmıştır. Kurgusal varlık adı bir önermenin öznesi olacak biçimde tamamlandıktan sonra ikinci aşama elde edilen bu önermenin öznesi gerçek varlığın adı olan bir önermeye dönüştürülmesidir. Böylelikle kurgusal varlık bir gerçek varlıkla ilişkilendirilerek dolaylı yoldan istinat ettiği ontolojik temel gösterilmiş olacaktır¹⁰⁷.

1. Aşama: Tamamlama (*Phraseoplerosis*)

Bentham, *paraphrasis*'i iki aşamalı bir yöntem olarak tanımlamıştır. Birinci aşamada açıklanmak istenen kurgusal varlığın adı anlamlı bir cümlede öznesi olacak şekilde bir ifade oluşturmaktır. Çünkü sözcük ya da kavram tek başına bir anlam barındırmaz ancak bir önerme içinde yer alması halinde anlama sahip olabilecektir; nitekim *Bentham paraphrasis* yöntemini, bir kavramın içinde yer aldığı cümlede taşıdığı anlama göre açıklanması olarak nitelendirmiştir¹⁰⁸. *Paraphrasis* yönteminin aşamalarından birini oluşturan bu faaliyetin *Bentham*'ın temel anlam doktrininin doğrudan bir uygulaması olduğu ileri sürülmüştür. Hatırlanacak olunursa *Bentham*'ın anlam doktrini kelimelerin kendi başlarına bir anlamının olmadığı ancak bir önermenin parçası olarak bir anlam ifade edebileceği şeklindedir¹⁰⁹. Dolayısıyla buradaki bir kelimenin anlamlı bir önermenin parçası haline getirilmesi faaliyetinin arka planında bu anlam teorisinin olduğu makul görülmektedir.

Bentham bir önermenin ne olduğuna ilişkin de açıklamalarda bulunmuştur. Bir tam önermenin üç ana unsurdan oluştuğunu belirtmektedir: birincisi gerçek ya da kurgusal bir varlığın adı olan özne,

¹⁰⁴ BENTHAM, Jeremy: *Preparatory Principles*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2017 (Preparatory Principles), s. 386.

¹⁰⁵ BENTHAM, Jeremy: “Radical Reform Bill, with Extracts from the Reasons”, *The Works of Jeremy Bentham-Vol. 3*, William Tait, Edinburg, 1843 (Radical Reform Bill), s. 594, dipnot a.

¹⁰⁶ BENTHAM, *Deontology*, s. 74-75.

¹⁰⁷ *Bentham*'ın bu iki aşamalı açıklama yöntemi kendisinden 150 yıl sonra *Bertrand Russell* tarafından geliştirilen “mantıksal yapıların isimleri olan “tamamlanmamış sembolleri” analiz etmenin doğru yolu olarak öne sürdüğü şeye” benzediği ve onun öncüsü kabul edilebileceği dile getirilmiştir. Bkz. HART, s. 130.

¹⁰⁸ ŞAHİN CEYLAN, s. 736.

¹⁰⁹ POSTEMA, s. 19.

ikincisi bu özneye atfedilen özellik ya da ilginin belirlendiği yüklem ve üçüncüsü atfın gerçekleştirildiği “koşaç” (*copula*) ya da zihin eyleminin belirtisidir¹¹⁰. Böylelikle *paraphrasis* yönteminin ilk aşamasında, açıklanmak istenen kelimenin, (bizim incelediğimiz durumda kurgusal bir varlığın adının) yukarıdaki üç unsuru taşıyan anlamlı bir önerme içinde konumlandırılması gerekmektedir. Bir kelimeyi bir önerme, cümle içinde konumlandırma faaliyeti *Bentham* tarafından bir “tamamlama” işlemi olarak açıklanmış, *phraseoplerosis* -ifadenin doldurulması- faaliyeti olarak adlandırılmıştır¹¹¹.

2. Aşama: Dönüştürme

Paraphrasis yönteminin ikinci aşaması birinci aşamada elde edilen öznesi kurgusal varlığın adı olan cümlenin öznesi gerçek bir varlık olan cümleye dönüştürülmesidir. Bu dönüştürme üç koşulu karşılamalıdır:

1. Açıklayıcı cümlenin (*expounding sentence*) öznesi gerçek bir varlık olmalıdır ya da bir tanımlar zinciri söz konusu olduğunda zincirin son halkasında gerçek varlıkların adını içeren bir cümle bulunmalıdır¹¹².
2. Açıklayıcı cümle açıklanan cümleye tam anlamıyla denk olmalı, aynı anlamı ifade etmelidir; böylelikle açıklanan cümlenin anlamı açıklayan cümle aracılığıyla netleştirilmiş olur¹¹³.
3. Seçilen gerçek varlık açıklayıcı cümlenin içine yerleştirildiğinde tek başına amaca uygun olan bir varlık olmalıdır¹¹⁴.

Bu üç koşulun yerine getirilmesiyle birlikte kurgusal varlığın anlamı açıklığa kavuşacaktır. Ancak *paraphrasis*'in her iki aşaması da başarılı bir biçimde uygulanmasına rağmen anlamı açıklığa kavuşturulmak istenen kurgusal varlık adı için başarılı bir netice elde edilemiyorsa, söz konusu kurgusal varlık adının bir kurgu ya da masalsı bir varlık adı olduğu ortaya çıkmış olacaktır. Böylelikle *paraphrasis* yönteminin en önemli işlevlerinden biri de gün yüzüne çıkmış olur: dilde kullanımı zorunlu ve faydalı olan kurgusal varlık adları ile dilde kullanımının herhangi bir faydası bulunmayan hatta zararları olan kurgu ya da masalsı varlık adlarının birbirinden ayırt edilebilmesi. Bu ise *Blackstone* özelinde doğal hukukçu görüşlere yönelik “kurguların veba yayan soluğu” suçlaması¹¹⁵ dikkate alındığında *Bentham* için son derece kritik bir hedefin gerçekleştirilmesi anlamına gelecektir. *Paraphrasis* yöntemi aracılığıyla bir gerçekliğe istinat eden ve dilde kullanımı faydalı olan kurgusal varlıklar ve adları ile herhangi bir gerçekliğe istinadı bulunmayan kurgu ya da masalsı varlıklar ve adları ayırt edilebilecek ve bu sayede ikinci grupta yer alanlar zararsız hale getirilebilecektir¹¹⁶.

¹¹⁰ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 246.

¹¹¹ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 246.

¹¹² POSTEMA, s. 19-20.

¹¹³ BENTHAM, *Radical Reform Bill*, s. 594, dipnot a.

¹¹⁴ BENTHAM, *Deontology*, s. 74. *Postema* bu son koşul hakkında şu değerlendirmeyi yapmıştır: “*Bentham* bu son koşulu açıklamamış ya da detaylandırmamıştır. Sadece tam bir denklik sağlama amacına hizmet ettiğini kastetmiş olabilir (bu durumda üçüncü koşul ikincinin içine çöker). Ya da açıklanan cümlenin anlam ve öneminin tam olarak açıklanması, görüşe açık hale getirilmesi amacına hizmet ettiğini kastetmiş olabilir. Ya da, yine, tanımı sağlayan ya da kullananların ihtiyaçları ya da çıkarları tarafından belirlenen başka bir amaca ya da daha büyük olasılıkla mecazi dilin kullanıldığı amaçlara hizmet ettiğini kastetmiş olabilir. Bunlardan hangisini kastettiği açık değildir.” POSTEMA, s. 20.

¹¹⁵ *Bentham*, doğal hukukçu iddiaların kurgularla dolu olduğu ve bunların veba yayan soluğunun hukuki terimlere ve hukuk uygulamasına yayıldığını ileri sürmektedir. Esasında geliştirmiş olduğu ve bu çalışmanın inceleme konusu olan kurgusal varlıkların açıklanmasına ilişkin yöntemler kurgunun bu veba yayan soluğundan kaynaklanan zararları ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. *Bentham*'ın doğal hukukçu görüşlere yönelik bu bağlamdaki eleştirileri için bkz. HARRISON, s. 24-46.

¹¹⁶ POSTEMA, s. 20. *Bentham* prensip olarak adları gerçek varlık adlarına *paraphrasis* yöntemi aracılığıyla bağlanamayan (sözde) varlıkların gerçekliğini inkar etmiştir. Bu hususta *Common Law* sisteminde çokça bulunduğunu düşündüğü hukuki kurguları hedef tahtasına yerleştirmiştir. Bunlardan bir tanesi doğal hukukçuların çokça atfı yaptığı orijinal sözleşme kavramıdır. *Bentham* orijinal sözleşmeyi bir masal, hayalet, *chimarea*, kurgunun çocuğu olarak nitelendirmiştir. Masalın yazarları *Whig* hukukçularıdır ve masal kendi çıkarlarını ilerletebilmek için uydurulmuştur. *Bentham* hükümdar ile bunlar arasında halkın cebinden mümkün olan en büyük miktarda sanayi üretimini ele geçirmek, yani çalmak amacı ile bir ortaklık kurulduğunu ileri sürmektedir. Hükümdarın cebir gücü ve hukukçuların hilesi birleşerek *sermayeyi* oluşturmuşlardır. Bkz. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, s. 509.

D. Yöntemlerin Bazı Temel Hukuk Terimlerine Uygulanışına Dair Örnekler

Bentham yükümlülükler, haklar ve yükümlülüğe bağlı diğer avantajları etik-kurgusal varlıklar kategorisinde sınıflandırır ve bunları *paraphrasis* yönteminin nasıl uygulandığı hakkında en öğretici örnekler olarak nitelendirir¹¹⁷. Hatırlanacak olursa bir kurgusal varlığın açıklanabilmesi için onun özne olduğu bir önermenin öznesi gerçek bir varlık olan bir önermeye dönüştürülmesi ve kurgusal varlığın bir gerçek varlıkla ilişkilendirilmesi gerekmektedir¹¹⁸. *Bentham* bu tür kurgusal varlıkların idesinin kökeninin genel olarak haz ve acı idesinde bulunduğunu belirtmektedir¹¹⁹. (Bir gerçek varlık olan yaptırım da temelinde haz ve acıyı bulundurur.) Dolayısıyla etik-kurgusal varlıklar için insanın haz veren şeylerin peşinde koşan ve acı veren şeylerden kaçınan doğası belirleyici olmaktadır. Şimdi *Bentham*'ın birkaç tane kilit hukuki terimi *arketipleştirme* ve *paraphrasis* yöntemleri aracılığıyla nasıl açıkladığı gösterilecektir.

1. Yükümlülük

Bentham, kendisi de bir kurgusal varlık olan yükümlülüğün pek çok kurgusal varlığın ortaya çıktığı kök olduğunu belirtir. Bu nedenle tüm hukuki terimlerin açıklanması için temel teşkil edeceğini düşündüğünden¹²⁰ yükümlülük kavramının açıklanması üzerinde daha fazla durmuştur.

Yükümlülük idesinin *paraphrasis* yöntemi aracılığıyla açıklanması ise iki aşamalıdır. İlk aşama idenin bir öznesi olduğu bir önermeye tamamlanmasıdır (*phraseoplerosis*). Yükümlülük kavramını, “Bir yükümlülük bir kişinin üzerine düşendir” şeklinde bir önermeye dönüştürmektedir. Cümlede özne yükümlülük, bir kişinin üzerine düşmesi yüklem, “-dir” ibaresi ise koşaktır. İkinci aşama dönüştürme aşamasıdır; öznesi yükümlülük olan önerme aynı anlamı ihtiva eden öznesi gerçek bir varlık olan önermeye dönüştürülecektir. *Bentham* bu gerçek varlığın haz ve acı olduğunu belirtmektedir. O halde öznesi gerçek varlık olan önerme yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişinin acı ya da haz kaybı deneyimleyeceğinin muhtemel olduğunu ortaya koymalıdır. O halde bir yükümlülük altında olmak demek o yükümlülüğü meydana getiren bir emre uyulmaması nedeniyle yaptırıma maruz kalma riski altında olmak demektir¹²¹. Yaptırım ise haz ve acının hukuk dilinde ifade edilmiş biçimidir. Dolayısıyla yükümlülük kaynakları yaptırım kaynakları ile paralellik göstermektedir. Yaptırım türleri, fiziksel, toplumsal, ahlaki ve siyasi/hukuki yaptırımlar olarak gösterilebilir¹²². Her bir yaptırım türü aynı adı taşıyan bir yükümlülük türüne karşılık gelecektir: fiziksel, toplumsal, ahlaki, siyasi/hukuki yaptırım¹²³.

Yükümlülük kelimesinin açıklanmasında yardımcı olabilecek yöntemlerden birisi de *arketipleştirme*dir. Buna göre *Bentham* İngiliz dilindeki *obligation* kelimesinin kökeni üzerine birtakım açıklamalar yapar. *Bentham* yükümlülük kelimesini “üzerine ağır bir cismin baskı uyguladığı bir insan” arketipini bir kişiye yüklenen şey olarak yükümlülük kelimesi ile özdeşleştirmektedir¹²⁴. Böylelikle yükümlülüğün bir kişi üzerine yük getiren oluşunun görsel tasviri sağlanmaya çalışılmıştır. Bu imge ya da arketipin, kelimenin geçmiş dönemlerdeki ilkel kullanımının da bizleri bilgilendirebileceğini düşünmektedir. *Obligation* kelimesinin, Latince bağ ya da kordon anlamına gelen *ligo* kelimesinden türetildiğini, bir bağın bir

¹¹⁷ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 247.

¹¹⁸ Bu makalenin IV. bölümünün C başlığına bakınız.

¹¹⁹ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 247. Etik kurgusal varlıkların tamamının “gerçek kaynağı bir aynı türden gerçek varlıktır, yani duyum (sensation) dur. Bu sözcük yalnızca algıyı değil, yalnızca acının, yalnızca hazzın ya da ikisinin de ürünü olan algıyı ifade edecek biçimde ele alınmaktadır.” BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 247.

¹²⁰ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 248.

¹²¹ TARANTINO, s. 100. *Tarantino* burada *Bentham*'ın tamamlama işlemini yaptıktan sonra dönüştürme işlemini eksik bıraktığını ileri sürmektedir. *Bentham*'ın “Yükümlülük bir kişinin üzerine düşendir” ifadesinin yükümlülüğüne uygun hareket etmemesi halinde “Acı bir kişinin üzerine düşendir” yüklenendir biçiminde dönüştürüleceğini belirtmektedir. Bkz. TARANTINO, S. 101.

¹²² BENTHAM, Jeremy: *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, (Çev.) SARUHANLIOĞLU, Ömer / BOYACI, Uğur Kaşif, 1. Baskı, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 33-34.

¹²³ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 247.

¹²⁴ BENTHAM, *Essay on Logic*, s. 247.

şeyi ya da bir kişiyi nasıl belirli bir yere sabitlemesi ya da hareket alanını sınırlaması söz konusu ise yükümlülüğün de benzer biçimde kişileri bağlayabileceği, sınırlandırılabilirliğinin düşünülebileceğini ifade eder¹²⁵. Ancak bu bilgilendirme tam bir açıklama niteliğinde değildir; *paraphrasis* yönteminin yanında gerçekleştirilmesi gereken ancak yardımcı nitelikte bir açıklamadır.

2. Yükümlülük Temelinde Başka Etik-Kurgusal/Hukuki Terimlerin Açıklanabilmesi: Hak ve Yetki

Bentham yükümlülük kavramının etik kurgusal varlıkların anlaşılmasında anahtar bir rolü olduğunu belirtmişti. Burada *Bentham*'ın hak ve yetki kavramalarının *paraphrasis* aracılığıyla nasıl tanımlandığı gösterilecektir.

Bentham'ın klasik tanımlama yöntemi ile bir üst cinse ait olmaması nedeniyle tanımlanamayacağını belirttiği¹²⁶ ve ancak *paraphrasis* yöntemi ile tanımlanabileceğini belirttiği kurgusal varlıklardan biri de hak kavramıdır. Hak kavramı da yükümlülük kavramı gibi anlamını ve hakikatini haz ve acı olarak nitelendirilebilecek ampirik köklerinden almaktadır.

Bentham hak ve yükümlülük ilişkisinde yükümlülüğü birinci dereceden hakkı ise ikinci dereceden kurgusal varlık olarak betimler¹²⁷. Dolayısıyla hak kavramının açıklaması ya bir gerçek varlığa (haz ve acıya) ya da yükümlülük veya ödev gibi bir birinci dereceden kurgusal varlığa dayanılarak yapılabilir. Hak kavramının açıklanmasında yükümlülük kavramından nasıl istifade edilebileceğini şöyle açıklamıştır:

“Yükümlülük idesinden başka hak kelimesine açık bir ide eklenmesi mümkün değildir.

Hakkın iki etkin nedeni olabilir:

1. Karşılık gelen bir yükümlülüğün bulunmaması. Yapmaktan kaçınmakla yükümlü olmadığınız bir şeyi yapma hakkına sahipsinizdir. Doğa durumunda her insanın sahip olduğu hak budur.
2. Hakkın ikinci etkin nedeni, karşılık gelen bir yükümlülüğün varlığıdır. Bu yükümlülük, ilk söz edilen hak türünü kullanırken sizi rahatsız etmekten kaçınmaları için diğer kişilere yüklenen yükümlülüktür. İlk söz edilen hak, çıplak bir hak türü olarak; ikinci söz edilen hak, kazanılmış ya da tesis edilmiş bir haktır.”¹²⁸.

Yukarıdaki alıntıda *Bentham* açıkça hukuk tarafından yaratılan hakların bir yükümlülükle beraber, hatta onun bir sonucu olarak var olduğunu belirtmektedir. Belirli bir eylem hakkında bir yükümlülüğü bulunmamak o eylemi yapmaya hak sahibi olmak anlamına gelmekte; belirli bir eylemin gerçekleştirilmesinde hukuk tarafından diğerlerinin rahatsız etmeme yükümlülüğü altına sokulması ise hak sahibi olmayan kişilere yükümlülük getirilmesi aracılığıyla olumsuz bir biçimde hak tanınmasıdır. Yükümlülük sahibi olanların, hak sahibi olanların hakkını kullanmasına saygı göstermesi anlamında bir ödev altında olması hakkın varlık kazanmasını sağlamaktadır.

Bu çerçevede hak kavramının yükümlülük kavramı aracılığıyla açıklanması şöyle izah edilebilir: *Bentham* hak kavramını bir kişi ile bir şey (eşya) arasındaki ilişki olarak görmektedir. Bir kişi bir şeyi kendi dilediği şekilde dönüştürmekte özgürse ve diğer kişiler dilediğini yapmaktan men edildiğinde ya da o kişinin rızası olmaksızın bir dönüştürme işlemi yapmaları halinde cezalandırılmaları öngörüldüğünde kişi ile şey arasındaki ilişkinin hak olduğu söylenebilecektir¹²⁹. Başka bir deyişle bir hak, sahi-

¹²⁵ BENTHAM, *Chrestomathia*, s. 274, dipnot a.

¹²⁶ *Bentham*'a göre hak kavramını *per genus et differentiam* yöntemi ile açıklamaya çalışmak dibi olmayan bir fiçiyi doldurmaya çalışmaya benzemektedir. BENTHAM, *Preparatory Principles*, s. 247.

¹²⁷ BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 316. *Bentham* hakkın bir görev ya da yükümlülük sonucu ortaya çıktığını düşünmektedir. Ona göre birisine bir görev verildiğinde karşılığında ye kendisi ya da başkalarının bu görevin yerine getirilmesini talep etme yetkisi doğacaktır. Talep yetkisi kendisinde olduğunda görev sonucunda bir hak doğmuş olmaz. Ancak talep yetkisi başka birinde olduğunda o kişi hak sahibi olmuş olur. Bkz. BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 316-317.

¹²⁸ BENTHAM, Jeremy: “Pannomial Fragments”, *The Works of Jeremy Bentham-Vol. 3*, William Tait, Edinburg, 1843, s. 217-18.

¹²⁹ BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, s. 87.

bine imkânlar sağlarken, başkalarına ise bu imkânların engellenmesini ya da izinsiz olarak bu imkânlardan istifade edilmesini yasaklamaktadır. Diğer bir ifadeyle bir hak, hak sahibi dışındaki kişilere yükümlülük getirmektedir. Hak sahibi herkes, hakkına riayet edilmesi yükümlülüğünün yerine getirilmesini talep etme yetkisine sahiptir ve yükümlülük altında olanlar yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde ceza, yaptırım tehdidi altındadırlar¹³⁰. Böylece hak ve yükümlülük karşılıklı bir ilişki içerisindedir; hak kavramı yükümlülük kavramı aracılığıyla birer gerçek varlık olan yaptırımla, yani haz ve acı ile irtibatlandırılmış olur.

Benzer bir açıklama, yetki kavramına ilişkin olarak da yapılabilir. Yetki kavramı da kurgusal bir varlıktır; ait olduğu bir üst cins bulunmaz. Bu nedenle *per genus et differentiam* yöntemi ile tanımlanmaya elverişli değildir, ancak *paraphrasis* yöntemi ile açıklanabilecek bir kavramdır. Yetki kelimesinin *paraphrasis* yöntemi gereği öncelikle bir önerme haline getirilmesi gerekmektedir. *Bentham*, yetki kavramını “yetki yaratmak” ibaresinin geçtiği bir önermeye tamamlamanın faydalı olabileceğini belirtir. Bir kişiye bir şey üzerinde bir yetki vermek, o şey üzerinde kişiyi serbest kılmak ve diğerlerinin ise o şeye müdahale etmesini yasaklamak anlamına gelir¹³¹.

Bir kişinin belirli bir hususta yetkili kılınması diğerlerinin o hususta yetkili kılınmadığı anlamına geldiğinden diğerlerinin bir yükümlülük altında bulunduğu söylenebilecektir ve bir kişi bu yükümlülüğü ihlal ederse yaptırım tehdidi altında olacaktır. Böylelikle tıpkı hak kavramı gibi yetki kavramı da yükümlülükle ve dolayısıyla yaptırımla (haz ve acı) ilişkilendirilebilecek bir kavramdır. Bu *Bentham*'ın etik-kurgusal varlıkların açıklanması için benimsediği genel strateji gereğidir. Her türlü etik ve dolayısıyla her türlü hukuki kavram en temelde bulunan haz veya acı idesine kadar izi sürülerek açıklanmalıdır. Bu örnekler çoğaltılabilir; görev, unvan, mülkiyet, buyruk gibi hukuki terimler de benzer bir biçimde açıklanabileceklerdir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kurgusal varlıklar hayal gücünün ürünü olmaları nedeniyle gerçek olmayan varlıklarla benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte kurgusal varlıklar birer saçmalaktan ve masaldan ibaret olan salt kurgulardan farklıdır. Dil ve düşünce büyük ölçüde kurgusal varlıklar yaratılmak suretiyle genişlemektedir. Bir yandan gerçekliği olmayan bir kavram gibi görünmekte ancak bir yandan da insanlık için vazgeçilemez bir nitelik arz etmektedir. O halde bunların dilde ve söylemde doğru bir biçimde kullanılması son derece önemlidir. Bu nedenle *Bentham* dil için yararlı olan kurgusal varlıklar ile tamamen hayal ürünü olan ve aslında birer saçmalık olarak nitelendirilebilecek kurguları, masalsı varlıkları birbirinden ayırt etmek istemiştir. Dilin kötüye kullanımının, dile ve söyleme karışan salt kurgular aracılığıyla insanların kandırılmasının ve sömürülmesinin önüne geçilmesi gerekmektedir. *Bentham* bu amaçla kurgusal varlıkların açıklanmasını sağlayan ve esasında bir söylemde yer alan kurgusal bir ifadenin bir kurgusal varlık mı yoksa salt bir kurgu ya da masalsı varlık mı olduğunun belirlenmesini sağlayan bir açıklama yöntemi geliştirmiştir. Bu yöntem arketipleştirme ve *paraphrasis* şeklinde iki işlemden oluşmaktadır. Bu iki işlemin sunduğu test neticesinde açıklanabilenler kurgusal varlıkların adları, açıklanamayanlar ise gerçek olmayan varlık adlarıdır. Böylelikle dil ve söylemden salt kurguların ayıklanabilmesi mümkün olabilecektir.

Bentham elbette bir hayaletin var olmadığını göstermek için bu teoriyi inşa etmiş değildir. *Bentham*'ın hedef tahtasında, yaşadığı dönem *Common Law*'ında çokça bulunan kurgular ve özellikle de doğal hukukçuların doğal hak söylemleri yer almaktadır. *Bentham* bunların arketipleştirme ve *paraphrasis* yöntemleri aracılığıyla açıklanamayacak, başka bir deyişle gerçek varlıklarla ilişkileri ortaya konamayacak salt kurgular, saçmalıklar olduğunu iddia etmektedir. Oysa hukuk dilinde çokça kullanılan ve faydalı olduğunu düşündüğü kavramlar, örneğin yükümlülük, hak, mülkiyet, yetki gibi pek çok

¹³⁰ BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, s. 494-95, dipnot b.

¹³¹ BENTHAM, *Preparatory Principles*, s. 380.

kavramın arketipleştirme yönteminin yardımıyla ve *paraphrasis* yöntemi aracılığıyla açıklanabileceğini; bu kavramların gerçek varlıklarla ilişkilendirilebileceğini düşünmektedir. Bu yönteminin temellerini kazmak için ise epey zahmete katlanmış, ontoloji, epistemoloji, dil, mantık ve düşünce çerçevesinde gerçek ve kurgusal varlıklar teorisini inşa etmiştir. *Arketipleştirme* ve *paraphrasis* yöntemleri bu uzun uğraşların mahsulü olarak görülmelidir.

Bentham'ın geliştirmiş olduğu bu yöntemler aracılığıyla hukuki terimler ne oranda açıklanabilir? Ya da hukukçular, hukuki terimlerin açıklanmasında ne derecede ve titizlikte hassasiyet sahibidirler? Yüzyıllardır devasa bir yazına rağmen düşünürler ya da daha özeldir hukukçular herkesçe kabul edilebilir evrensel bir hukuk tanımı ortaya koyabilmiş değildir. Benzer durum hukuki terimler için de geçerlidir. Meseleye hangi perspektiften yaklaşıldığı tanım meselesinin ne derece ciddiye alınması gerektiğini etkilemektedir. Hukuku metafizik ve hukuk ötesi terimlerden arındırmayı amaçlayan hukuki pozitivistler için teorilerinin kurucusu kabul edilebilecek *Bentham*'ın elverişli bir araç sunmaya çalıştığı görülmektedir. Nitekim *Bentham* için yaşadığı toplumsal düzene yönelik menfi düşünceleri ve bozulmanın ancak köklü reformlar aracılığıyla ıslah edilebileceği düşüncesi dilden salt kurguların ayıklanması gerektiği sonucuna ulaşmasına yol açmıştır. Bir hukuki pozitivistin bakış açısından bakıldığında hukukçuların dil ve söyleminde de böylesi zararlı salt kurgular çokça yer alır. Belki de ayıklama işlemine öncelikle ve ivedilikle hukukçuların dil ve söyleminden başlanmalıdır. Nitekim *Bentham* kötü niyetli yöneticilerin kötü niyetli hukukçularla iş birliği yaparak kamu menfaati yerine kişisel menfaatlerini pekiştiren uygulamalara imza attıklarını düşünmektedir. Bunu ise salt kurgu niteliğinde olan söylemler aracılığıyla halkı kandırarak ve kendi kişisel çıkarlarının kamu çıkarının gereği olduğuna ikna ederek gerçekleştirdiklerini belirtmektedir. Ancak temel derdi hukuki terimlere net bir ayıklama sunmaktan ve hukuku arındırmak başka bir şey olan örneğin odağı hukuka dair evrensel ilkeleri keşfetmek ve ortaya koymak olan bir doğal hukukçunun bakış açısından *Bentham*'ın sunduğu yöntemler bir anlam ifade etmeyebilir ya da ayrıntılarda boğulmak olarak görülebilir. Dolayısıyla *Bentham*'ın geliştirdiği açıklama yöntemlerinin işe yararlığının bu bağlamda değerlendirilmesi gerekir.

Kanaatimce hukuki terimlerin titiz bir biçimde ve içine salt kurgu karışmadan tanımlanmasını hedefleyen hukukçular için söz konusu yöntemlerin faydalar sunduğu söylenebilir. Özellikle hukuktan hukuk dışı öğeleri ayıklamayı amaçlayan ve hukuku olguya dayanan yöntemlerle ortaya koymaya çalışan hukuki pozitivistler için yöntem elverişli bir araç olarak görünmektedir. Dolayısıyla *Bentham*'ın tanım yönteminin hukuki terimler için iş görüp görmeyeceği sorusuna hukuka ve hukuk kuramına dair sahip olunan bakış açısı dikkate alınarak olumlu ya da olumsuz cevap verilmesi mümkün görünmektedir.

KAYNAKÇA

- BENTHAM, Jeremy: *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford and New York, 2008 (A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government).
- BENTHAM, Jeremy: "A Fragment on Ontology", *The Works of Jeremy Bentham-Vol 8*, William Tait, Edinburg, 1843, s. 193-212 (A Fragment on Ontology).
- BENTHAM, Jeremy: *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, (Çev.) SARUHANLIOĞLU, Ömer / BOYACI, Uğur Kaşif, 1. Baskı, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- BENTHAM, Jeremy: *Chrestomathia*, Clarendon Press, Oxford, 1983 (Chrestomathia).
- BENTHAM, Jeremy: *Deontology together with a Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, Oxford University Press, Oxford, 1983 (Deontology).
- BENTHAM, Jeremy: "Essay on Language", *The Works of Jeremy Bentham-Vol. 8*, William Tait, Edinburg, 1843, s. 295-338 (Essay on Language).
- BENTHAM, Jeremy: "Essay on Logic", *The Works of Jeremy Bentham-Vol. 8*, William Tait, Edinburg, 1843, s. 213-294 (Essay on Logic).
- BENTHAM, Jeremy: *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2010 (Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence).
- BENTHAM, Jeremy: "Pannomial Fragments", *The Works of Jeremy Bentham-Vol. 3*, William Tait, Edinburg, 1843, s. 211-230.
- BENTHAM, Jeremy: *Preparatory Principles*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2017 (Preparatory Principles).
- BENTHAM, Jeremy: "Radical Reform Bill, with Extracts from the Reasons", *The Works of Jeremy Bentham-Vol. 3*, William Tait, Edinburg, 1843, s. 558-598 (Radical Reform Bill).
- BENTHAM, Jeremy: *The Correspondence of Jeremy Bentham, Volume 1, 1752-76*, UCL Press, London, 2017 (Correspondence Vol. 1).
- BENTHAM, Jeremy: *The Correspondence of Jeremy Bentham, Volume 2, 1777-80*, UCL Press, London, 2017 (Correspondence Vol. 2).
- BENTHAM, Jeremy: *The Works of Jeremy Bentham- Vol. 11 (Memoirs of Bentham Part II and Analytical Index)*, William Tait, Edinburg, 1843.
- ÇÜÇEN, A. Kadir: *Klasik Mantık (Mantiğa Giriş)*, 2. Baskı, Asa Kitabevi, Bursa, 2009.
- DE CHAMPS, Emmanuelle: "The Place of Jeremy Bentham's Theory of Fictions in Eighteenth-century Linguistic Thought", *Journal of Bentham Studies*, 1999, Cilt 2, Sayı 1, s. 1-28.
- HARRISON, Ross: *Bentham*, 1. Baskı, Routledge, London and Boston, 1999.
- HART, H. L. A.: "Legal Duty and Obligation", (Ed.) HART, H. L. A., *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, 1. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 1982, s. 121-161.
- LOCKE, John: *İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme*, (Çev.) HACIKADİROĞLU, Vehbi, 1. Baskı, Ara Yayıncılık, İstanbul, 1992.
- OGDEN, Charles Kay: *Bentham's Theory of Fictions*, 1. Baskı, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd., London, 1932.
- PORPHYRIOS, Isagoge: *Aristoteles'in Kategorilerine Giriş*, (Çev.) ÇOTUKSÖKEN, Betül, 2. Baskı, BilgeSu Yayıncılık, Ankara, 2022.
- POSTEMA, Gerald: "Meaning, Analysis, and Exposition: The Technology of Thought", *Utility, Publicity, and Law: Essays on Bentham's Moral and Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 3-25.
- SCHOFIELD, Philip: "Real and Fictitious Entities", (Ed.) SCHOFIELD, Philip: *Utility and Democracy-The Political Thought of Jeremy Bentham*, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 1-27.
- ŞAHİN CEYLAN, Şule: "Anarşik Safsatalar: Bentham'ın Doğal Haklar Eleştirisi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 15, Sayı 189-190, s. 723-746.
- TAKASHIMA, Kazuya: "Bentham's Theory of Language", *Revue d'études Benthamiennes*, 2019, Cilt, 16, s. 1-23.
- TARANTINO, Piero: *Philosophy, Obligation and the Law-Bentham's Ontology of Normativity*, Routledge, London-Newyork, 2018.

Borçlunun Maaş ve Ücret Alacağı Dışındaki Üçüncü Kişilerde Bulunan Alacaklarının Haczi ile Alacaklının İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu Maddesinin 4'üncü Fıkrasına Dayalı Cezalandırma ve Tazminat Talebi^(*)



Attachment of the Debtor's Receivables from Third Parties Other Than Salary and Wage Receivables, and the Creditor's Claim for Punishment and Compensation Based on Article 89/4 Turkish Code of Execution and Bankruptcy Law

Şule UZUN



Araştırma Görevlisi

Ondokuz Mayıs Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Alacağı, Alacağın Haczi, Haczin Sonuçları, Üçüncü Kişiye Yapılan Bildirim, Tazminat.

Öz

Alacağına kavuşmak isteyen alacaklı icra dairesine başvurarak hukuki haklarını kullanabilir. Alacaklının haciz talebinde bulunmasının amacı, borçlunun mallarının cebri icra yoluyla satılarak elde edilen hasıllardan kendi alacağına kavuşmasıdır. Borçlunun malvarlığı değerlerinden birisi de borçlunun üçüncü kişilerde bulunan mal ve alacaklarıdır. Alacaklının talebi üzerine icra dairesi takip borçlusuna ait üçüncü kişilerde bulunan mal ve alacakların haczi için üçüncü kişiye bildirimde bulunmaktadır. Kendisinde borçlunun alacağı tespit edilen üçüncü kişinin yapılan bildirimlere rağmen gerçeğe aykırı ve haksız itirazı söz konusu ise alacaklının talebi doğrultusunda cezalandırılması ve aleyhine tazminata hükmedilmesi mümkün kılınmıştır. Borçlunun üçüncü kişilerde bulunan maaş ve ücret alacağının haczi ve işlemin sonuçları için ayrı bir hüküm ihdas edildiğinden bu çalışma, haciz talebinde bulunan alacaklının maaş ve ücret alacakları dışında kalan alacaklarının haczi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasına dayanılarak borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağının tespiti hâlinde alacaklının üçüncü kişiye karşı hukuki taleplerini ve bu taleplerin şartlarını değerlendirmek amacıyla ele alınmıştır.

Keywords

Debtor's Receivables from Third Parties, Attachment of Receivables, Results of Attachment, Notification to Third Parties, Compensation.

Abstract

A creditor seeking to recover their receivables can exercise their legal rights by applying to the enforcement office. The purpose of the creditor's request for attachment is to obtain its own receivables from the proceeds obtained by selling the debtor's assets through forced execution. One of the assets of the debtor is the goods and receivables of the debtor in third parties. Upon the request of the creditor, the enforcement office notifies the third party for the attachment of the goods and receivables of the debtor in third parties. If the third party, in whom the debtor's receivables are detected, has an untrue and unjustified objection despite the notifications made, it is possible to be penalised in line with the creditor's request and to award compensation against him. The attachment of the debtor's salary and wage receivables held by third parties and the consequences of the process are regulated separately. This study, based on Article 89/4 Turkish Code of Execution and Bankruptcy Law, is undertaken in order to evaluate the legal claims of the debtor against the third party for the receivables of the debtor in third parties and the conditions of these claims.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 04.05.2023, Kabul Tarihi: 16.10.2023.

GİRİŞ

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun¹ 89'uncu maddesinde borçlunun cebri icraya konu olabilecek üçüncü kişilerde bulunan mal ve alacakları düzenlenmiştir. İcra dairesince uygulanacak usûl ve üçüncü kişi ile alacaklının sahip olduğu haklar, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinde belirtilmektedir. İcra dairesi tarafından üçüncü kişiye gönderilen birinci haciz ihbarnamesine İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinde sayılan veya takip borçlusu ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiden doğan sebeplere dayanarak üçüncü kişiye itiraz imkânı tanınmıştır. Bunun yanında üçüncü kişinin haksız ve gerçeğe aykırı beyanda bulunarak takibin ilerlemesini engellemesi ve alacaklının alacağına kavuşmasına mâni olması sebebiyle bu duruma bazı sonuçlar bağlanmıştır. Bu doğrultuda İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 4'üncü fıkrâ hükmü de takip alacaklısının talebi üzerine üçüncü kişinin haksız ve gerçeğe aykırı beyanda bulunmasından dolayı cezalandırılma ve tazminata mahkûm edilmesine ilişkindir.

Çalışmamızda borçlunun üçüncü kişilerde bulunan alacaklarının hangilerinin haczedileceği, icra dairesi tarafından üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnameleri ve ilgili haciz ihbarnameleri karşısında üçüncü kişinin itiraz yoluna başvurup başvurmayacağı, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 4'üncü fıkrâsında yer alan cezalandırma ve tazminat davasının yargılama usûlü ile ceza ve tazminat istemi açısından doğurduğu sonuçlara yer verilmiştir. Ayrıca üçüncü kişinin icra dairesinin işlemleri karşısında tutumu ve bunun sonuçları doktrinindeki görüşlere de yer verilerek değerlendirilmiştir.

I. HACİZ KONUSU

Haciz, alacaklının talebiyle borçluya ait mal, hak ve alacaklara icra dairesi tarafından el konulmasıdır. Haczin konusu; borçlunun taşınır malları, taşınmaz malları ve üçüncü kişilerde bulunan mal, alacak ve haklarından oluşur. Bir para alacağının elde edilmesi amacıyla borçlunun haczedilebilen tüm mal ve hakları haczin konusunu oluştururken haczin üst sınırını ise İcra ve İflâs Kanunu'nun 85'inci maddesi uyarınca asıl alacak, faiz ve masraflar oluşturur.

Alacaklının talebi üzerine icra takibi yapılan borçlunun kesinleşen takibe rağmen borcunu ifa etmekten kaçınması durumunda alacaklı, icra takibine devam ederek borçlunun mallarının haczedilmesini talep edebilir. Alacaklının haciz talebinde bulunması hâlinde icra dairesi tarafından borçlunun kendi yedinde veya üçüncü kişilerde bulunan alacaklarına ilişkin yapılan haciz işlemi takip konusu alacağı aşmayacak şekilde uygulanır.

A. Alacak Haczi

Borç ilişkisinde alacak hakkı, alacaklıya ifa menfaati sağlamaktadır. Bu kapsamda, alacaklı tarafından borçluya karşı usûlüne uygun yapılan icra takibinin kesinleşmesi üzerine, alacaklı alacağını karşılayacak miktarda olmak koşuluyla, borçlunun malvarlığının haczedilmesini talep edebilir². Alacaklının bu hakkı bağlamında düzenlenen hükümlerden biri de İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesidir. Anılan hükümde takip borçlusunun üçüncü kişide bulunan alacağının haczi öngörülmektedir. İcra ve iflâs hukukundaki bu münferit düzenleme ile borçlu ve üçüncü kişinin anlaşarak alacaklının zararına hareket etmeleri önlenmektedir³. Bunun yanında üçüncü kişinin de haklarının korunmasına da hizmet edilmektedir.

¹ 09.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete.

² PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet: *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 177; YILDIRIM, M. Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 211; ASLAN, Kudret: "Hacizde Tertip", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 54, Sayı 2, s. 271; GÖRGÜN, Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 158; DİRENİSA, Efe: "Üçüncü Kişinin Gerçeğe Aykırı İtirazda Bulunması Nedeniyle İcra ve İflas Kanunu'nun 89/4 Hükmü Uyarınca Açılacak Tazminat Davasının Belirsiz Alacak Davası Şeklinde Açılıp Açılmayacağı Üzerine Bir Değerlendirme", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 12, Sayı 1, s. 334; BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: "İcra Hukukunda Aşkın Haciz", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 20, Sayı 4, s. 26.

³ KURU, Baki / AYDIN, Burak: *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 178; ARSLAN, Ramazan: "Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4 (Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi), s. 3218; ERMENEK, İbrahim / AZAKLI ARSLAN, Betül: "İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, Cilt 33, Sayı 148, s. 176; DİRENİSA, s. 342.

Borçlunun üçüncü kişide bulunan alacağı çeşitli şekillerde haczedilebilir. İcra dairesi üçüncü kişinin bulunduğu yerde haciz gerçekleştirebileceği gibi üçüncü kişide bulunan alacakları haczederek bu durumu üçüncü kişiye bildirme suretiyle de haczi icra edebilir. Bir diğer haciz imkânı ise İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesi kapsamında gönderilen ihbarnameler sonucunda üçüncü kişide bulunan alacakların haczinin yapılmasıdır. Bu hususa ilişkin olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin haczin gerçekleştirilmesi için gerekli mi yoksa muhafaza tedbiri mi olduğunun değerlendirilmesi gerekir. Bir görüşe göre üçüncü kişilerde bulunan hak ve alacakların haczi, icra dairesi tarafından karar verilerek bu durumun tutanak altına alınmasıyla gerçekleşmiş olur⁴. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesine göre bu durumun üçüncü kişiye bildirilmesi, haczin tamamlanması açısından zorunlu olmayıp yalnızca bir muhafaza tedbiridir⁵. Diğer bir görüşe göre de alacaklar ve üçüncü şahıs elinde haczedilen mallar hakkında kenar başlığını taşıyan İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesi hacizli alacağı tespit ve muhafaza tedbirleri kapsamında düzenlenmiş maddelerden biridir⁶. Kanaatimizce icra dairesince üçüncü kişide bulunan hak ve alacakların haczinin tutanak altına alınması sonucunda üçüncü kişiye yapılan bildirim, üçüncü kişide bulunan alacakların haciz işleminin tamamlanması açısından zorunlu değildir.

Borçlunun üçüncü kişide bulunan alacağı kıymetli evraka dayanıyorsa haciz üzerine İcra ve İflâs Kanunu'nun 88'inci maddesine göre işlem yapılması gerekir. Bu durumda üçüncü kişiye İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinde belirtilen şekil ve içerikte haciz ihbarnamesi gönderilmemekte ve ilgili maddede düzenlenen sonuçlar ortaya çıkmamaktadır. Burada borçlunun üçüncü kişideki alacağı İcra ve İflâs Kanunu'nun 106'ncı maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında taşınır mal hükmünde olduğundan, bu alacak taşınır mal şeklinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 102'nci maddesine göre haczedilebilir ve haciz kararı icra dairesince üçüncü kişiye bildirilir. Bu bildirim, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinde düzenlenen haciz ihbarnamesi niteliğini haiz olmadığından bu madde bağlamında ortaya çıkabilecek sonuçlar doğmaz⁷. Bu sonuçlardan birisi de üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine itirazın haksız ve yersiz olduğu iddiasıyla alacaklının üçüncü kişiye karşı cezalandırılma ve tazminat talep etme hakkının doğmamasıdır. İcra dairesi, haciz kararını üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi ile değil de haciz müzekkeresi şeklinde bir yazı ile bildirirse bu yazının içeriğinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinde belirtilen sonuçlar yer almayacağından üçüncü kişinin haciz bildirimine itiraz etmesi durumunda, alacaklının talebi üzerine İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasına bağlı olarak cezalandırılması ya da tazminat yükümlülüğünde bırakılması söz konusu olamaz.

Üçüncü kişinin icra dairesince tebliğ edilen haciz ihbarnamesine haksız itirazda bulunması iddiası ile alacaklının İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasına dayanarak üçüncü kişi aleyhine tazminata ve cezaya hükmedilmesi talebinde bulunabilmesi için alacak haczinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinde düzenlenen haciz ihbarnamesiyle üçüncü kişiye bildirilmesi, bir dava şartı olarak nitelendirilebilir⁸.

Takip borçlusunun üçüncü kişiden olan maaş ve ücret alacağının haczi ve bu haczin sonucu İcra ve İflâs Kanunu'nun 355 ve 356'ncı maddelerinde düzenlendiğinden bu alacakların haczi hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinde öngörülen usûl uygulanmaz. İcra ve İflâs Kanunu'nun

⁴ ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İcra Hukukunun Esasları*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 238; MUŞUL, Timuçin: *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017 (Esaslar), s. 375; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 229.

⁵ ANSAY, Şakir: *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, 5. Baskı, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960, s. 79; ARSLAN, Ramazan: "Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi", *Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974 (Alacakların Haczi), s. 82; MUŞUL, *Esaslar*, s. 375; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 229.

⁶ ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiye Bildirilmesi*, s. 3218.

⁷ OSKAY, Mustafa / KOÇAK, Coşkun / DEYNEKLİ, Adnan / DOĞAN, Ayhan: *İİK Şerhi, Cilt 2*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 2618; İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: "Haciz İhbarnamesi Uygulamasında Şirkete Borçlu Olan Ortağın 3. Kişi Sıfatıyla Sorumluluğu ve Rücu İlişkisi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2012, Cilt 1, Sayı 1, s. 2; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiye Bildirilmesi*, s. 3219.

⁸ Bu hususun dava şartı olarak nitelendirilmesi gerektiği ile ilgili Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 17.06.2010, E. 2010/3160, K. 2010/15435 (Lexpera, ET: 07.03.2023).

89'uncu maddesinde belirtilen alacaklar, maaş ve ücret dışındaki alacaklardır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinde yer alan alacaklar haciz kararı alınırken borçlunun üçüncü kişide var olan mevcut alacakları olabileceği gibi borçlu ile üçüncü kişi arasındaki mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan müstakbel alacaklar da olabilmektedir⁹.

B. Maaş ve Ücret Alacakları Dışındaki Alacakların Haczi

Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacakları kavramına borçlunun üçüncü kişilerdeki hakları da dâhildir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinde alacak veya sair talep hakkına yer verilmektedir. Borçlunun bankadaki mevduatı, üçüncü kişiye ödünç verdiği para, kiraya verdiği taşınmazın kirası, borçlunun şirketteki kâr veya tasfiye payı, borçlunun adi ortaklıktaki kâr payı borçlunun üçüncü kişilerdeki alacak ve haklarına örnek olarak verilebilir¹⁰.

Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacakları, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesi niteliği itibarıyla haczedilen malvarlığı değerlerinin muhafazasına ilişkin olduğundan, hak veya alacağının haczedildiğinin tutanağa geçirilmesi gerekir. Ancak alacağın muhafaza edilmesi ve varsa üçüncü kişilerin itirazlarını bildirmelerine imkân sağlanabilmesi için üçüncü kişiye ihbarname gönderilmelidir¹¹.

Borçlu, mal beyanında bulunurken bir bankada mevduatının olduğunu bildirebilir. Bankadaki mevduatını bildirilmediği takdirde alacaklı, borçlunun hangi bankada mevduatının olduğunu biliyorsa bu durumu icra dairesine bildirir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 7'nci fıkrasına göre haciz ihbarnamesi, borçlunun hak ve alacaklarının bulunabileceği bir tüzel kişinin veya müessesenin şubesine veya tüm şubelerini kapsayacak şekilde merkezine tebliğ edilir. Esasen bankaların oldukça fazla sayıda şubesinin olması nedeniyle her bir şubeye ihbarname göndermenin ekonomik açıdan zor olduğu açıktır¹². Merkez ve şubeler adına yazışma yapma yetkisi tüzel kişiliğin merkezine ait olduğundan merkeze ihbarname gönderildiğinde, merkezin aynı zamanda şubeler adına ihbarnameye cevap vermesi gerekir¹³. Ancak ilgili düzenlemede şube ibaresi de yer aldığından, borçlunun hangi şubede borcu olduğu biliniyor ise ihbarnamenin adresi bilinen şubeye gönderilmesi gerekmektedir.

Borçlunun müstakbel alacaklarının haczedilip haczedilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Kanun koyucu, borçlunun maaş veya ücret haczine ilişkin müstakbel bir alacağının haczedilebileceğine imkân tanımıştır. Bir görüşe göre borçlunun müstakbel alacağına dayanak olan belirli bir hukuki ilişki mevcutsa bu ilişkiden doğan alacağın haczi mümkün olmaktadır¹⁴. Buna karşılık belirsiz bir gelecekteki ilişkiye dayalı olarak doğması muhtemel bir alacağın haczi mümkün değildir¹⁵. Diğer bir görüşe göre de borçlu ile üçüncü kişi arasında mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan ileride doğacak alacakların haczi

⁹ UYAR, Talih / UYAR, Alper / UYAR, Cüneyt: *İcra Hukukunda Haciz*, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s. 254; ER, Gökçe: *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 99; ARSLAN, *Haczin Üçüncü Kişiyi Bildirilmesi*, s. 3220; KURU / AYDIN, s. 186; İYİLİKLİ, s. 2.

¹⁰ KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder: *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 254. Uygulamada borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının haczi daha çok borçlunun bankalardaki parasının haczi şeklinde görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KURU / AYDIN, s. 179; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 232; ER, s. 7. Borçlunun üçüncü kişilerde bulunan mallarına, üçüncü kişilere ariyet olarak bırakılan mallar, bankaların kiralık kasalarında saklanan mallar örnek olarak verilebilir. Bkz. ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim: *İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 121.

¹¹ YILMAZ, Ejder / ARSLAN, Ramazan / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 270; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 232.

¹² ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 231; ARSLAN, *Haczin Üçüncü Kişiyi Bildirilmesi*, s. 3220; KURU / AYDIN, s. 179.

¹³ ARSLAN, *Haczin Üçüncü Kişiyi Bildirilmesi*, s. 3220; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 231; KURU / AYDIN, s. 179.

¹⁴ ARSLAN, *Alacakların Haczi*, s. 97; ER, s. 99. Örneğin kiraya verilen bir ev söz konusu ise kira sözleşmesindeki vade hangi tarihte o tarihte bir kira alacağı doğacak ve bu alacak ödenecektir. Aynı şekilde müteahhide iş yaptırıldığında iş sahibi, bu işin karşılığında müteahhide ödeme yapacaktır. Bu tür müstakbel alacakların haczi de mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 232. Ticaret şirketlerinde şirket ile ortak arasındaki belli ilişki ve kâr payı alacağının borçlusunun belli olması sebebiyle hesap yılı sonunda düzenlenecek bilançoya göre şirket kâr payı dağıtacak hâlde olmasa dahi müstakbel alacağın bilanço düzenlenmeden önce haczedilebileceği yönünde görüş için bkz. ŞAHİN, Çağatay Serdar: "Ticaret Şirketlerinde Ortakların Kişisel Alacaklarının Şirkete Yöneltebilecekleri Haciz Talepleri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 27, Sayı 1, s. 174.

¹⁵ KURU, Baki: *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2006 (El Kitabı), s. 428; ÜSTÜNDAĞ, s. 196; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 232.

mümkün olmaktadır¹⁶. Kanaatimizce borçlu ile üçüncü kişi arasında var olan hukuki ilişkiden doğacak bir müstakbel alacağın olması hâlinde bu alacağın haczinin mümkün olması gerekir.

II. HACİZ USÛLÜ

Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı, borçlunun bu alacaklarını mal beyanında bildirmesi ya da alacaklının bu yöndeki iddiası ile ortaya çıkar¹⁷. İcra ve İflâs Kanunu'nun 74'üncü maddesinde belirtilen mal beyanı, borçlunun gerek kendisinde gerekse de üçüncü kişilerde bulunan mal, alacak ve haklarında borcuna yetecek miktarını belirtmesi ve borcunu ne suretle ödeyeceğini yazı veya şifahen icra dairesine bildirmesidir. Borçlunun kendisinde bulunan mal ve alacakları ile takip konusu alacağın karşılanması mümkünse hacizde sıra ilkesine riayet edilerek haciz gerçekleştirilir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesi uyarınca icra dairesi tarafından takip borçlusunun üçüncü kişilerdeki mal, hak ve alacaklarının haczine karar verilmesi üzerine düzenlenen haciz tutanağından sonra üçüncü kişiye bir haciz ihbarnamesi gönderilir. Bu ihbarname yoluyla haczin hukuki sonuçlarının üçüncü kişiye bildirilmesi ve üçüncü kişi üzerinde doğabilmesi sağlanır.

A. Birinci Haciz İhbarnamesi

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında yer aldığı üzere borçlunun üçüncü kişideki alacağını alacaklının talebi üzerine haczedene icra dairesi, üçüncü kişiye bir haciz ihbarnamesi göndererek durumu bildirir. İhbarnamede takip borçlusunun kendisinden olan alacağının ya da kendisinde bulunan alacağının haczedildiğine, ilgili borcun icra dairesine ödenmesi gerektiğine, borçluya yapılan ödemenin geçerli olmayacağına ilişkin kayıtlar yer almaktadır. Bununla birlikte borçluya ödeme yapıldığı takdirde icra dairesine tekrar ödeme yapılması gerektiği belirtilmektedir. Söz konusu ihbarname, birinci haciz ihbarnamesi olarak adlandırılır. Kanun'un 89'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre üçüncü kişinin borçlu olmadığı veya birinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce borcun ödenmesi ya da alacağın borçlu veya borçlunun gösterdiği yere verilmiş olduğu gibi bir iddia mevcut ise üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra dairesine itirazda bulunabilir. Aksi hâlde borcu icra dairesine ödemekle yükümlüdür.

Borçlunun üçüncü kişi sayılan bankada mevduatının olduğunun bildirilmesi hâlinde borçlunun böyle bir mevduatı yoksa ya da bankadaki mevduatı haciz ihbarnamesinde bildirildiği kadar değilse banka bu durumu yedi gün içinde icra dairesine itiraz ederek bildirmelidir. Aksi hâlde banka bünyesinde mevcut olmayan bu ödemeyi icra dairesine yapmak zorundadır. Ayrıca borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağından biri olan banka mevduatı için gönderilen haciz ihbarnamesine banka, banka sırrı olduğu gerekçesiyle cevap vermekten kaçınmaz¹⁸. Zira icra ve iflâs dairelerinin borçluya dair isteyeceği bilgileri gerçek ve tüzel her kişi derhâl vermeye ve talep hâlinde borcu bu dairelere ödemeye mecburdur. Borçlunun bankada mevduatı yok ise bankanın yedi gün içinde itiraz etmesi büyük önem

¹⁶ KARSLI, Abdurrahim: "İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesinde 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 1, Sayı 2, s. 415; UYAR, Talih: "Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki -Kıymetli Evraka Bağlanmamış Olan- Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİY m. 89)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1981, Cilt 2, Sayı 2, Muhittin Alam Armağanı, s. 206; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişilere Bildirilmesi*, s. 3220.

¹⁷ AKİL, Cenk: *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 52; ARSLANDOĞAN, Birce: "Takip Alacaklısının İcra ve İflâs Kanunu m. 89/4'e Göre Açacağı Tazminat Davasına İlişkin Değerlendirmeler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 20, Sayı 2, s. 1927; KURU / AYDIN, s. 178.

¹⁸ İcra ve İflâs Kanunu'nun 367'nci maddesi gereğince icra veya iflâs dairelerinin borçlunun mevcuduna dair isteyeceği bütün malumutu hakiki ve hükmi her şahıs derhâl vermeye ve talep hâlinde mevcudu bu dairelere teslim mecburdur. İlgili maddede belirtildiği üzere talep edilen bu bilgi ve belgelerin bankalar tarafından ilgili mercilere sunulması gerekir. Bu bağlamda banka, borçlunun mevduatının bulunup bulunmadığının müşteri sırrı olduğunu ileri sürerek cevaptan kaçınmaz. Ancak kanun hükmüne dayanan gerçek kişiye ait kişisel veri niteliği taşıyan borçluya ait bilgilerin kanunda belirtilen sınırları aşmaması gerekir. Aksi takdirde kişisel verilerin izinsiz paylaşımı söz konusu olur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZCAN, Göknil: *Bankacılık İş ve İşlemlerinde Kişisel Verilerin Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 61; EROĞLU, Orhan: "Haciz İhbarnamesine İtiraz Üzerine Uygulanacak Yargılama Usulü ve Yargılama Sonunda Tayin Edilecek Tazminatın Miktarı", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2017, Cilt 12, Sayı 132, s. 46; AKYOL ASLAN, Leyla: "İcra ve İflâs Kanunu m. 89 Hükmüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 6, Sayı 1, s. 96; KURU / AYDIN, s. 181.

taşımaktadır. İtiraz etmemesi hâlinde mevcut olmayan bu borç zimmetinde sayılacak ve bankadan talep edilebilir hâle gelecektir. İtiraz eder ise birinci haciz ihbarnamesinde istenen ödemeyi yapmaktan kurtulmaktadır. Birinci haciz ihbarnamesine itiraz eden bankaya ikinci haciz ihbarnamesi gönderilemeyecektir.

Haciz ihbarnamesini alan üçüncü kişi yedi gün içinde borçlunun kendisinden olan alacağını kabul ederek vadesi geldiğinde bu alacağı icra dairesine ödeyebilir ya da borçlunun kendisinde olan malı icra dairesine teslim ederek kendisine karşı yapılan takibe son verebilir. Üçüncü kişi yedi gün içinde takip borçlusuna herhangi bir borcunun bulunmadığını ya da kendisinde borçluya ait herhangi bir malın olmadığını ileri sürerek itiraz yoluna başvurursa üçüncü kişiye karşı takip yapılamaz. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca üçüncü kişinin bu beyanı gerçeğe aykırı ise alacaklı icra mahkemesine başvurarak üçüncü kişinin cezalandırılmasını ve gerçeğe aykırı beyanı nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Bir diğer durumda üçüncü kişi borcu ödemez veya kendisinde bulunan malı teslim etmez ve de icra dairesine herhangi bir itirazda bulunmaz ise bu durumda borç veya mal üçüncü kişinin zimmetinde sayılacağından üçüncü kişiye icra dairesi tarafından ikinci haciz ihbarnamesi gönderilir¹⁹.

B. İkinci Haciz İhbarnamesi

Birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmeyen üçüncü kişiye, birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmediğinden, iddia edilen malvarlığı değerinin kendi zimmetinde sayıldığı ancak yedi gün içinde alacağı ödeyebileceği, mal taşınır ise malı teslim edebileceği veya aynı süre içinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında belirtilen sebeplerle itiraz edebileceği ihtarını içeren bildirim yapılmaktadır. Bildirim içeriğinde ödemenin yapılamaması hâli ile itiraz edilememesi durumunda iddia edilen alacağın üçüncü kişide olduğunun kesinleşeceği de belirtilmektedir.

İkinci haciz ihbarnamesini alan üçüncü kişi, yedi gün içinde borçlunun kendisinde olan alacağının mevcudiyetini kabul ederek borcu icra dairesine öderse yahut malı icra dairesine teslim ederse kendisine karşı yapılan takip son bulur. Üçüncü kişi birinci haciz ihbarnamesine kendisine tebliğ edilmesinden itibaren yedi gün içinde borçluya herhangi bir borcunun bulunmadığını ya da kendisinde borçluya ait olan herhangi bir malının olmadığını ifade ederek itiraz ederse hakkında takibe devam edilemez²⁰.

Üçüncü kişinin beyanının gerçeğe aykırı olması hâlinde alacaklı icra mahkemesine başvurarak üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunmasından dolayı cezalandırılmasını ve varsa uğradığı zararın tazminini talep edebilir²¹. Üçüncü kişi ikinci haciz ihbarnamesine rağmen borcu ödemez veya malı teslim etmez yahut itiraz yoluna da başvurmaz ise söz konusu borç ya da mal üçüncü kişinin zimmetinde sayılır ve üçüncü kişiye üçüncü haciz ihbarnamesi gönderilir.

C. Üçüncü Haciz İhbarnamesi

Üçüncü haciz ihbarnamesiyle üçüncü kişiye, birinci ve ikinci haciz ihbarnamesine itiraz etmeyecek söz konusu borçlunun borcunun malvarlığı içinde olduğunun kesinleştiği ve üçüncü haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren on beş gün içinde borcu icra dairesine ödemesi gerektiği bildirilir²². Üçüncü kişi böyle bir borcun var olmadığını iddia ediyor ise belirtilen on beş gün içinde genel

¹⁹ AKYOL ASLAN, s. 96; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 233; EROĞLU, s. 46; KURU / AYDIN, s. 181; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişilere Bildirilmesi*, s. 3222.

²⁰ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 179; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 234; KURU / AYDIN, s. 181; EROĞLU, s. 46.

²¹ Yargıtay, 19. CD, T. 12.02.2018, E. 2018/7235, K. 2018/1209 (Lexpera, ET: 16.03.2023).

²² ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 234; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişilere Bildirilmesi*, s. 3224; KURU / AYDIN, s. 182. Kanun koyucunun üçüncü haciz ihbarnamesine bildirim ifadesini kullanmaktaki amacı birinci ve haciz ihbarnameleri ile alacak uhdesinde sayılan üçüncü kişinin ödemesi yahut ispat yükü kendisinde olmak kaydıyla açacağı menfi tespit davası ile aksini ispatlaması yönünde bir durum oluşması sebebine dayanmaktadır. Bu görüş için bkz. EROĞLU, s. 46.

mahkemelerde menfi tespit davası açmalıdır²³. Bu husus üçüncü haciz ihbarnamesinde kayıt olarak yer alır. Üçüncü kişinin on beş gün içinde bir menfi tespit davası açmaması ya da açtığına dair belgeyi yirmi gün içinde icra dairesine ibraz etmemesi hâlinde ilgili malın kendisinden cebri icra yoluyla alınacağı veya üçüncü kişinin borcu ödemeye zorlanacağı da ayrıca belirtilir²⁴. Üçüncü kişi üçüncü haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren on beş gün içinde borcun kendi uhdesinde olduğunu kabul eder ve borcu icra dairesine öderse kendisi açısından takip sona erer.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına göre üçüncü haciz ihbarnamesini tebliğ alan üçüncü kişi on beş gün içinde alacaklıya karşı menfi tespit davası açabilir. Üçüncü kişi açılan menfi tespit davasına ilişkin bir belgeyi ihbarnamenin tebliğinden itibaren yirmi gün içinde icra dairesine ibraz etmelidir. Bu hâlde üçüncü kişi hakkında yapılan icra işlemleri menfi tespit davası kararının kesinleşmesine kadar durur²⁵. Genel mahkemelerde açılan bu davada davacı konumunda bulunan üçüncü kişi, takip alacaklısının iddia ettiği gibi takip borçlusunun kendisinden bir alacağının olmadığını ya da kendisinde herhangi bir malının bulunmadığını iddia etmektedir²⁶. Bu hususları ispat yükü üçüncü kişidedir. Burada söz konusu olan menfi tespit davası İcra ve İflâs Kanunu'nun 72'nci maddesinde düzenlenen menfi tespit davası değildir²⁷. Zira Kanun'un 72'nci maddesinde düzenlenen menfi tespit davasını takip borçlusunu açarken üçüncü haciz ihbarnamesinde yer alan menfi tespit davasını üçüncü kişi açmaktadır. Ayrıca üçüncü kişinin takibin dışında olması sebebiyle, açtığı bu davada icra işlemlerinin durması için bir tedbir kararına ve teminat yatırmasına ihtiyaç bulunmamaktadır²⁸. Buna karşılık İcra ve İflâs Kanunu'nun 72'nci maddesi kapsamında açılan menfi tespit davasında teminat karşılığında bir tedbir kararı alınması mümkün olmaktadır²⁹. Ayrıca bu menfi tespit davası maktu harca tâbidir. Borçlu üçüncü haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren on beş gün içinde menfi tespit davası açarsa menfi tespit davası sonuçlanıncaya kadar uhdesinde bulunan alacağı ya da malı ödemeye zorlanamaz.

Menfi tespit davası için yetkili mahkeme, icra takibinin yapıldığı yer veya davacı üçüncü kişinin yerleşim yeri mahkemesidir. Görevli mahkeme ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun³⁰ 2'nci maddesi uyarınca asliye hukuk mahkemesidir. Üçüncü kişi açtığı menfi tespit davasını kaybederse mahkeme, üçüncü kişiyi dava konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkûm eder. Üçüncü kişi açtığı menfi tespit davasını kazanırsa söz konusu borcu icra dairesine ödemekten kurtulur ancak takip alacaklısı aleyhine tazminata hükmedilemez³¹. Burada davanın açılmasına birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerine itiraz etmeyerek üçüncü kişi sebep olmuştur. Aksi durum, üçüncü kişinin tazminat alabilmek amacıyla birinci ve ikinci haciz ihbarnamesine itiraz etmemesi durumunu doğurur ki bu hem icra takibinin amacına hem de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder³².

²³ ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişilere Bildirilmesi*, s. 3224; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 234; EROĞLU, s. 46; KURU / AYDIN, s. 182.

²⁴ Menfi tespit davası açmayan borçlu icra dairesine ödemek zorunda kaldığı paranın icra dairesi tarafından alacaklıya ödenmesi durumunda aslında borçlu olmadığı bir parayı ödemiş olduğundan bahisle takip alacaklısına karşı, kural olarak, istirdat davası açamaz. Ancak alacaklı kötü niyetli ise banka, borçlu ile kötü niyetli alacaklı aleyhine dava açarak ödemek zorunda kaldığı paranın geri verilmesini talep edebilir. Bunun dışında banka, Türk Borçlar Kanunu'nun 77'nci maddesi vd. uyarınca takip borçlusuna karşı sebepsiz zenginleşme davası açabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KURU / AYDIN, s. 182; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 234; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişilere Bildirilmesi*, s. 3224; EROĞLU, s. 46.

²⁵ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 234; KURU / AYDIN, s. 182; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiyi Bildirilmesi*, s. 3224; EROĞLU, s. 46; ER, s. 67.

²⁶ PEKCANITEZ, Hakan: "4949 Sayılı Kanun'la İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2003, Cilt 16, Sayı 49, s. 149; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiyi Bildirilmesi*, s. 3224; AKİL, s. 196; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 234; KURU / AYDIN, s. 183; EROĞLU, s. 46; DIRENİSA, s. 342.

²⁷ *Kuru / Aydın* bu dava türünü özel menfi tespit davası olarak nitelendirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KURU / AYDIN, s. 183; ERMENEK / AZAKLI ARSLAN, s. 161.

²⁸ ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiyi Bildirilmesi*, s. 3224; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 235; KURU / AYDIN, s. 183; EROĞLU, s. 46.

²⁹ EROĞLU, s. 46; KURU / AYDIN, s. 183; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 235; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiyi Bildirilmesi*, s. 3224.

³⁰ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

³¹ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 235; KURU / AYDIN, s. 183; EROĞLU, s. 4.

³² KURU / AYDIN, s. 183; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 235; EROĞLU, s. 46.

Üçüncü kişinin açtığı menfi tespit davasının alacaklının lehine sonuçlanması hâlinde üçüncü kişinin borçluya rücu etme hakkının olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Borçlunun, üçüncü kişinin alacaklıya karşı açmış olduğu menfi tespit davasını kaybetmesi sebebiyle kendisine rücu edemeyeceğini ileri sürmesi mümkün görünmemektedir³³. Buradaki menfi tespit davasının tarafları takip alacaklısı ve üçüncü kişi olup borçlu bu hukuki ilişkinin dışındadır. Bu sebeple verilen karar borçlu için kesin hüküm etkisi doğurmaz. Üçüncü kişi menfi tespit davasını kaybetse dahi borçlu olmadığı bir ödemeyi gerçekleştirmiş ise borçluya karşı sebepsiz zenginleşme davası açabilir³⁴. Bununla birlikte alacaklının üçüncü kişiye karşı takip yapmakta kötü niyetli olması hâlinde üçüncü kişinin alacaklıya karşı istirdat davası açması da mümkündür³⁵.

Üçüncü kişi, menfi tespit davasını açmaz ya da icra dairesine üçüncü haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren yirmi gün içinde bu davayı açtığına dair herhangi bir belge sunmaz ise alacaklı, üçüncü kişinin elinde bulunan söz konusu miktardaki alacağı haczettirip satmak suretiyle alacağına kavuşabilir. Üçüncü kişinin takip süresince yapması gereken işlemleri yapmaması (birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerine itiraz edememesi, üçüncü haciz ihbarnamesine rağmen on beş gün içinde menfi tespit davası açmaması) bir mazerete dayanıyorsa üçüncü kişi gecikmiş itiraz yoluna başvuru olabilir³⁶. Üçüncü kişi kusurunun olmaması hâlinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 65'inci maddesi uyarınca kendisini engelleyen durumun ortadan kalkmasından itibaren üç gün içinde, satış işlemi tamamlandıktan sonra kadar gecikmiş itirazdan yararlanabilir.

D. Üçüncü Kişinin Birinci veya İkinci Haciz İhbarnamesine İtiraz Etmesi

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca birinci haciz ihbarnamesini alan üçüncü kişiden tebliğde yer alan kayıtlara uygun olarak icra dairesine bildirimde bulunması beklenir. Bu bağlamda üçüncü kişi takip borçlusunun haciz ihbarnamesinde ilgili alacağın var olmadığını ya da var olsa dahi tebliğden önce ödendiğini, haczedilen kısım kadar bir alacağın söz konusu olmadığını, hacizden önce başka bir kişiye temlik edildiğini veya bu alacak üzerinde öncelikli hakkı bulunduğunu ihbarnamenin tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra dairesine itirazda bulunarak ileri sürebilir. Takip borçlusunun kendisinden alacağı olduğu iddia edilen üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesine veya bu ihbarnameye itiraz etmediği için kendisine gönderilen ikinci haciz ihbarnamesine takip borçlusuna borcu olmadığını veya borcun haciz ihbarnamesinden önce ya da borçlunun gösterdiği yere ödenmiş olduğunu belirterek itirazda bulunabilir. Yargılama sonucunda takip borçlusunun üçüncü kişiden alacağının olup olmadığı ortaya çıkabileceğinden üçüncü kişi bu tür bir alacağı tamamıyla reddetmeyip icra dairesine tarafların arasında var olan bu hukuki ilişkiyi açıklamalıdır³⁷.

İcra dairesi tarafından üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamesinde, mevcut veya müstakbel alacakların haczedildiği bildirilmiş olsa dahi, kural itibarıyla, üçüncü kişinin sorumluluğu haciz ihbarnamesini tebliğ ettiği an ile sınırlı olmaktadır. Müstakbel alacak haczi, takip borçlusu ile onun borçlusu konumunda bulunan üçüncü kişi ile arasındaki bir hukuki muameleden kaynaklanması durumunda mümkün olmaktadır³⁸.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca üçüncü kişi, borcu olmadığı veya malın yedinde bulunmadığı veya haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce borç ödenmiş veya mal istihlak edilmiş veya kusuru olmaksızın telef olmuş veya malın borçluya ait olmadığı veya malın ken-

³³ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 235; EROĞLU, s. 46; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi*, s. 3224.

³⁴ EROĞLU, s. 46; KURU / AYDIN, s. 182; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 235; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi*, s. 3224.

³⁵ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 235; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi*, s. 3224; KURU / AYDIN, s. 182.

³⁶ ŞEKER, Hilmi: "İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesi Üzerine Düşünceler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, s. 2981; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 237.

³⁷ YAVAŞ, Murat: "Maaş ve Ücret Haczi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı 84 (Maaş ve Ücret Haczi), s. 112; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi*, s. 3225; EROĞLU, s. 47.

³⁸ AKYOL ASLAN, s. 102; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi*, s. 3226; YAVAŞ, *Maaş ve Ücret Haczi*, s. 111; EROĞLU, s. 47.

disine rehnedilmiş olduğu veya alacak borçluya veya emrettiği yere verilmiş olduğu gibi bir iddiada ise keyfiyeti, haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra dairesine yazılı veya sözlü olarak bildirmeye mecburdur. Ancak ilgili maddede sayılan bu itiraz sebepleri sınırlı sayıda değildir. Üçüncü kişinin borçluya yöneltebileceği itiraz ve defiler, haciz ihbarnamesine karşı itiraz olarak ileri sürülebilir³⁹. Üçüncü kişinin takip borçlusuna olan borcunu takip borçlusundan olan bir başka alacağı ile takas ettiğini bildirmesi itiraz niteliğindedir⁴⁰. Ancak üçüncü kişinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre kendisine bildirilen alacağın haczinin mümkün olmadığını icra dairesine bildirmesi genel olarak haciz ihbarnamesine itiraz niteliğinde değildir⁴¹.

Doktrinde bir görüşe göre üçüncü kişi aynı zamanda takip borçlusundan alacaklı ise bu alacağın takasa konu olabilmesi için her iki alacağın da haciz ihbarnamesinin üçüncü kişiye tebliğinden önce muaccel olması gerekmektedir⁴². Doktrinde her iki alacağın da haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce muaccel olmasının takas için yeterli olacağı kabul edilmektedir⁴³. Takip borçlusunun üçüncü kişideki alacağı muaccel olmasına rağmen üçüncü kişinin takip borçlusundan olan alacağı müaccel ise üçüncü kişi kendisine gönderilen haciz ihbarnamesine karşı takas ileri sürerek itiraz hakkına sahip olamaz⁴⁴. Üçüncü kişinin sadece ileride muaccel olma olasılığı bulunan bir alacağı ileri sürerek veya gerçekte olmayan bir takas hakkı olduğunu ileri sürerek haciz ihbarnamesine itiraz etmesi hâlinde takip alacaklısı, üçüncü kişinin cevabının gerçeğe aykırı olduğundan bahisle üçüncü kişiden tazminat talep edebilir ve cezalandırılmasını isteyebilir⁴⁵.

Üçüncü kişinin takip borçlusu ile aralarındaki alacakla ilgili olmayan iddiaları takip alacaklısına karşı ileri süremeyeceği kabul edilmektedir⁴⁶. Bu anlamda üçüncü kişi takip borçlusunun esasen takip alacaklısına borçlu olmadığını ya da takip borçlusunun yeteri kadar malının haczedilmesinden dolayı bankadaki mevduatının haczine gerek olmadığını ileri süremez⁴⁷. Bunun sonucunda üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesine İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinde belirtilen ya da takip borçlusu ile arasındaki alacağına bağlı olan hususlar kapsamında olmayan ilgisiz iddialar ileri sürerse birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmemiş sayılarak kendisine ikinci haciz ihbarnamesi gönderilmelidir.

Üçüncü kişinin takip alacaklısına karşı üstün bir hakkı, özellikle bankanın rehin hakkı, olduğu ileri sürülüyorsa bu durumda İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin mi yoksa İcra ve İflâs Kanunu'nun 99'uncu maddesinin mi uygulanacağını da değerlendirilmesi gerekir. Bir görüşe göre bu durumda üçüncü kişinin seçimlik hakkı bulunmaktadır⁴⁸. Alacaklı İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesine dayanarak üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunmasından dolayı cezalandırılmasını ve tazminata mahkûm edilmesini talep edebileceği gibi Kanun'un 99'uncu maddesine göre icra mahkemesinde istihkak davası da açabilir⁴⁹. Kanun'un 89'uncu maddesinde belirtilen rehin hakkı iddiasına dayanan itiraz sebebi 99'uncu maddeyi de kapsamaktadır⁵⁰.

³⁹ EROĞLU, s. 47; AKYOL ASLAN, s. 102; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiyi Bildirilmesi*, s. 3226.

⁴⁰ ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiyi Bildirilmesi*, s. 3226; EROĞLU, s. 47; AKYOL ASLAN, s. 102.

⁴¹ Yargıtay, 12. HD, T. 10.06.2004, E. 2004/10752, K. 2004/14712 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET: 18.03.2023). Aksi yönde kararı için bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 21.09.2004, E. 2004/15432, K. 2004/19777 (Lexpera, ET: 18.03.2023).

⁴² AKYOL ASLAN, s. 102.

⁴³ YAVAŞ, Murat: *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, Arkan Yayıncılık, İstanbul, 2005 (Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi), s. 42; AKYOL ASLAN, s. 102.

⁴⁴ AKYOL ASLAN, s. 102.

⁴⁵ AKYOL ASLAN, s. 102; ER, s. 42.

⁴⁶ YAVAŞ, *Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, s. 80; AKYOL ASLAN, s. 102.

⁴⁷ YAVAŞ, *Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, s. 80; AKYOL ASLAN, s. 102.

⁴⁸ MUŞUL, Timuçin: *Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku I*, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 2001 (İcra ve İflâs Hukuku I), s. 674; ÜSTÜNDAĞ, s. 227; ARSLAN, *Alacakların Haczi*, s. 109; AKYOL ASLAN, s. 105.

⁴⁹ BERKİN, Necmeddin: *İcra Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s. 98; ERTEKİN, Erol / KARATAŞ, İzzet: *İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 496; ÜSTÜNDAĞ, s. 227; AKYOL ASLAN, s. 105; MUŞUL, *İcra ve İflâs Hukuku I*, s. 674.

⁵⁰ ÜSTÜNDAĞ, s. 227; ERTEKİN / KARATAŞ, s. 496; AKYOL ASLAN, s. 105.

Diğer bir görüşe göre haciz ihbarnamesini tebliğ alan üçüncü kişi, borçluya borçlu olduğu alacak, mal veya hak üzerinde rehin hakkı olduğunu ileri sürerse bu durumda yalnızca 89'uncu madde uygulanamaz⁵¹. Burada üçüncü kişinin rehin iddiasında bulunmasının, 89'uncu maddenin 2'nci fıkrasında yer alan haciz ihbarnamesine itiraz sebeplerinden biri olması sebebiyle, takibi durdurucu etkisi vardır⁵². 89'uncu maddenin 4'üncü fıkrası uyarınca üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine müddeti içinde itiraz etmesi hâlinde alacaklının da üçüncü kişinin bu iddiasının aksini ispat olanağı bulunmaktadır. Ayrıca üçüncü kişinin rehin hakkı iddiası malın fiili haczi esnasında ortaya çıkmadığından 99'uncu madde uygulanmaz. 89'uncu madde, böyle bir durumda 99'uncu maddeye göre özel bir düzenlemedir ve bu özel düzenleme öncelikle uygulanmalıdır⁵³.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre üçüncü kişinin kendisine gönderilen haciz ihbarnamesine karşı Kanun'un 96'ncı maddesi vd. uyarınca istihkak iddiasında bulunması gerekir⁵⁴. Borçluya ait olduğu iddia edilen mal, alacak veya hak üzerinde kendisine ait bir hakkın bulunduğunu ileri süren üçüncü kişi, aslında İcra ve İflâs Kanunu'na göre istihkak iddiasında bulunmaktadır⁵⁵. Üçüncü kişinin rehin hakkı iddiası, yalnızca haciz ihbarnamesine itiraz nedeni oluşturur. Buradaki itiraz, bir istihkak iddiası niteliği taşıdığından istihkak prosedürünün uygulanması gerekir⁵⁶. 89'uncu maddeye göre fiili haczin yapılmamış olması istihkak prosedürünün işlenmesine engel teşkil etmez. Haczin yapılmış biçiminin istihkak iddiası için bir ön koşul gibi değerlendirilmesi doğru değildir⁵⁷. Bu sebeple üçüncü kişi böyle bir durumda istihkak iddiası ile 99'uncu maddeye dayanarak istihkak davası açabilir.

Kanaatimizce 89'uncu maddenin 2'nci fıkrasında üçüncü kişinin kendisine tebliğ edilen haciz ihbarnamesine karşı açıkça rehin iddiasında bulunma hususuna yer verilmesi, üçüncü kişinin bu hükme dayanarak itirazda bulunmasına imkân tanımaktadır. Ayrıca alacaklının 89'uncu maddenin 4'üncü fıkrasına göre üçüncü kişinin gerçekte böyle bir rehin hakkının var olmadığını ispat etmesi hâlinde gerçeğe aykırı beyanından dolayı cezalandırma ve tazminat talebinde bulunması mümkündür. Ancak üçüncü kişi, 99'uncu maddeye dayanarak istihkak iddiasında da bulunabilir. Bu duruma engel bulunmamakla birlikte üçüncü kişinin mutlaka istihkak prosedürünü işletmesi gerekmez. Üçüncü kişinin takip içinde bulunduğu durum dikkate alınarak üçüncü kişiye seçimlik hak tanınmalıdır. Üçüncü kişi, ayrı ayrı hem 89'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına hem de 99'uncu maddeye dayanarak rehin hakkı bulunduğunu ileri sürebilmelidir.

Üçüncü kişi birinci haciz ihbarnamesine itiraz ederse aynı alacak için üçüncü kişiye ikinci haciz ihbarnamesi gönderilemez. Ancak daha sonra farklı bir alacak doğmuşsa bu alacak haczedilerek aynı üçüncü kişiye 89'uncu maddenin 1'inci fıkrası uyarınca haciz ihbarnamesinin gönderilmesi talep edilebilir⁵⁸. Üçüncü kişiye birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmesine rağmen bu ihbarnamenin yeniden gönderilmesi ya da ikinci haciz ihbarnamesinin gönderilmesi kanuna aykırılık doğuracağından üçüncü kişi süresiz şikâyet yoluna başvurabilir⁵⁹.

⁵¹ *Ertekin / Karataş*'a göre üçüncü kişi, ihbarnamede belirtilen şeyi zilyetliğinde kabul ederek kendisine rehnedilmiş olduğunu ileri sürerse bu husus İcra ve İflâs Kanunu'nun 99'uncu maddesine göre çözümlenmelidir. Ancak haciz ihbarnamesinde belirtilen mal, alacak veya hakkın kendisinde bulunmadığı yönünde itiraz ederse İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesi uygulanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERTEKİN / KARATAŞ, s. 496; YAVAŞ, *Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, s. 83.

⁵² YAVAŞ, *Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, s. 83.

⁵³ YAVAŞ, *Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, s. 83; ER, s. 106.

⁵⁴ POSTACIOĞLU, İlhan: *İcra Hukuku Esasları*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 423; GÜNEREN, Ali: *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları*, Feryal Matbaacılık, Ankara, 2004, s. 809.

⁵⁵ BERKİN, s. 98; POSTACIOĞLU, s. 423; GÜNEREN, s. 809.

⁵⁶ POSTACIOĞLU, s. 423; GÜNEREN, s. 809.

⁵⁷ POSTACIOĞLU, s. 423; GÜNEREN, s. 809.

⁵⁸ Yargıtay, 12. HD, T. 10.06.2004, E. 2004/10752, K. 2004/14712 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET: 22.03.2023).

⁵⁹ Birinci haciz ihbarnamesine itiraz eden üçüncü kişiye ikinci haciz ihbarnamesi gönderilirse üçüncü kişi bu haciz ihbarnamesine, ihbarnamenin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde itirazda bulunmak zorunda değildir. Üçüncü kişi kanuna aykırı işlem hakkında süresiz şikâyet yoluna başvurabilir. Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 10.10.2005, E. 2005/15387, K. 2005/19392 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET: 22.03.2023).

Üçüncü kişi birinci haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz etmiş ise icra dairesi üçüncü kişiden ödemenin yapılmasını veya malın teslimini isteyemez. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişi haczedildiği bildirilen alacağa itiraz edince bu miktar üçüncü kişinin uhdesinde sayılmaz ve üçüncü kişi bu miktarda parayı ödemek ya da malı teslim etmek zorunda kalmaz. Ayrıca bu itirazdan sonra üçüncü kişiye ikinci ve üçüncü haciz ihbarnameleri de gönderilemez.

Üçüncü kişinin birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmesi hâlinde takip alacaklısı 89'uncu maddenin 4'üncü fıkrasına göre üçüncü kişinin itirazının haksız ve yersiz olduğu iddiasıyla cezalandırılmasını ve tazminata mahkûm edilmesini isteyebilir. Alacaklının bu durumda üçüncü kişi aleyhinde ceza ve tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır.

Birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmeyen üçüncü kişiye icra dairesi tarafından ikinci haciz ihbarnamesi gönderilir. İkinci haciz ihbarnamesinde üçüncü kişiye, birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmediği ve bu sebeple borcun kendisinde sayıldığı, ikinci haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde 89'uncu maddenin 2'nci fıkrasında belirtilen sebeplerle itiraz edebileceği ihtar olunur. Üçüncü kişi süresi içinde ikinci haciz ihbarnamesine itiraz ederse, birinci haciz ihbarnamesine itirazda olduğu gibi, alacaklı bu itirazın haksız ve yersiz olduğunu ileri sürerek 89'uncu maddenin 4'üncü fıkrasına dayanarak üçüncü kişinin cezalandırılmasını isteyebilir. Ayrıca alacaklı, üçüncü kişiden tazminat talebinde de bulunabilir. İkinci haciz ihbarnamesine yapılan itirazın hukuki sonuçları da birinci haciz ihbarnamesiyle benzerlik göstermektedir.

III. İCRA VE İFLAS KANUNU'NUN 89'UNCU MADDESİNİN 4'ÜNCÜ FIKRASINA DAYANILARAK AÇILAN DAVADAKİ YARGILAMA USÛLÜ

A. Görevli ve Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi ve Davaya İlişkin Tespitler

Takip alacaklısı, üçüncü kişiye tebliğ edilen haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı beyanla itiraz ederse üçüncü kişinin hapis cezasına ve tazminata mahkûm edilmesini isteyebilir. Kanun koyucunun amacı, üçüncü kişiye haciz ihbarnamesine itiraz hakkı tanıyarak kendisi aleyhine olumsuz sonuç doğurmasını engelleme hakkı verirken alacaklıya da üçüncü kişinin haksız itirazını ortadan kaldırmak ve gerçeğe aykırı beyandan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmesini talep hakkı vermektir⁶⁰. Üçüncü kişinin gerçeğe aykırı ve haksız itirazı nedeniyle cezalandırılması ve tazminata mahkûm edilmesi için açılacak davada icra mahkemeleri görevlidir⁶¹. Bu kapsamda 89'uncu maddenin 4'üncü fıkrasına ilişkin bir talep genel mahkemelerde ileri sürülemez. Ancak 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a⁶² göre açılan takiplerde üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamelerine yapılan itirazlar, alacağın tahsili davası olup genel mahkemelerde görülür. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesinin 6'ncı fıkrası uyarınca üçüncü kişi, haciz bildiri üzerine yedi gün içinde alacaklı tahsil dairesine itiraz ettiği takdirde, alacaklı amme idaresi bir yıl içinde, üçüncü şahsın yaptığı itirazın aksini genel mahkemelerde açacağı davada ispat ederek, üçüncü şahsın İcra ve İflas Kanunu'nun 338'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre cezalandırılmasını ve borçlu bulunduğu tutarın ödenmesini isteyebilir. Genel mahkemelerde açılan davada yetki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında belirlenmektedir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasına dayanılarak açılan üçüncü kişinin haksız ve gerçeğe aykırı itirazı üzerine hapis cezasına mahkûm edilmesinin yanında tazminat talebi de mevcut ise her iki talep de icra takibinin yapıldığı yer

⁶⁰ EROĞLU, s. 48; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 237; KURU / AYDIN, s. 183; ARSLAN, s. 3229; AKYOL ASLAN, s. 112.

⁶¹ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 179; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 237; EROĞLU, s. 48; KURU / AYDIN, s. 183; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 162; AKİL, s. 187; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiye Bildirilmesi*, s. 3229. 89'uncu maddenin 4'üncü fıkrası uyarınca üçüncü şahıs haciz ihbarnamesine müddeti içinde itiraz ederse alacaklı, üçüncü şahsın verdiği cevabın aksini icra mahkemesinde ispat ederek üçüncü kişinin Kanun'un 338'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre cezalandırılmasını ve tazminata mahkûm edilmesini isteyebilir. Bkz. Yargıtay, HGK, T. 13.03.2015, E. 2013/12-1711, K. 2015/1024 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET: 24.03.2023).

⁶² 28.07.1953 tarihli ve 8469 sayılı Resmî Gazete.

icra mahkemesinden talep edilebilir. Alacaklı üçüncü kişinin haksız itirazı üzerine cezalandırılmasını değil de yalnızca tazminata mahkûm edilmesini istiyorsa tazminat, haksız fiil hükümlerine göre talep edilebilir⁶³.

Doktrinde bir görüşe göre alacaklının bu durumda açabileceği tazminat davası, icra mahkemesinde genel hükümlere göre görülür ve burada verilen karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Bu davayı icra mahkemesinin ceza mahkemesi sıfatıyla görmesi sebebiyle burada asıl ve öncelikli olan üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunmasıdır. O hâlde öncelikle cezalandırma talebi değerlendirilmeli, ardından tazminata hükmedilmelidir⁶⁴. Diğer görüşe göre tazminat talebi haksız fiile dayandığı için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6'ncı maddesinde yer alan genel yetki kuralıyla birlikte, seçimlik olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 16'ncı maddesi uyarınca haksız fiilin gerçekleştiği yer mahkemesi yetkilidir. Bu nedenle icra takibinin yapıldığı yerdeki icra mahkemesinin haksız fiilin işlendiği yer olması sebebiyle davacının seçimlik yetkisi bulunmaktadır⁶⁵. Yargıtay, bir kararında kanun hükmünde yer alan tazminatın konusu haciz ihbarnamesine üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunması sebebiyle takip alacaklısının uğradığı zarar olduğundan bahisle bu davanın icra mahkemesinde görülebileceğini belirtmektedir⁶⁶. Bir diğer kararında davacının tazminat talebinde bulunduğu hâllerde gerçeğe aykırı beyana dayalı tazminat davasının asliye hukuk mahkemesinde görülebileceğini ifade etmektedir⁶⁷.

Kanaatimizce İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 4'üncü fıkrası üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine müddeti içinde itiraz etmesi hâlinde alacaklı, üçüncü kişinin verdiği cevabın aksini icra mahkemesinde ispat ederek Kanun'un 338'inci maddesinin 1'inci fıkrası hükmüne göre cezalandırılmasını ve ayrıca tazminata mahkûm edilmesini isteyebilir. İlgili maddenin devamında "*İcra mahkemesi, tazminat hakkındaki davayı genel hükümlere göre halleder.*" ibaresi yer almaktadır. Anılan hüküm lafzı yorumlandığında, yalnızca tazminat davası söz konusu dahi olsa icra mahkemesinin tazminat hakkındaki uyuşmazlığı genel hükümlere göre çözümlenmesi gerekir. Davaya esas teşkil eden sebep üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunmasıdır. Tazminat talebi bu esas sebebin sonucudur. Bu sebeple icra mahkemesi, alacaklının tazminat talebine genel hükümlere göre karar vermelidir.

Yargıtay bazı kararlarında Kanun'un 89'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasına dayanarak açılacak davanın itirazın iptali davası şeklinde açılmayacağını belirtmiştir⁶⁸. 89'uncu maddenin 4'üncü fıkrasına uygun olarak açılmış tazminat davasında üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine haksız ve gerçeğe aykırı itiraz etmesi üzerine cezalandırılması ve tazminata mahkûm edilmesi için alacaklı tarafından dava dilekçesinde bu talebin ileri sürülmesi gereklidir. Davacı alacaklı bu talebini itirazın iptali davası olarak açarsa davanın usûlden reddedilmesi gerekmektedir⁶⁹.

89'uncu maddenin 4'üncü fıkrası uyarınca açılacak tazminat davalarında takip alacaklısı davacının alacak miktarını belirleyemediği durumlarda davayı belirsiz alacak davası olarak açmasının müm-

⁶³ KURU, Baki: "İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler", *Bankacılar Dergisi*, 2003, Sayı 47 (Değişiklikler), s. 70; EROĞLU, s. 48; ARSLANDOĞAN, s. 1930; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 237; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiyi Bildirilmesi*, s. 3229.

⁶⁴ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 237; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 162.

⁶⁵ EROĞLU, s. 48.

⁶⁶ Yargıtay, 12. HD, T. 18.06.2015, E. 2015/10314, K. 2015/17065 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET: 26.03.2023).

⁶⁷ Yargıtay, 12. HD, T. 01.07.2013, E. 2013/17743, K. 2013/24627 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET: 26.03.2023). Aksi yönde karar için bkz. Yargıtay, 4. HD, T. 07.07.2004, E. 2003/16448, K. 2004/8996 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET: 26.03.2023).

⁶⁸ İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinde haciz ihbarnamesine itiraz edilmesi hâlinde üçüncü kişiler aleyhine itirazın iptali davası açılabilmesi ya da itirazın kaldırılması isteminde bulunulabileceğine dair bir yasal düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda, alacaklının üçüncü kişinin Kanun'un 89'uncu maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca haciz ihbarnamesine yaptığı itirazın kaldırılmasını istemesine yasal imkân bulunmadığı tartışmasızdır. Karar için bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 10.11.2015, E. 2015/15676, K. 2015/27414 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET: 26.03.2023). Aynı yönde görüş için bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 18.06.2015, E. 2015/10314, K. 2015/17065 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET: 26.03.2023).

⁶⁹ Davanın usûlden reddedilmesi hâlinde kötü niyet tazminatı da talep edilemez ve üçüncü kişi kötü niyetli kabul edilerek aleyhine kötü niyet tazminatına da hükmedilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. EROĞLU, s. 49; AKYOL ASLAN, s. 115.

kün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir. Doktrinde hâkim olan görüşe göre belirsiz alacak davasının koşulu olan davanın açıldığı anda alacak miktarının belirlenmesinin davacıdan beklenilememesi veya miktarın belirlenmesinin davacı için imkânsız olması hâlinde somut olayın özellikleri dikkate alınarak üçüncü kişinin gerçeğe aykırı itirazı nedeniyle tazminat davası belirsiz alacak davası şeklinde açılabilir⁷⁰. Ancak davacının dava değerini veya miktarını davanın açıldığı tarihte bilmemesinin nedenini makul gerekçelerle ortaya koyması gerekir⁷¹. Takibin tarafı olmayan üçüncü kişi Kanun'un 338'inci maddesinin 1'inci fıkrasına aykırı şekilde gerçeği söyleme yükümlülüğünü ihlal ederek takip alacaklısının zarara uğramasına sebebiyet vermektedir. Üçüncü kişinin haklı bir menfaati olmaksızın dürüstlük ilkesine aykırı bu davranışı nedeniyle takip alacaklısı teslim edilmeyen malın yahut icra dairesine ödenmeyen alacağın üzerinde zarara uğradığını ispat ederse takip borçlusundan olan alacağını aşan miktarda da tazminata hükmedilebilir⁷². Kanaatimizce 89'uncu maddenin 4'üncü fıkrasına göre açılacak davada tazminat, takip alacaklısının üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanı sebebiyle uğradığı zararın karşılığıdır. Bu sebeple zarar, tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır. Takip alacaklısının üçüncü kişiden talep ettiği miktarın belirlenmesinde takip borçlusu ve üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği dikkate alınmalıdır. Alacaklı, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiyi bilse dahi tarafların iradesinde bulunan hususlarda üçüncü kişinin takip borçlusuna olan borç miktarını tam olarak bilemeyebilir ve alacaklı açısından dava değerinin belirlenmesi mümkün olmayabilir. Böyle bir hâlde tazminat davası belirsiz alacak davası şeklinde açılabilir. Aksi durumda takip alacaklısının taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi somut olarak ortaya koymasıyla birlikte borç miktarını bilmesi hâlinde söz konusu davanın belirsiz alacak davası şeklinde açılması mümkün değildir.

B. Dava Açma Süresi

Üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine itiraz etmesi üzerine alacaklı bu itirazın haksız olduğunu, yapılan beyana dayandığını ve takip borçlusunun üçüncü kişide malının ya da ödemesinin bulunduğu kanaatinde ise icra mahkemesinde dava açabilir. Davacı açacağı davada üçüncü kişinin cezalandırılmasıyla birlikte tazminat talebinde de bulunacaksa İcra ve İflâs Kanunu'nun 347'nci maddesine göre⁷³ alacaklının, bu itirazı öğrenmesinden itibaren üç ay ve her hâlükârda itirazdan itibaren bir yıl içinde davayı açması gerekir.

Üçüncü kişinin tazminata ilişkin alacak hakkı haksız fiile dayanmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun⁷⁴ haksız fiillere ilişkin 72'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre 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. Haciz ihbarnamelerine haksız ve yersiz itiraz edilmesi hâlinde uygulanacak zamanaşımı, ilgili hükümde belirtildiği gibi, cezaya ilişkin olarak da uygulanır. Burada belirtilen zamanaşımı süresi daha kısadır. Bu durumda tazminata istemiyle açılan davada Türk Borçlar Kanunu'nun 72'nci maddesine

⁷⁰ PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 224; DIRENİSA, s. 356.

⁷¹ Belirtmek gerekir ki takip alacaklısı davacının alacak miktarını bilmesi durumunda yalnızca ileri sürdüğü iddiaları ispat edebilmesi için karşı tarafta bulunan belge ve bilgilere ihtiyaç duyması hâlinde söz konusu davanın belirsiz alacak davası olarak açılması mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DIRENİSA, s. 350.

⁷² DIRENİSA, s. 345. Aksi yönde görüş için bkz. AKİL, s. 193; ARSLANDOĞAN, s. 1939.

⁷³ İcra ve İflâs Kanunu'nun 347'nci maddesine göre bu bapta yer alan fiillerden dolayı şikâyet hakkı, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşer.

⁷⁴ 04.02.2011 tarihli ve 27839 sayılı Resmî Gazete.

göre daha uzun olan iki ve on yıllık süreler uygulama alanı bulur⁷⁵. Alacaklının yalnızca tazminat talebinde bulunması hâlinde ceza davasından vazgeçmiş olacağı kabul edilir⁷⁶. Zira ayrı davalarla alacaklının hem ceza hem de tazminat talep etmesi mümkün değildir⁷⁷. Bu iki talep bir bütün oluşturduğu için birlikte talep edilmelidir veya sadece biri talep konusu olmalıdır.

Alacaklı, üçüncü kişinin cezalandırma ve tazminata dair talebini içeren davayı üç aylık ve bir yıllık sürelerle uymaksızın açarsa icra mahkemesi hâkiminin her bir talebi kendi içinde şikâyet ve zamaşımı yönünden değerlendirmesi gerekir. Ancak mahkemenin değerlendirmesinden sonra her iki talep hakkındaki kararını birlikte vermelidir⁷⁸. İcra ve İflâs Kanunu'nun 349'uncu maddesi uyarınca söz konusu şikâyet, dilekçe ya da sözlü beyanla yapılabilir. İlgili düzenlemede belirtilen usûl sadece cezalandırma talebi için geçerli olup haksız itiraz sonucu üçüncü kişinin tazminat talebinde uygulanmaz. Tazminat talebi haksız fiil hükümlerine göre değerlendirileceğinden, Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında bir yargılama yapılacağını, tarafların iddia ve savunmalarının alınacağını ve tarafların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141'inci maddesine göre iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağına tabi olacağını belirtmek mümkündür⁷⁹.

IV. İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 89'UNCU MADDESİNİN 4'ÜNCÜ FIKRASINA GÖRE AÇILMIŞ DAVANIN SONUÇLARI

A. Ceza Açısından Sonuçları

İcra ve İflâs Kanunu'nun 338'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre Kanun'a göre istenen beyanı, hakikate aykırı surette yapan kimse, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Alacaklı cezalandırma talebini dava dilekçesinde belirterek açtığı dava ile üçüncü kişinin haciz ihbarnamelerine haksız ve gerçeğe aykırı beyanda bulunarak itiraz ettiğini ispatlar ise üçüncü kişi, 338'inci maddenin 1'inci fıkrası uyarınca cezalandırılır. Üçüncü kişinin cezalandırılabilmesi için takip borçlusuna karşı alacağının tespit edilmiş olması gerekir. Üçüncü kişi aleyhine verilen kararın yalnızca ceza hükmünü içermesi hâlinde istinaf kanun yoluna tabi olabilmesi, 353'üncü madde bağlamında itiraza ancak tazminata ilişkin hükmün de yer alması durumunda mümkündür. Tazminat ile ceza hükmünün aynı kararda yer alması cezanın infazına etki etmez⁸⁰. Alacaklı tarafından açılan davanın reddedilmesi hâlinde üçüncü kişi beraat eder ve lehine yargılama giderleri ile vekalet ücretine hükmedilir⁸¹.

B. Tazminat Açısından Sonuçları

Takip alacaklısının üçüncü kişinin cezalandırılmasıyla beraber ya da yalnızca tazminat talebinde bulunduğu davada takip borçlusunun malının ya da alacağının üçüncü kişide var olduğu tespit edilirse haciz ihbarnamesinde üçüncü kişiye bildirilen miktar kadar üçüncü kişi aleyhine tazminata hükmedilir⁸². Alacaklı, üçüncü kişinin haksız itirazı üzerine başka zararlarının mevcut olduğunu iddia ediyorsa dava açma hakkına sahiptir. Ayrıca alacaklı, haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren yasal faiz

⁷⁵ İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca talep edilen tazminat davası haksız fiil tazminatı olup genel hükümlere göre çözümlenmesi gerektiğinden 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesindeki sürelerle tabiidir. Karar için bkz. Yargıtay, 19. CD, T. 28.12.2016, E. 2016/10294, K. 2016/24056 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET: 28.03.2023).

⁷⁶ EROĞLU, s. 51; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiye Bildirilmesi*, s. 3231.

⁷⁷ EROĞLU, s. 51; YAVAŞ, *Maaş ve Ücret Haczi*, s. 100; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiye Bildirilmesi*, s. 3231.

⁷⁸ EROĞLU, s. 51; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiye Bildirilmesi*, s. 3231.

⁷⁹ *Eroğlu*'na göre sadece tazminat talep edilen bir davanın açılması hâlinde alacaklının icra hukukunda bulunan diğer davalardaki (şikâyet, itirazın kaldırılması, imzaya veya borca itiraz gibi) prosedürü uygulaması, iddialarını içeren ayrıntılı bir dilekçe vermesi yerinde olur. Bu görüş için bkz. EROĞLU, s. 51; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiye Bildirilmesi*, s. 3231.

⁸⁰ EROĞLU, s. 56; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiye Bildirilmesi*, s. 3231.

⁸¹ EROĞLU, s. 56; ARSLAN, *Haciz Üçüncü Kişiye Bildirilmesi*, s. 3231; DİRENİSA, s. 336.

⁸² Yargıtay, 12. HD, T. 08.03.2016, E. 2016/3588, K. 2016/6769 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET: 03.04.2023). EROĞLU, s. 51; ARSLAN, s. 3231.

de talep edebilir. Söz konusu davanın kabulünde verilecek kararın kesinleşmesine gerek bulunmamaktadır. Genel hükümlere göre çözümlenecek bu uyuşmazlık maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder.

Davanın sonunda verilen karara karşı taraflar, karar yüzlerine karşı okunmuşsa tefhimden gıyabında karar verilmişse tebliğden itibaren on gün içinde istinaf yoluna başvurabilir. Davanın reddi hâlinde ise üçüncü kişi lehine herhangi bir tazminata hükmedilemez. Kanun koyucu üçüncü kişiye itiraz hakkı tanıırken alacaklıya da bu davayı açma hakkı tanımıştır. Ayrıca davanın üçüncü kişi lehine sonuçlanması durumunda yargılama giderleri ile vekalet ücreti davacı alacaklı üzerinde kalır.

Alacaklının açtığı dava sonucunda üçüncü kişi lehine karar verilirse üçüncü kişide takip borçlusunun herhangi bir malının ya da alacağının bulunmadığının tespiti maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceğinden genel mahkemelerde ayrıca üçüncü kişi aleyhine dava açılmaz. Aksi takdirde kesin hüküm etkisi bu davaya sirayet edecektir. Ancak icra mahkemesi, alacağın mevcut olduğu ancak miktarının belirlenemediği yönünde karar verirse alacaklı genel mahkemelerde dava açma hakkına sahiptir⁸³.

SONUÇ

Borçlunun üçüncü kişideki mal, alacak ya da hakları borçlu tarafından bildirilmedikçe alacaklı alacağın varlığını icra dairesine ileri sürer. Öncelikle alacaklı tarafından varlığı ileri sürülen mal ya da alacağın üçüncü kişide bulunup bulunmadığına ya da böyle bir alacağın var olup olmadığına ilişkin üçüncü kişinin beyanda bulunması için kendisine haciz ihbarnameleri tebliğ edilir. Kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişi bazı davranışlarda bulunabilir. Haciz bildirimini alan üçüncü kişi ilgili mal veya alacağın uhdesinde bulunduğunu beyan eder, ödemeyi icra dairesine gerçekleştirir ya da teslimi gerektiren malı teslim ederse takip kendisi açısından sona erer. Üçüncü kişi bu davranışı sergileyebileceği gibi İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında sayılan ancak tahdidi olmayan bazı sebeplere dayanarak haciz ihbarnamesine itirazda bulunabilir. İtiraz üzerine üçüncü kişiye yeniden aynı alacak için ihbarname gönderilemez. Ancak üçüncü kişi, bunların dışında hareketsiz kalarak kanunda öngörülen süreleri geçirecek şekilde itirazda bulunmayabilir. Bu durumda da üçüncü kişiye ikinci haciz ihbarnamesi gönderilir. İkinci haciz ihbarnamesi de birinci haciz ihbarnamesinde yer alan kayıtları ihtiva eder. Sonuçları da benzerlik göstermektedir. İkinci haciz ihbarnamesini tebliğ alan üçüncü kişi süresi içinde ihbarnameye itiraz edebileceği gibi hareketsiz kalarak itiraz yoluna başvurmayabilir. Bu durumda da itiraz varsa üçüncü haciz ihbarnamesi gönderilemez. İtiraz etmezse icra dairesi tarafından üçüncü kişiye üçüncü haciz ihbarnamesi gönderilir. Birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerine yapılan itirazın haksız, yersiz ve gerçeğe aykırı beyan içermesi hâlinde takip alacaklısı 89'uncu maddenin 4'üncü fıkrasına dayanarak üçüncü kişinin cezalandırılmasını ve tazminata mahkûm edilmesini talep edebilir.

Üçüncü haciz ihbarnamesini tebliğ alan üçüncü kişi on beş gün içinde alacaklıya karşı menfi tespit davası açabilir. Üçüncü kişi açılan menfi tespit davasına ilişkin bir belgeyi ihbarnamenin tebliğinden itibaren yirmi gün içinde icra dairesine ibraz etmelidir. Genel mahkemelerde açılan bu davada davacı konumunda bulunan üçüncü kişi, takip alacaklısının yani davalının iddia ettiği gibi takip borçlusunun kendisinden bir alacağının olmadığını ya da kendisinde herhangi bir malının bulunmadığını iddia etmektedir.

Takip alacaklısı tarafından üçüncü kişinin gerçeğe aykırı ve haksız itirazı nedeniyle cezalandırılması ve tazminata mahkûm edilmesi için açılacak davada icra mahkemeleri görevlidir. Bu kapsamda 89'uncu maddenin 4'üncü fıkrasına ilişkin talep genel mahkemelerde ileri sürülemez. Ancak 6183 sayılı Kanun'a göre açılan takiplerde üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamelerine yapılan itirazlar, alacağın tahsili davası olup genel mahkemelerde görülmektedir. Alacaklı, üçüncü kişinin haksız itirazı

⁸³ EROĞLU, s. 57; ARSLAN, s. 3231.

üzerine cezalandırılmasını değil de yalnızca tazminata mahkûm edilmesini istemekteyse tazminat talebini haksız fiil hükümlerine göre talep edebilir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasının hem ceza hem de tazminat açısından bazı sonuçları bulunmaktadır. Cezalandırma açısından İcra ve İflâs Kanunu'nun 338'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, istenen beyanı gerçeğe aykırı surette yapan kimse, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Alacaklı açtığı dava ile üçüncü kişinin haciz ihbarnamelerine haksız ve gerçeğe aykırı beyanda bulunarak itiraz ettiğini ispatlamalıdır. Ayrıca üçüncü kişinin cezalandırılabilmesi için takip borçlusuna karşı alacağının tespit edilmiş olması gerekir. Alacaklı, 89'uncu maddenin 4'üncü fıkrasında belirtilen cezalandırma talebinin yanında tazminat talebinde de bulunabileceği gibi her iki talepte ayrı ayrı da bulunabilir. Ancak tazminatın esasını borçlunun gerçeğe aykırı beyanı oluşturduğundan yalnızca tazminat talebinde bulunan alacaklının cezalandırma isteminden vazgeçtiği kabul edilmektedir.

Tazminat hukuku bağlamında alacaklının üçüncü kişinin gerçeğe aykırı haksız beyanına dayanarak tazminat talebinde bulunduğu davada takip borçlusunun malının ya da alacağının üçüncü kişide var olduğunun tespit edilmesi gerekir. Haciz ihbarnamesinde üçüncü kişiye bildirilen miktar kadar üçüncü kişi aleyhine tazminata hükmedilmektedir. Genel hükümlere göre çözümlenen uyuşmazlıkta verilecek kararın kesin hüküm etkisi bulunmaktadır. Davanın üçüncü kişi lehine sonuçlanması hâlinde üçüncü kişide ilgili alacağın ya da malın bulunmadığının tespiti kesin hüküm teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk: *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ARSLANDOĞAN, Birce: “Takip Alacaklısının İcra ve İflas Kanunu m. 89/4’e Göre Açacağı Tazminat Davasına İlişkin Değerlendirmeler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 20, Sayı 2, s. 1925-1948.
- AKYOL ASLAN, Leyla: “İcra ve İflas Kanunu m. 89 Hükmüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 6, Sayı 1-2, s. 93-119.
- ANSAY, Şakir: *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, 5. Baskı, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960.
- ARSLAN, Ramazan: “Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s. 3217-3242 (Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi).
- ARSLAN, Ramazan: “Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi”, *Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974, s. 81-114 (Alacakların Haczi).
- ASLAN, Kudret: “Hacizde Tertip”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 54, Sayı 2, s. 269-318.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim: *İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- BERKİN, Necmeddin: *İcra Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.
- BORAN GÜNEYİSU, Nilüfer: “İcra Hukukunda Aşkın Haciz”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 20, Sayı 4, s. 25-60.
- DİRENİSA, Efe: “Üçüncü Kişinin Gerçeğe Aykırı İtirazda Bulunması Nedeniyle İcra ve İflas Kanunu’nun 89/4 Hükmü Uyarınca Açılacak Tazminat Davasının Belirsiz Alacak Davası Şeklinde Açılıp Açılmayacağı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 12, Sayı 1, s. 329-360.
- ER, Gökçe: *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.
- ERMENEK, İbrahim / AZAKLI ARSLAN, Betül: “İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, Cilt 33, Sayı 148, s. 135-196.
- EROĞLU, Orhan: “Haciz İhbarnamesine İtiraz Üzerine Uygulanacak Yargılama Usulü ve Yargılama Sonunda Tayin Edilecek Tazminatın Miktarı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2017, Cilt 12, Sayı 132, s. 44-59.
- ERTEKİN, Erol / KARATAŞ, İzzet: *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- GÖRGÜN, Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- GÜNEREN, Ali: *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları*, Feryal Matbaacılık, Ankara, 2004.
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: “Haciz İhbarnamesi Uygulamasında Şirkete Borçlu Olan Ortağın 3. Kişi Sıfatıyla Sorumluluğu ve Rücu İlişkisi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2012, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-35.
- KARSLI, Abdurrahim: “İcra ve İflas Kanunu’nun 89. Maddesinde 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 1, Sayı 2, s. 411-417.
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder: *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- KURU, Baki / AYDIN, Burak: *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- KURU, Baki: “İcra ve İflas Kanunu’nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler”, *Bankacılar Dergisi*, 2003, Sayı 47, s. 59-82.
- KURU, Baki: *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2006.

- MUŞUL, Timuçin: *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017 (Esaslar).
- MUŞUL, Timuçin: *Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflas Hukuku I*, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 2001 (İcra ve İflas Hukuku I).
- OSKAY, Mustafa / KOÇAK, Coşkun / DEYNEKLİ, Adnan / DOĞAN, Ayhan: *İİK Şerhi, Cilt 2*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- ÖZCAN, Göknül: *Bankacılık İş ve İşlemlerinde Kişisel Verilerin Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet: *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- PEKCANİTEZ, Hakan: “4949 Sayılı Kanun’la İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2003, Cilt 16, Sayı 49, s. 137-158.
- POSTACIOĞLU, İlhan: *İcra Hukuku Esasları*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- ŞAHİN, Çağatay Serdar: “Ticaret Şirketlerinde Ortakların Kişisel Alacaklarının Şirkete Yöneltebilecekleri Haciz Talepleri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 27, Sayı 1, s. 167-211.
- ŞEKER, Hilmi: “İcra ve İflas Kanunu’nun 89. Maddesi Üzerine Düşünceler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, s. 2971-3004.
- UYAR, Talih / UYAR, Alper / UYAR, Cüneyt: *İcra Hukukunda Haciz*, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016.
- UYAR, Talih: “Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki -Kıymetli Evrakı Bağlanmamış Olan- Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İYY m. 89)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1981, Cilt 2, Sayı 2, Muhittin Alam Armağanı, s. 205-227.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İcra Hukukunun Esasları*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.
- YAVAŞ, Murat: “Maaş ve Ücret Haczi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı 84, s. 93-120 (Maaş ve Ücret Haczi).
- YAVAŞ, Murat: *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2005 (Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi).
- YILDIRIM, M. Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- YILMAZ, Ejder / ARSLAN, Ramazan / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Anonim Şirketler Hukukunda Kaçış Klozuna İlişkin Bazı Sorunların Değerlendirilmesi^(*)



Evaluation of Some Problems Related to the Escape Clause in Joint Stock Companies Law

Bahaeddin BERBER



Avukat

Konya Barosu

Anahtar Kelimeler

*Pay,
Pay Senedi,
Devir,
Kaçış Klozu,
Esas Sözleşmesel
Sınırlandırma.*

Öz

Anonim şirketlerde, kural olarak, pay sahibinin payını serbestçe devredebilmesi ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin varlığının birden fazla sebebi bulunmaktadır. Anonim şirketlerde, çıkma ve çıkarılmanın olmaması ve pay sahiplerinin kişiliklerinin önem taşımaması bu ilkenin temel gerekçeleridir. Ülke içindeki küçük birikimleri yatırıma dönüştürme amacına hizmet etmesi düşünülen anonim şirketlerin bu amacını yerine getirebilmesi için de yatırımcının istediği zaman payını kolayca nakde çevirebilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde anonim şirket pay sahibi olmak, güvenli ve işlevsel bir yatırım aracı olmaktan çıkacaktır. Ancak bu ilke nama yazılı olan pay ve pay senetleri açısından kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır. Doktrinde bu sınırlandırmalara “bağlam” denilmekte olup sınırlamalar, kanuni bağlam ve esas sözleşmesel bağlam olarak ikiye ayrılmaktadır. Kanun koyucu, “Esas Sözleşmeyle Sınırlama” yan başlığı altında Türk Ticaret Kanunu m. 492 vd. borsaya kote olmayan nama yazılı pay ve pay senetlerinin devrinin sınırlandırılmasını düzenlemiştir. Bu sınırlamalardan ilki, esas sözleşmede öngörülen önemli sebebin ileri sürülmesidir. İkinci sınırlandırma, kaçış klozuna başvurulmasıdır. Üçüncüsü ise pay ve pay senetlerinin, kendi ad ve hesabına alındığının beyan edilmemesi sebebiyle pay devrinin sınırlandırılmasıdır. Kaçış klozu, şirketin devredilecek olan nama yazılı payların veya pay senetlerinin gerçek değerini ödemek suretiyle şirketin istemediği yeni pay sahiplerini saf dışı bırakan ve yabancılaşmayı önleyen bir kurumdur. Ancak kaçış klozuna ilişkin maddelerde geçen ifadelerle kanun koyucunun amacı bazen çelişmekte, bazen de amacı anlaşılabilir yorum yapılması gerekmektedir. Bu sebeple bazı tartışmalar ortaya çıkabilmektedir. Çalışmada bu tartışmalı hususlar gerek kanunun lafzı gerekse kanun koyucunun amacından faydalanılmak suretiyle irdelenmeye çalışılmıştır.

Keywords

*Share,
Share Certificate,
Transfer,
Escape Clause,
Contractual
Limitation.*

Abstract

In joint stock companies, as a rule, the principle of free transfer of shares by the shareholder applies. There are several reasons for the existence of this principle. The main reasons for this principle are that, unlike other commercial companies, in joint stock companies, as a rule, there is no exit and dismissal and the personalities of the shareholders are not important. On the other hand, in order for joint stock companies, which are intended to serve the purpose of transforming small savings into investments within the country, to fulfill this purpose, the investor should be able to easily convert his/her shares into cash at any time. Otherwise, holding shares in joint stock companies will cease to be a safe and functional investment instrument. However, this principle is limited by the legislator in terms of registered shares and share certificates. In the doctrine, these limitations are referred to as “bindings” and these limitations are divided into two as statutory bindings and articles of association bindings. The legislator has regulated the restriction of the transfer of unlisted registered shares and share certificates under the sub-heading “Restriction by Articles of Association” in Articles 492 et seq. of the Turkish Commercial Code. Under this sub-heading, the legislator has regulated that the joint stock company may refrain from approving the

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 13.11.2023, Kabul Tarihi: 18.01.2024.

transfer due to the failure of the transferee to declare that it has acquired the shares and share certificates on its own behalf and account, by claiming the important reason in the articles of association, and through an escape clause. The escape clause is an institution that prevents alienation and eliminates new shareholders that the company does not want by paying the real value of the registered shares or share certificates to be transferred. However, the expressions in the articles regarding the escape clause sometimes contradict the intention of the legislator, and sometimes the intention of the legislator is not understood and interpretation is required. For this reason, some controversies may arise. In this study, these controversial issues are tried to be analyzed by utilizing both the wording of the law and the purpose of the legislator.

GİRİŞ

Anonim şirketler hukukunda, payın serbestçe devredilebilmesi ilkesi geçerlidir. Ancak kanun koyucu, bu serbestiye bazı sınırlandırmalar getirmiştir. Bu sınırlandırmalardan birisi de kaçış klotudur. Anonim şirket, kaçış klotuna başvurduğu takdirde, payın gerçek değerini ödemek suretiyle devre engel olabilmektedir. Basit gibi görünse de kaçış klotuna ilişkin hükümler, bazı sorun ve tartışmaları barındırmaktadır.

Çalışma iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, genel olarak nama yazılı pay ve pay senetlerinin devrinin sınırlandırılması üzerinde durulacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise ilk olarak kaçış klotuna ilişkin genel bilgiler verilecektir. Devamında kaçış klotuna ilişkin sorunlar, doktrindeki görüşler ve ulaşılabilen yargı kararları da göz önüne alınmak suretiyle değerlendirilecektir. Çalışmada sırasıyla; kaçış klotunun hukuki niteliği, kaçış klotunun esas sözleşmede yer almasının gerekip gerekmediği, kanuni edinim hâllerinin sınırlı sayıda olup olmadığı, kimlerin gerçek değer tespiti davasını açabileceği ve pay sahibinin satın alma önerisine karşı ret hakkının olup olmadığı hususları ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK NAMA YAZILI PAY/PAY SENETLERİNİN DEVRİNİN SINIRLANDIRILMASI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ (TTK) m. 490/2’de anonim şirkete ait nama yazılı pay senetlerinin² devrinin, ciro ve zilyetliğin devri ile olacağını düzenlemiştir³. Ancak anonim şirkete karşı hüküm ifade edebilmesi için devrin pay defterine kaydedilmiş olması gerekmektedir (TTK m. 499/4). TTK m. 490/1’de kanun veya esas sözleşme ile sınırlandırılmadığı takdirde nama yazılı payların⁴ devrinin serbest olduğu belirtilmek suretiyle payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi benimsenmiştir. Payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi, pay sahibinin, anonim şirkete olan payını⁵ başka bir kişinin,

¹ 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

² Kanunen emre yazılı kıymetli evrak niteliğinde oldukları yönünde bkz. BAHTİYAR, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 328; ŞENER, Oruç Hami: *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 616-617; PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, N. 25; BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2013, s. 547; BAKIR, İpek Nur: *Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Esas Sözleşme ile Sınırlandırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 69; KİRKİT, Ecem: “Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri Üzerinde Rehin Hakkının Kurulması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 71, Sayı 4, s. 1485.

³ Bedeli tamamen ödenmiş çıplak nama yazılı paylar açısından ciro ve zilyetliği devri mümkün olmadığı için devir alacağın temliki ile yapılacaktır (BAHTİYAR, s. 326; ŞENER, s. 615; PULAŞLI, N. 50; UZEL, Necdet: *Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 36; SEVİ, Ali Murat: *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 344; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 546; NARBAY, Şafak: “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 208; ATA, Özlem: “Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devri”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 16, Sayı 2, s. 3).

⁴ Çalışmada özel olarak belirtilmediği sürece pay ifadesi ile hem çıplak hem de senede bağlanmış nama yazılı paylar ifade edilmektedir.

⁵ Hem çıplak hem de senede bağlı paylar açısından payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi geçerlidir (UÇAR, Sercan: *Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 34; BAKIR, s. 28; DEYNEKLİ, Hande Gizem: *Anonim Ortaklıklarda Pay Devrine İlişkin Kanuni Sınırlamalar*, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 32; ÇALIK, Zeynep: *Anonim Şirketlerin TTK m. 493 Uyarınca Satın Alma Önerisinde Bulunma Hakkı (Kaçış Klotu)*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 26; TAŞDELEN, Nihat: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Ortaklık Pay Devrine Getirdiği Sınırlamalar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, s. 3351). “Payın devredilebilirliği ilkesi uyarınca, çıplak payın

kurumun veya organın onayı olmaksızın devredilebilmesini ifade etmektedir⁶. Bu ilke vasıtasıyla pay sahibi; payı devredeceği zamana, devredeceği kişiye⁷ ve devir karşılığındaki alacağı ivaza da serbestçe karar verebilmektedir⁸.

Anonim şirketlerde, pay sahibinin kişiliğinin önemli olmaması -anonim olması- payın serbestçe devredilebilirliği ilkesinin varlık sebeplerinden birisidir⁹. Bu ilkenin varlığının diğer bir sebebi ise anonim şirketlerde, kural olarak çıkma veya çıkarılmanın bulunmaması sebebiyle oluşan dezavantajın ortadan kaldırılmak istenmesidir¹⁰. Ayrıca bu ilke, kişilerin güvenli şekilde yatırım yapmak amacıyla anonim şirkette pay sahibi olmalarını da sağlamaktadır¹¹.

Anonim şirketlerde, nama yazılı payların devrindeki serbestlik sınırsız değildir. TTK m. 490/1'de payın serbestçe devredilebilirliği ilkesine, kanun ve esas sözleşme ile istisna getirilebileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu, sermaye koyma borcunun ödenmemesi, payların tek bir kişinin, rakiplerin veya yabancı kişilerin eline geçmesi gibi hâllere karşı anonim şirketi, pay sahiplerini, alacaklıları ve kamuyu korumak amacıyla payın serbestçe devredilebilirliği ilkesini sınırlandırmıştır¹². Payın serbestçe devredilebilirliği ilkesinin, kanuni sınırlandırma ve esas sözleşmesel sınırlandırma olmak üzere, iki tane istisnası bulunmaktadır.

Payın serbestçe devredilebilirliği ilkesine ilişkin kanuni sınırlandırma (kanuni bağlam) TTK m. 491'de düzenlenmiştir. Bedelleri tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar¹³, hukuki işlemle (iradi devir) devre konu olduğu takdirde anonim şirket¹⁴, devralanın ödeme yeterliliğinden şüpheli ise ve şirkete istenen teminat verilmemişse, devre onay vermektan imtina edebilecektir. İşte bu şekilde devre onay vermektan imtina edilmesi kanuni devir sınırlandırmasıdır. Payın, miras veya cebri icra gibi TTK m. 491/1'de sayılan kanuni geçiş hâllerinden birisi ile kazanılması durumunda, kanuni sınırlandırma uygulanmayacaktır. TTK m. 491'deki kanuni sınırlandırma, sermayenin korunması ilkesinin bir tezahürüdür¹⁵. TTK m. 490/1'deki kanun ifadesinden sadece Türk Ticaret Kanunu anlaşılmalı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹⁶ m. 7, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu¹⁷ m. 9/2, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu¹⁸ m. 18 ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu¹⁹ m. 44/3 gibi kanuni sınırlandırmalar da bu kapsamda kabul edilmelidir²⁰.

da senede bağlanmış paylar gibi serbestçe devredilebileceği hususunda görüş birliği mevcuttur. Ancak payın serbestçe devredilebilirliğine getirilen kanuni ve iradi sınırlamalar kuşkusuz çıplak pay için de geçerlidir.” Yargıtay, 11. HD, T. 03.11.2014, E. 2014/6567 K. 2014/16638 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 12.11.2023).

⁶ BAHTİYAR, s. 281-282; SEVİ, s. 55; DEYNEKLİ, s. 30; ÇALIK, s. 26; UÇAR, s. 34; BAKIR, s. 28.

⁷ BAHTİYAR, s. 282; DEYNEKLİ, s. 32.

⁸ BOZKURT, Tamer: *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Bağlam), s. 5; CENKÇİ, Esra: “TTK m. 493/1 Bağlamında Güncel Bir Sorun: Kaçış Klozunun Uygulanmasında Esas Sözleşmesel Dayanak”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2020, Cilt 36, Sayı 2, s. 86; İNCESU, Elif Bilge: “Anonim Şirketlerde Payın Devri ve Bağlamı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2019, Cilt 93, Sayı 6, s. 124-125.

⁹ BAHTİYAR, s. 283; ATA, s. 1-2; DEYNEKLİ, s. 31; KARASU, Rauf: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt 12, Sayı 1, s. 129.

¹⁰ KARASU, s. 129; BAHTİYAR, s. 283; BOZKURT, *Bağlam*, s. 6-7; DEYNEKLİ, s. 31; ÇALIK, s. 27; UZEL, s. 31-32; BAKIR, s. 28; AKSOY, Sema: *Anonim Şirketlerde Pay ve Payın Devri*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 43; TENGİZ, Nazlı: “Anonim Ortaklıkta Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, Cilt 16, Sayı 185, s. 2385; YÜKSEL, Sinan H.: “Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Sayı 2, s. 159.

¹¹ ÇALIK, s. 28; UÇAR, s. 35; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 473.

¹² BAHTİYAR, s. 283; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 550; UZEL, s. 93; DEYNEKLİ, s. 33. Pay devrinin sınırlandırılmasındaki amaçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAKIR, s. 83-90. Pay devrinin sınırlandırılmaması hâlinde karşılaşılabilecek olumsuz örnekler için bkz. POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku II*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, N. 1145.

¹³ TTK m. 486/2 gereği hamiline yazılı pay senetlerinin sermaye borcu tamamen ödenmeden basılması mümkün değildir.

¹⁴ Şirket ile kastedilen yönetim kuruludur. Ancak esas sözleşme ile bu yetkinin genel kurula verilmesi de mümkündür (YÜKSEL, s. 191-192; BAKIR, s. 120-121).

¹⁵ BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 548; KARASU, s. 131; ŞENER, s. 621.

¹⁶ 13.12.1994 tarihli ve 22140 sayılı Resmî Gazete.

¹⁷ 14.06.2007 tarihli ve 26552 sayılı Resmî Gazete.

¹⁸ 01.11.2005 tarihli ve 25983 sayılı Resmî Gazete.

Payın serbestçe devredilebilirliği ilkesine ilişkin esas sözleşmesel sınırlandırmanın nasıl olması gerektiği yönündeki düzenlemeler TTK m. 492 ve devamında yapılmıştır. Kanun koyucu, borsaya kote edilen ve edilmeyen nama yazılı paylar açısından farklı düzenlemeler getirmiştir. TTK m. 492/1’de borsaya kote edilmemiş olan nama yazılı payların, anonim şirketin onayı ile devredilebileceği yönünde esas sözleşmede düzenleme yapılabileceği belirtilmiştir. Ayrıca intifa hakkının kurulması açısından da bu sınırlamaların geçerli olduğu düzenlenmiştir (TTK m. 492/2). Hükmün lafzından anlaşıldığı üzere, esas sözleşmede ayrıca intifa hakkının kurulması için de bu sınırlamaların geçerli olduğunun belirtilmesi gerekmemektedir. Anonim şirket, esas sözleşmedeki önemli sebebi ileri sürerek, devre ilişkin onay istemini reddedebilecektir (TTK m. 493/1). Ancak esas sözleşmede öngörülen önemli sebebin, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı göstermesi gerekmektedir (TTK m. 493/2).

Borsaya kote edilen nama yazılı paylarda ise iradi devir ile payı devralan kişi açısından sermayeyi esas alan ve yüzde ile ifade edilen bir iktisap üst sınırı öngörülebilir (TTK m. 495/1). Eğer borsaya kote edilmiş olan nama yazılı paylar; miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cibrî icra yoluyla iktisap edildiği takdirde yüzdesel iktisap üst sınırı pay sahibine karşı ileri sürülemeyecektir (TTK m. 495/3). Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi böyle olmakla birlikte, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu²¹ m. 137/3²² de borsaya kote olan paylar açısından özel bir düzenleme getirmektedir. Düzenlemeye göre anonim şirket, borsadan satın alınan payları, pay defterine kaydetmekten kaçınmayacaktır. TTK m. 495 ve SPK m. 137/3 hükümlerinin birbirleri ile çeliştiği açıktır. Bu durumda, hangi hükmün uygulanması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. İki hükmün de özel hüküm niteliği taşıması sebebiyle “*lex specialis*” ilkesinin uygulanması mümkün değildir. Ancak SPK’nın yürürlük tarihi, TTK’nın yürürlük tarihinden daha sonradır. Bu hâlde “*lex posterior*” ilkesi gereğince SPK m. 137/3, TTK m. 495’i ortadan kaldırmaktadır. Kanun koyucunun da amacının bu olduğu SPK m. 137/3’ten anlaşılmaktadır. Zira hükümde, TTK m. 493 ve 494’ten açıkça bahsedilmesine rağmen TTK m. 495’ten bahsedilmemiştir. Bu hâlde kanun koyucunun amacının, SPK m. 137/3 ile TTK m. 495’i ilga etmek olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Keza TTK m. 495 hükmünün uygulanması fiilen mümkün değildir²³. Zira Borsa İstanbul A.Ş. Kotasyon Yönergesi m. 8/1-ç’ye göre, borsaya kote olan payların devrini ve tedavülünü kısıtlayan hükümler, anonim şirket esas sözleşmesinde yer alamaz. Yani TTK m. 495 hükmüne göre pay devrini sınırlandıran bir anonim şirketin payları, borsaya kote edilemez.

Hem borsaya kote edilmiş hem de kote edilmemiş nama yazılı paylar açısından devralan, payları, kendi ad ve hesabına aldığını açıkça beyan etmezse şirket, payların pay defterine kaydını reddedebilir (TTK m. 493/2, 495/2).

Çalışmanın ana konusunu oluşturan kaçış klozuna ilişkin açıklamalarımız aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

II. KAÇIŞ KLOZU

Anonim şirketin, borsaya kote edilmemiş olan nama yazılı paylarının, gerçek değerini ödemeyi önererek, payların iradi veya kanuni geçişini önlemesine “*kaçış klozu*” denilmektedir. Anonim şirketin, payın gerçek değerini ödemeyi önererek devre engel olmasına, ekseriyetle kaçış klozu denilmekle

¹⁹ 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmî Gazete.

²⁰ UZEL, s. 32, dn. 17; BAKIR, s. 29. TTK dışındaki bu tür sınırlandırmalar hakkında ayrıntılı bilgi ve bunların “*kurumsal bağlam*” olduğu yönündeki görüş için bkz. BOZKURT, Tamer: “Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Resmî Bir Makamın İznine Bağlanması ve Bu İzinin Hukuki Niteliği Sorunu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 16, Prof. Dr. iur. Merih Kemal OMAĞ’a Armağan Cilt 1, s. 421-452.

²¹ 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmî Gazete.

²² SPK m. 137/3: “*Halka açık ortaklıkların borsada gerçekleştirilen işlemler neticesinde satın alınan paylarının pay defterine kaydedilmemesinden imtina edilemez. Bu ortaklıkların borsada işlem görmeyen payları için ise 6102 sayılı Kanununun 493 üncü ve 494 üncü maddeleri uygulanır.*”

²³ TTK m. 495’in uygulama alanının kalmadığı yönünde bkz. BAKIR, s. 157-158. Payın borsa dışı yollarla iktisabı hâlinde TTK m. 495’in uygulanabileceği yönünde bkz. BOZKURT, *Bağlam*, s. 234.

birlikte²⁴ kanun metninde bu ifade tercih edilmemiştir. Nitekim doktrinde de kaçış klozu ifadesi yerine “Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı”²⁵, “Satın Alma Önerisinde Bulunma Hakkı”²⁶, “kaçınma klozu”²⁷ ve “kurtuluş klozu” gibi kullanımlar da bulunmaktadır. Yabancı Hukukta ise “escape clause” ifadesi kullanılmaktadır²⁸.

Anonim şirket, kaçış klozuna başvurmak suretiyle devre onay vermeyi reddedebilir. Kanun koyucu bu vesileyle anonim şirkete, önemli sebebi ileri sürmeksizin uygun görmediği devirlerden kurtulabilme imkânı tanımıştır²⁹. Kaçış klozu, iradi devirler açısından TTK m. 493/1’de, kanuni devir hâlleri açısından ise TTK m. 493/4’te düzenlenmiştir. Anonim şirketin; iradi devirlerde, kendisi, diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına payları almayı önerebilmektedir. Ancak kanuni devir hâllerinde şirket sadece kendi adına payları almayı önerebilmektedir.

A. Kaçış Klozunun Düzenlenme Sebebi

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu³⁰ m. 418/2’de anonim şirketin, pay devrini esas sözleşme ile sınırlandırdığı takdirde, herhangi bir sebep göstermeksizin pay devrine onay vermekten imtina edebileceği düzenlenmekte idi. Ancak 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile esas sözleşmede öngörülen önemli sebep ile pay devrinin sınırlandırılabilmesi düzenlenmiştir. Ancak esas sözleşmede öngörülecek olan önemli sebebin, işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden devre onay vermemeyi haklı gösterecek nitelikte olması gerekmektedir (TTK m. 493/2)³¹.

Önemli sebep kavramı ile esas sözleşmesel bağlamın keyfi olarak kullanılmasının önüne geçilmiştir³². Ancak bu sert önemli sebep kriteri, anonim şirketin yabancılaşmasına sebep olabilecektir. Anonim şirketin ihtiyaçlarına uygun önemli sebebi kararlaştıramaması, önemli sebep ihdas edilirken yabancılaşmaya sebep olabilecek bazı hâllerin gözden kaçırılması veya payı devralan kişinin, pay sahibi olmasının o günün şartlarında anonim şirket açısından sakıncalı olması bu duruma örnek olarak verilebilir³³. Kanun koyucu da bu sakıncaları gözeterek, özellikle pay sahiplerinin kişiliklerinin önemli olduğu anonim şirketlerde, yabancılaşmayı önlemek için kaçış klozunu düzenlemiştir³⁴. Kaçış klozu ile önemli sebep kavramının dezavantajları ortadan kaldırılmak istenmiştir³⁵. Kaçış klozu vasıtasıyla eski kanun zamanındaki sistemin devam ettiği düşünülebilir. Ancak anonim şirketin kaçış klozuna başvurabilmesi, gerçek değer üzerinden satın alma önerisinde bulunma şartına bağlandığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu şart sayesinde taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlanmıştır³⁶.

B. Kaçış Klozunun Hukuki Niteliği

Anonim şirketin, devre konu paylar için satın alma önerisinde bulunma hakkının (kaçış klozu) hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde kaçış klozunun, kanuni önalım hakkı³⁷ veya kanuni

²⁴ TTK m. 493’ün gerekçesinde de kaçış klozu ifadesi yer almaktadır.

²⁵ YÜKSEL, s. 159.

²⁶ UZEL, s. 303.

²⁷ BOZKURT, *Bağlam*, s. 135-136.

²⁸ Terminoloji hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT, *Bağlam*, s. 135-136.

²⁹ TTK m. 493 gerekçesi.

³⁰ 09.07.1956 tarihli ve 9353 sayılı Resmî Gazete.

³¹ Önemli sebep hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT, *Bağlam*, s. 67 vd.

³² YÜKSEL, s. 164; BAKIR, s. 117.

³³ YÜKSEL, s. 164-165; BAKIR, s. 117. Kaçış klozu ile sıkı bağlam sistemine rağmen istenmeyen kişilerinin pay sahibi olmasının önlenmesinin amaçlandığı yönünde bkz. BOZKURT, *Bağlam*, s. 137.

³⁴ TTK m. 493 gerekçesi.

³⁵ YÜKSEL, s. 166.

³⁶ BOZKURT, *Bağlam*, s. 137; YÜKSEL, s. 166; UZEL, s. 75.

³⁷ Alım hakkı olduğu yönünde bkz. NARBAY, s. 224.

alım hakkı³⁸ niteliğinde olduğu belirtilmektedir³⁹. Bu görüşlerden farklı olarak Uçar, şirkete yüklediği hak ve borçlar açısından öncelik hakkına, kullanma zamanı açısından da önalım hakkına benzediği gerekçesiyle kaçış klozunun *sui generis* nitelikte olduğunu ifade etmektedir⁴⁰.

Hem kanuni önalım hakkı hem de kanuni alım hakkı yenilik doğurucu nitelikte⁴¹ olup karşı tarafın kabulü gerekmemektedir⁴². Ancak kaçış klozunda, anonim şirketin önerisi ile paylar şirkete -veya payların hesabına aldığı diğer paydaş ya da üçüncü kişilere- geçmemektedir. Bunun için devreden pay sahibinin öneriyi kabul etmesi gerekmektedir⁴³. Bu sebeple kaçış klozu, önalım veya alım hakkı olarak nitelendirilemez⁴⁴. Kanaatimizce iradi devir hâlinde kaçış klozu, kanuni bir teklifte öncelik hakkı⁴⁵ niteliğindedir. Zira devreden, öncelik hakkı sahibinin teklifini kabul etmek zorunda olmayıp, devirden vazgeçebilmektedir. Devreden, payını devir ile yükümlü olmadığı TTK m. 493/1'deki "önererek" ifadesinden anlaşılmaktadır. Önalım hakkında ise öneri söz konusu değildir. Önalım hakkı sahibinin, hakkını kullanması ile hüküm ve sonuçlar kendiliğinden doğmaktadır. Pay devrine ilişkin sözleşmenin akdedilmesinden önce kullanılması gerektiği⁴⁶ bu sebeple kaçış klozunun teklifte öncelik hakkı olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bir itirazda bulunulabilir. Ancak TTK m. 493/5'te şirket onay vermediği takdirde payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm hakların devredende kalacağı düzenlenmiştir. Bu hâlde devreden ile devralan arasındaki pay devir sözleşmesinin askıda geçersiz olduğu söylenebilir⁴⁷. İradi pay devri açısından mevcut durumda geçerli bir devir sözleşmesi bulunmadığı için kaçış klozu, kanuni bir teklifte öncelik hakkı olarak değerlendirilmelidir.

C. Anonim Şirket Açısından Kaçış Klozunun İşleyişi

Anonim şirket tarafından kaçış klozuna başvurulabilmesi için borsaya kote olmayan nama yazılı bir pay söz konusu olmalıdır. Söz konusu payların iradi devri neticesinde pay defterine kayıt için anonim şirkete başvurulduğunda, devre onay vermek istemeyen anonim şirketin önünde iki seçenek bulunmaktadır. Bu seçenekler, önemli sebebi ileri sürmek ve kaçış klozuna başvurmaktır. İlk seçenek, esas sözleşmede öngörülen önemli sebebi ileri sürmek suretiyle devre onay vermektir. Payı devralan kişi açısından önemli sebep ileri sürülebilirse, pay devri, anonim şirkete herhangi bir ödeme yükümlülüğü getirmeksizin engellenmiş olmaktadır. Eğer payı devralan kişi açısından önemli sebep ileri sürülebilirse, şirketin ikinci seçenek olan kaçış klozuna başvurusu gerekmektedir. Bu hâlde anonim şirket, payların gerçek değerini ödemeyi önererek devre engel olmaktadır. Anonim şirket, payları kendi hesabına almayı önerebileceği gibi diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına da bu hakkı kullanabilir⁴⁸.

Türk Ticaret Kanunu m. 493/4'te sayılan kanuni geçiş hâlleri sebebiyle payların mülkiyetini kazanan kişilere karşı, anonim şirket tarafından esas sözleşmede düzenlenen önemli sebepler ileri sürü-

³⁸ Yasal şarta bağlı bir alım hakkı olduğu yönünde bkz. BOZKURT, *Bağlam*, s. 137.

³⁹ Doktrindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇALIK, s. 52-55; UÇAR, s. 72-73.

⁴⁰ UÇAR, s. 73-74.

⁴¹ Önalım hakkının kurucu yenilik doğurucu hak niteliğinde olduğu yönünde bkz. DURAL, Mustafa / SARI, Suat: *Türk Özel Hukuku Cilt I*, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 180-181; ÜNLÜTEPE, Mustafa: *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 260-263. "... kanuni şufa hakkı... meşfu hissenin üçüncü şahsa satılması ve satışa itulardan itibaren bir ay içinde kullanılmış olması gibi muayyen şartlar altında kullanılacak yenilik doğuran kurucu bir haktır..." Yargıtay, İBHGK, T. 20.06.1951, E. 1949/13, K. 1951/5 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 12.11.2023).

⁴² Kaçış klozunun yenilik doğurucu bir hak olmadığı yönünde bkz. CENKÇİ, s. 99.

⁴³ UÇAR, s. 72-73; CENKÇİ, s. 99.

⁴⁴ UÇAR, s. 72-73; AKIN, Murat Yusuf: *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 75-76. Önalım hakkı olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. ÇALIK, s. 54.

⁴⁵ Teklifte öncelik hakkı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. UÇAR, s. 63-64.

⁴⁶ UÇAR, s. 73.

⁴⁷ Pay devrine şirket tarafından onay verilinceye kadar askıda hükümsüzlük ve onayın verilmemesi halinde ise hükümsüzlük olduğu yönünde bkz. ÇALIK, s. 151.

⁴⁸ YÜKSEL, s. 188.

lemeyecektir⁴⁹. Bu hâlde anonim şirketin tek imkânı payların gerçek değerini ödemeyi önererek devre engel olmaktır. Ancak burada anonim şirket sadece kendi hesabına bu öneriyi ileri sürebilir. İradi devirde olduğu gibi diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına öneride bulunamaz⁵⁰.

Anonim şirket, satın alma önerisini, iradi devre veya kanuni geçiş konu olan bütün paylar açısından kullanmak zorundadır⁵¹. Öneri, şarta bağlı olmamalıdır⁵². Öneride, paylar için ödenecek bedel açıkça belirtilmelidir⁵³. Aksi takdirde bir öneriden bahsedilemez. Öneri, iradi verilerde payı devretmek isteyen mevcut pay sahibine, kanuni geçiş hâllerinde ise yeni pay sahibine yapılır⁵⁴. Bu öneri, üç aylık hak düşürücü süre⁵⁵ içerisinde muhatabına ulaşmalıdır⁵⁶. Kanun koyucu, önerinin şekline ilişkin bir düzenleme yapmamıştır. Ancak anonim şirketin, önerisini ispata elverişli bir yol ile yapması lehinedir⁵⁷. Zira önerinin yapıldığı ispat edilemez ve üç aylık süre geçerse, anonim şirketin devre onay verdiği kabul edilmektedir (TTK m. 494/3). Anonim şirketin önerisi üzerine pay sahibinin üç seçeneği bulunmaktadır. Pay sahibi, öneriyi; kabul edilebilir, reddedip gerçek değerini tespiti davasını açılabilir veya reddedip pay sahibi olarak kalmaya devam edebilir.

III. KAÇIŞ KLOZUNA İLİŞKİN BAZI SORUNLU HUSUSLAR

A. Kaçış Klozunun Esas Sözleşmede Yer Alması Gerekip Gerekmediği Sorunu

Anonim şirketin, kaçış klozuna başvurabilmesi için esas sözleşmede nasıl bir hükmün olması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde; kaçış klozuna ilişkin hükmün esas sözleşmede açıkça düzenlenmesi gerektiği, nama yazılı payların şirketin onayı ile devredilebileceği yönünde esas sözleşmede hüküm bulunması gerektiği⁵⁸ veya önemli sebepler esas sözleşmede gösterilmek suretiyle nama yazılı payların devrinin şirketin onayına tabi tutulduğunun belirtilmesi⁵⁹ gerektiği yönünde farklı görüşler bulunmaktadır⁶⁰. Doktrinde kaçış klozunun, TTK'da “*Esas Sözleşmeyle Sınırlama*” başlığı altında olduğu gerekçesiyle kanuni bağlam olarak değerlendirilemeyeceği yönünde görüş belirtilmektedir⁶¹.

Yargıtay tarafından 2015 yılında verilen bir kararda, TTK m. 493 gereği kaçış klozuna başvurulabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması gerektiği belirtilmiştir⁶². Ancak Yargıtay, 2018 yılında vermiş olduğu bir karar ile bu görüşünden dönmüştür⁶³. İlgili kararda “*Anonim şirket tarafından satın alma önerisinin yapılabilmesi için esas sözleşmede nama yazılı payların devrinin anonim*

⁴⁹ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, N. 1153; BAKIR, s. 148; YÜKSEL, s. 188.

⁵⁰ YÜKSEL, s. 188.

⁵¹ AKIN, s. 81-82; UZEL, s. 312-313; YÜKSEL, s. 193.

⁵² UZEL, s. 315-318; YÜKSEL, s. 193.

⁵³ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, N. 1152a. Aksi yönde bkz. YÜKSEL, s. 194; UZEL, s. 313; AKIN, s. 81.

⁵⁴ YÜKSEL, s. 198.

⁵⁵ Esas sözleşme ile bu sürenin kısaltılmasının mümkün olduğu yönünde bkz. YÜKSEL, s. 199.

⁵⁶ UZEL, s. 314; YÜKSEL, s. 198-199.

⁵⁷ YÜKSEL, s. 198.

⁵⁸ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, N. 1152a; ŞENER, s. 624; BOZKURT, *Bağlam*, s. 143; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 551; CENKÇİ, s. 103-104. Yazar kaçış klozuna başvurulabilmesi için esas sözleşmede önemli sebebin düzenlenmiş olmasının gerekmediğini açıkça belirtmektedir.

⁵⁹ AKIN, s. 77-78; SEVİ, s. 295; YÜKSEL, s. 166-167.

⁶⁰ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CENKÇİ, s. 93-94.

⁶¹ CENKÇİ, s. 98.

⁶² “6102 sayılı TTK'nın “borsaya kota edilmemiş nama yazılı paylar” başlıklı 493/1. Maddesinde şirketin, esas sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değeriyle, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay istemini reddedebileceği düzenlenmiştir. Bu maddeyle anonim şirkete, devre konu olan pay senetlerini gerçek değer üzerinden devralma önerisinde bulunabilme olanağı tanınması, şirkete haklı sebepler yanında sağlanmış, uygun görmediği devirlerden kurtulabilme olanağıdır. Bu suretle şirketin yabancılaştırması veya niteliklerini kaybetmesinin önlenmesi amaçlanmıştır. Şirketin bu olanağı kullanabilmesi için ana sözleşmede hüküm bulunmasına gerek yoktur.” Yargıtay, 11. HD, T. 18.02.2015, E. 2014/17122, K. 2015/2152 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 12.11.2023).

⁶³ Yargıtay, 11. HD, T. 05.04.2018, E. 2016/8960, K. 2018/2472 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 12.11.2023).

şirketin onayına bağlı olduğuna dair bir hüküm bulunmalıdır.” denilmek suretiyle esas sözleşmede önemli sebeplere yer verilmesi aranmamakla birlikte, pay devrinin şirketin onayına tabi tutulmuş olması kaçış klozuna başvurulabilmesi için yeterli görülmüştür.

Türk Ticaret Kanunu m. 493/1’e bakıldığı takdirde, sadece önemli sebeplerin esas sözleşmede düzenlenmesi gerektiği kaçış klozuna ilişkin bir düzenlemeye gerek olmadığı kanaatine ulaşılabılır. Lafzi yorum açısından bu düşünce doğru olarak kabul edilebilir. Ancak kaçış klozuna ilişkin hüküm TTK’da “*Esas Sözleşmeyle Sınırlama*” başlığı altında düzenlenmiştir. TTK m. 1534 gereği kenar başlıkların metne dâhil olduğu da düşünüldüğünde, kanun koyucunun, kaçış klozuna başvurulabilmesi için esas sözleşmede düzenleme yapılmış olmasını aradığı sonucuna ulaşılabılır⁶⁴. Payın serbestçe devredilebilirliği ilkesinin geçerli olduğu anonim şirketler açısından bu yorum daha isabetli olacaktır. Esas sözleşmede nasıl bir düzenlemenin bulunması gerektiği de doktrinde tartışma konusudur. Esas sözleşmede, açıkça anonim şirketin devre konu paylarının, gerçek değerini ödemek suretiyle devre engel olabileceğinin düzenlenmesi gerekmemektedir. Esas sözleşmede, önemli sebeplerin düzenlenmesi veya nama yazılı payların devrinin şirketin onayına tabi olduğunun belirtilmesi kanaatimizce yeterlidir. Zira her iki durumda da anonim şirketin, devre engel olabileceği anlaşılmaktadır. Ancak kanun koyucunun, TTK m. 493/1 hükmünü bu durumu daha iyi ifade edecek şekilde yeniden düzenlemesi gerektiği kanaatindeyiz.

B. Kanuni Edinim Hâllerinin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunu

Anonim şirketin paylarına, “*miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra*” vasıtasıyla sahip olunması hâlinde, anonim şirket, esas sözleşmedeki önemli sebepleri ileri sürerek pay sahipliği sıfatının kazanılmasına engel olamaz⁶⁵. Bu durumda anonim şirket, payların gerçek değerini ödeyerek bu kişilerin pay sahibi olmalarını ileriye etkili⁶⁶ olacak şekilde engelleyebilmektedir. Bu imkân TTK m. 493/4’te düzenlenmiştir. Ancak TTK m. 493/1’den farklı olarak, hükümde sayılan kanuni geçiş hâllerinde, anonim şirket payları sadece kendi adına alabilecektir⁶⁷.

Türk Ticaret Kanunu m. 493/4’te sayılan hâllerin sınırlı sayıda olup olmadığı hususunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Ancak hâkim görüş, hükümde sayılan hâllerin sınırlı sayıda olmadığı yönündedir⁶⁸. Akın, kanunda sayılan hâllerin hepsinde külli halefiyetin olduğunu, bu sebeple birleşme ve bölünme gibi hâllerde de bu hükmün uygulanabileceğini ve tek istisnanın TMK m. 2’ye aykırılık olduğunu ifade etmektedir⁶⁹. Gerekçede de hükümde sayılan hâllerin sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir. Ancak doktrinde, hükümde sayılan hâllerin sınırlı sayıda olduğu yönünde bir görüş de bulunmaktadır⁷⁰. Bu görüşteki yazarlar, hükme “*gibi*” veya sayılan hâllerin sınırlı olmadığını ifade edecek şekilde bir değişiklik yapılması gerektiğini belirtmektedirler⁷¹.

Öncelikle kanundaki hüküm ile gerekçenin birbiri ile çeliştiğini ifade etmek gerekir. Gerekçeden, satın alma teklifinde bulunulabilecek kanuni geçiş hâllerinin, madde metninde belirtilenlerle sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak hükmün lafzına bakıldığı takdirde, sadece sayılan kanuni geçiş hâllerinde şirketin satın alma teklifi yapabileceği gibi bir sonuca ulaşılmaktadır. Lafzi yoruma göre, diğer

⁶⁴ Kanuni geçiş hâllerinde, kaçış klozuna başvurulabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması gerekmediği yönünde bkz. POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, N. 1153.

⁶⁵ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, N. 1153.

⁶⁶ İleriye etkili olarak ifadesini kullanmamızın sebebi TTK m. 494/2 gereği kanuni geçiş hâllerinde payın mülkiyetinin zaten ilgiliye geçmiş olmasıdır.

⁶⁷ TTK m. 493/1’de şirket payları, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önerebilmektedir.

⁶⁸ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, N. 1153; BOZKURT, *Bağlam*, s. 229; AKIN, s. 122; UZEL, s. 169; YÜKSEL, s. 183.

⁶⁹ AKIN, s. 122.

⁷⁰ KARASU, s. 133; YILDIZ, Şükrü: “Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418 f. 4’de Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı”, *Makalelerim*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 620-621.

⁷¹ KARASU, s. 133; YILDIZ, s. 621.

kanuni geçiş hâllerinde şirket önemli sebebi ileri süremeyeceği gibi satın alma teklifinde de bulunamayacaktır. Ancak kanun koyucunun amacı ile hükümde kullandığı ifadeler birbiri ile uyuşmamaktadır. Bu sebeple, kanun hükmünde sayılan hâllerin, sınırlı sayıda olmadığını ifade edecek şekilde değişiklik yapılması gerektiği, aksi hâlde hükümde sayılmayan hâllerde kaçış klozuna başvurulamayacağı kanaatindeyiz. Zira anonim şirketlerde, payın serbestçe devredilebilir olması kuraldır. Payın devrinin sınırlandırılması ise istisnadır. İstisnalar dar yorumlanır ilkesi gereğince, kanunda belirtilmeyen bir hâl sebebiyle devir serbestisi sınırlandırılmaz. Keza Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına yönelik kanuni düzenlemelerin, belirli ve öngörülebilir olması gerektiğini kararlarında açıkça belirtmektedir⁷². Bu kararlar da görüşümüzü destekler niteliktedir.

C. Kimlerin Gerçek Değerin Tespiti Davasını Açabileceği Sorunu

Kanun koyucu, TTK m. 493/5⁷³ hükmü ile tespit davası açma hakkını, devralana vermiştir. Dava hakkının sadece devralana verilmiş olması, İsviçre kanun koyucusunun, kanuni devir hâllerini esas alan hatalı düzenlemesinden kaynaklanmaktadır⁷⁴. Zira şirketin onay vermediği iradi devirler açısından devralan söz konusu değildir⁷⁵. Doktrinde anonim şirketin de tespit davası açma hakkının var olduğu yönünde bir görüş bulunmaktadır⁷⁶.

1. Değerlendirmelerimiz

Kanun koyucu, “devralan” yerine “ilgili pay sahibi” ifadesini kullanılmış olsaydı kanaatimizce daha yerinde olurdu. Zira iradi devirde, devir gerçekleşmediği için devralan yoktur⁷⁷. Bu sebeple paylarını devretmek isteyen pay sahibi, tespit davasını açabilmelidir. Kanuni geçiş hâlleri açısından da şirket tarafından onay verilirse de payın mülkiyeti TTK m. 494/2⁷⁸ gereği ilgili kişilere geçmekte ancak bazı yönetsel haklar geçmemektedir. Bu sebeple bu kişiler de pay sahibi sıfatını kazanmaktadır. Her iki durumu da kapsayacak şekilde “ilgili pay sahibi” ifadesinin kullanılması daha yerinde olurdu. Hükmün amacına uygun olarak, şirket kaçış klozuna başvurduğu takdirde, iradi devirlerde payını devredemeyen pay sahibinin, tespit davasını açabileceği kabul edilmelidir⁷⁹. Gerek kanun hükümlerinde gerek gerekçede anonim şirketin tespit davası açma hakkının bulunduğu yönünde bir ifadenin yer almaması sebebiyle anonim şirketin tespit davası açma hakkının bulunmadığı kanaatindeyiz. Keza anonim şirkete böyle bir hak tanımanın da anlamı yoktur. Zira anonim şirket, payının gerçek değerini herkesten daha iyi bilecek durumdadır. Bu sebeple mahkemeden bunu istemesinde hukuki yararı yoktur. Ayrıca şirketin payların gerçek değerinden daha fazlasını önerdiği takdirde bu önerisi ile bağlı olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira basiretli bir tacir olan anonim şirket, düşüncesizliğinden veya deneyimsizliğinden dolayı gerçek değeri yanlış tespit ettiğini ileri süremeyecektir⁸⁰. Şirket, payın gerçek değerinden daha fazla olan önerisi ile bağlı olmakla birlikte, uğranılan zarardan dolayı yönetim kurulu, hukuken anonim şirkete karşı sorumlu olacaktır.

⁷² “...mülkiyet hakkını ve hak arama özgürlüğünü sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.” AYM, T. 16.12.2021, E. 2021/52, K. 2021/97 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 12.11.2023).

⁷³ TTK m. 493/5: “Devralan, paylarının gerçek değerinin belirlenmesini, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir.”

⁷⁴ AKIN, s. 99; YÜKSEL, s. 198. Bu hatanın Türk kanun koyucusu tarafından devam ettirilen bir özensizlik olduğu yönünde bkz. BOZKURT, *Bağlam*, s. 185.

⁷⁵ AKIN, s. 100; ÇALIK, s. 120.

⁷⁶ BOZKURT, *Bağlam*, s. 185; AKIN, s. 100; ÇALIK, s. 120; KENDİGELEN, Abuzer: *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 403.

⁷⁷ TTK m. 494/1: “Devir için gerekli olan onay verilmediği sürece, payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm haklar devredende kalır.”

⁷⁸ TTK m. 494/2: “Payların miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap edilmeleri hâlinde, bunların mülkiyeti ve bunlardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin haklar derhâl; genel kurula katılma haklarıyla oy hakları ise ancak şirketin onayı ile birlikte devralana geçer.”

⁷⁹ ÇALIK, s. 120; AKIN, s. 100. Devralan ifadesi ile payın maliki olan kişinin ifade edildiği yönünde bkz. YÜKSEL, s. 198.

⁸⁰ ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2018, s. 152-153.

2. Uygulama

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, TTK m. 493/5'in münhasıran devralanlara tanınmış bir hakkın varlığına işaret eden bir şekilde yorumlanmasının isabetli olmadığını, iradi devirlerde, pay sahibine dava hakkı tanınmadığı takdirde, pay sahibinin, öneriyi kabul etme ya da devirden vazgeçme olmak üzere iki seçeneğinin kalacağı ve bu yorumun menfaatler dengesine, devrin sınırlandırılmasına ilişkin olarak kanunun bütününe yansıyan eşit işlem ilkesine, hakkın kötüye kullanılmaması ve hakkaniyet ilkelerine de ters düşeceğini belirterek devreden, dava hakkının bulunduğu karar vermiştir⁸¹. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesi de iradi devirde, devreden pay sahibinin, gerçek değer tespiti davasını açabileceğini belirterek aksi yöndeki yerel mahkeme kararını kaldırmıştır⁸².

Bakırköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, anonim şirket tarafından gerçek değer tespiti davasının açılmayacağına karar vermiştir. Kararda ayrıca tespit davasının ancak kanuni iktisap hallerinde, devralan tarafından açılacağı belirtilmiştir⁸³. Karar istinaf edilmiş olup İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi, payın gerçek değer tespiti davasını ancak payı kanuni geçiş suretiyle kazanan kişinin açabileceğini ve bu sebeple şirketin bu davayı açmasının mümkün olmadığını belirterek istinaf başvurusunu esastan reddetmiştir⁸⁴.

⁸¹ "... mahkemenin taraf sıfatına ilişkin davanın reddine dair gerekçesinde, zikredilen 493/5. madde hükmünü, 493/1. maddeye dayalı iradi devir ve buna bağlı onay istemi hallerinde dahi, kaçınma klotunun kullanılmasına yönelik öneriyi konu gerçek değer belirlenmesi için mahkemeye başvurma konusunda münhasıran devralanlara tanınmış bir hakkın varlığına işaret eden bir şekilde yorumlaması isabetli olmamıştır... Şu hale göre, iradi devir hallerinde, 493/1. maddede, şirketin onaydan kaçınma klotuna ilişkin önerisindeki gerçek pay değerinin belirlenmesi bakımından izlenecek hukuki sürece dair kanunda açık bir düzenleme olmaması nedeniyle, devreden bu yönde bir tespit davası açma hakkının var olduğunun kabul edilip edilmeyeceği hususunun, 493/5. maddedeki düzenlemeden bağımsız olarak tartışılması gerekir. Konu bu çerçevede ele alındığında, maddede böyle bir hakkın varlığının açıkça düzenlenmemiş olması nedeniyle devredene mahkemeye başvurma konusunda tanınmış bir hak bulunmadığı kabul edilecek olursa, bu durumda devreden önde iki seçenek kalacağı izahtan varestedir. Devreden ya önerilen tutarı kabul ile paylarını şirkete yahut gösterilen kişilere devredecek ya da öneriyi kabul etmeyerek payları uhdesinde tutacaktır. Bu yöndeki bir yaklaşımın, TTK'nın 490. maddesinde nama yazılı payların devrinde öngörülen ilkeyle bağdaştırılması mümkün görünmediği gibi bu yöndeki bir kabulün, menfaatler dengesine, devrin sınırlandırılmasına ilişkin olarak kanunun bütününe yansıyan eşit işlem yapılması ve hakkın kötüye kullanılmaması ve hakkaniyet ilkelerine de ters düşecek sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Kanun yapıcının bu yönde bir açık iradesinin yahut bilinçli unutkanlığının olduğu herhalde söylenemez. Nitekim, şirket paylarının bütün devir hallerine ilişkin olarak, bu yöndeki onay istemlerinin reddine yahut kabul edilmiş sayılması halleri bakımından uygulanabilir 'torba' hükmü niteliğindeki 494/3. maddesinde de belirtildiği üzere, şirketin onay vermeyi reddetmiş olmasının haksızlığının ancak bir mahkeme hükmü ile belirlenebileceği gözetildiğinde, kanun yapıcının iradi devir hallerinde dahi, şirketin önerisinin temel unsurunu oluşturan payın gerçek değerinin tespiti bakımından devreden mahkemeye başvuruda bulunma hakkını örtlü biçimde kabul etmiş olduğu ortadadır. Şu halde, iradi devir hallerinde, onaydan kaçınma klotunda bulunan şirketin önerisinde belirtilen gerçek değer ne olduğunun yahut ne olabileceğinin belirlenmesi konusunda, HMK'nın 106. maddesi de gözetildiğinde, devreden davacının mahkemeye başvuruda bulunmaya yönelik bir hakkının varlığının ve korunmaya değer bir hukuksal yararının var olduğunun kabulüyle işin esasına girilmesi gerekirken, yanlışlıklar değerlendirme ve hatalı yoruma dayalı olarak davacının aktif husumet ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararına vaki taraf vekillerinin istinaf başvurularının esastan reddedilmesi doğru olmamış, taraf vekillerinin temyiz istemlerinin kabulü ile Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir." Yargıtay, 11. HD, T. 22.06.2021, E. 2020/338, K. 2021/5306 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 12.11.2023).

⁸² "Somut olaya dönüldüğünde, davacı taraf davalı anonim şirketteki bir kısım paylarını beher hisse bedeli 8 TL den olmak üzere dava dışı alıcılar...ya devretmiş ve davalı şirket ise bu hisseleri, beher hisse bedeli 1 TL den satın almayı teklif ederek davacının yaptığı devri reddetmiştir. Devreden davacı tarafından, iş bu davada, devre konu hisselerinin gerçek değerinin tespiti talep edilmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalara göre, devreden de, TTK 493/5 maddesi gereğince payların gerçek değerinin tespitini isteyebileceği zira payların mülkiyeti TTK 494 maddesi uyarınca devreden davacıda olduğu gibi davacının, beher hisse bedeli 8 TL den yaptığı pay devrinin şirket tarafından reddedilerek, bu hisselerin gerçek değerinin beher hisse için 1 TL olduğu belirtilerek bir hisselerin 1 TL den olmak üzere satın alma teklifinin de devreden davacıya yapıldığı, buna göre, devreden davacının teklifi değerlendirerek kararını şirkete bildirmek durumunda olduğu nazara alındığında, davacının devre konu payların gerçek değerinin tespiti yönünden iş bu davada taraf sıfatı bulunmadığıdır. Bu durumda mahkemece işin esasına ilişkin yargılama yapılarak bir karar verilmesi gerekirken yanlışlıklar değerlendirme ve yazılı gerekçe davanın usulden reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır." İstanbul BAM, 43. HD, T. 12.11.2020, E. 2020/1551, K. 2020/295 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 12.11.2023).

⁸³ "Somut olayda şirket ortağı davalının payını dava dışı 3. kişiye satım sözleşmesi ile devrettiği, devrin şirket pay defterine işlenmesi talebinin davacı şirket tarafından şirketin diğer ortağı adına satın alınması teklifiyle ret edildiği, bu durumda TTK 494/1. maddesi gereğince devrin geçersiz hale geldiği ve pay ve paya davayı hakkın devredene ait olmaya devam ettiği, bu aşamadan sonra şirketin geçersiz hale gelen devir iradesine dayalı olarak TTK 493. maddesine göre değer tespiti davası yolu ile payı kendisi veya 3. kişiye geçirmesinin hukuken mümkün bulunmadığı, somut olayda kanuni geçiş söz konusu olmadığından devralanın dahi böyle bir dava açmasının mümkün bulunmadığı, değer tespiti davasının ancak ve ancak kanuni iktisap hallerinde ve şirketin payı edinen kişiye payın gerçek değeri ile devralmayı önermesi halinde devralanın payın gerçek değerinin tespiti için dava açmasının mümkün bulunduğu, şirketin bu hususta dava açma yetkisinin bulunmadığı sonucuna varılmıştır." Bakırköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 12.12.2019, E. 2019/948, K. 2019/1124 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 12.11.2023).

⁸⁴ "TTK'nın 493/5. maddesinin de gerçek değer tespiti mahkemeden talep etme hakkı sadece nama yazılı payları kanunen edinmiş olana tanınmış bir hak olup diğer pay devri işlemlerinde taraflara mahkemeden payın gerçek değerinin tespitini talep etme imkanı tanınmamıştır. Davacı şirketin nama yazılı payların gerçek değerinin tespitini istemesine yasal olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle davacının istinaf sebepleri yerinde değildir." İstanbul BAM, 13. HD, T. 02.07.2020, E. 2020/398, K. 2020/743 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 12.11.2023).

D. Pay Sahibinin Satın Alma Önerisine Karşı Ret Hakkının Olup Olmadığı Sorunu

Anonim şirket, kaçış klozuna başvurarak pay sahibine satın alma teklifi götürdüğü takdirde pay sahibinin satın alma teklifini (öneriyi) reddedip reddedemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde; ret hakkının bulunmadığı sadece bedele itiraz edilebileceği⁸⁵, öneri ifadesinin kullanılmasının yanlış olduğu ve şirketin kaçış klozuna başvurarak yenilik doğurucu bir hak kullandığını belirterek pay sahibinin ret hakkı olmadığı⁸⁶, payların gerçek değer üzerinden satın alınması teklifinin kanuni alım veya önalım hakkı değil, gerçek anlamda bir öneri olup reddedilmesinin mümkün olduğu⁸⁷ yönünde görüşler bulunmaktadır.

Kanun koyucu, kaçış klozuna ilişkin düzenlemelerinde “öneri”⁸⁸ ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Gerekçeden de öneri ifadesi ile kurucu yenilik doğurucu bir hakkı anlatmak istediği gibi bir sonuç çıkmamaktadır. Keza buna ilişkin bir açıklamada dahi bulunulmamıştır. Bu sebeple lafzi yorum işletilerek iradi devirler açısından “öneri” ifadesinin gerçek anlamda kullanıldığı ve bu önerinin reddinin veya kabulünün mümkün olduğu kanaatindeyiz. Keza payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi payı devretmeme hakkını da kapsamalıdır. Kanun koyucunun kaçış klozu ile yabancılaşmayı önlemek⁸⁹ istediği düşünüldüğünde de bu yorum isabetli olacaktır. Zira iradi devirlerde önerinin reddi ile mevcut pay sahibi bu sıfatını sürdürecektir ve anonim şirkette yabancılaşma olmayacaktır. Keza TTK m. 493/6’da devralanın bir ay içinde teklifi reddetmediği takdirde kabul ettiğinin varsayılacağı düzenlenmiştir⁹⁰. Bu madde de görüşümüzü destekler niteliktedir. Ancak payın kanuni olarak geçtiği hâller açısından kanun koyucunun “öneri” ifadesini kullanmasının hatalı olduğu ve yeni pay sahibinin (örneğin mirasçı) satın alma teklifini reddedemeyeceği kanaatindeyiz. Bizi bu düşünceye sevk eden ana sebep, iradi devir ile kanuni geçiş hâllerinin ayrı ayrı düzenlenmiş olmasıdır. Bu iki hâlin ayrı ayrı düzenlenmiş olması kanun koyucunun farklı sonuçların ortaya çıkmasını istediği yönünde değerlendirilmelidir. Kanun koyucunun yabancılaşmayı önleme amacı da düşünüldüğünde bu yorum isabetli olacaktır. Zira kanuni geçiş hâllerinde genellikle yeni pay sahibi, anonim şirketin pay sahipleri dışında birisi olmaktadır. Yeni pay sahibine ret hakkı tanındığı takdirde kanun koyucunun önlemek istediği yabancılaşma gerçekleşmiş olacaktır. Bu sebeple TTK m. 493/4’e göre pay sahipliği sıfatını kazanan kişiye karşı şirket teklifte bulunduğu takdirde bu kişinin ret hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir⁹¹.

SONUÇ

Çalışmada ele alınan sorunlar hakkında doktrinde, farklı görüşler ileri sürülmektedir. Görüş birliğinin olmamasının ana sebebi, kanun koyucunun ihdas ettiği kanun hükümleri ile kanunun gerekçesinin örtüşmemesidir. Kanun metninde kullanılan kelimeler, kanun koyucunun amacını yansıtmamaktadır. Örneğin TTK m. 493/4’e bakıldığı takdirde kanuni geçiş hâllerinin sınırlı sayma suretiyle belirlendiği anlaşılmaktadır. Zira benzeri hâllerin de hükmün kapsamına gireceğinin anlaşılmasını sağlayan bir ifade bulunmamaktadır. Ancak gerekçede, hükümde sayılan hâllerin sınırlı sayma suretiyle belirlenmediği ifade edilmektedir. Benzer şekilde kaçış klozuna ilişkin düzenleme esas sözleşmeyle sınırlandırma yan başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak TTK m. 493/1’e bakıldığı takdirde esas sözleşmede

⁸⁵ KARASU, s. 137.

⁸⁶ ERDEM, Ercüment: “Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK’nın Çözüm Önerileri”, *XXV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2012, s. 121-122.

⁸⁷ UZEL, s. 322-324; AKIN, s. 75-76; SEVİ, s. 297; ÇALIK, s. 55; YÜKSEL, s. 196. Satın alma teklifinin öneri niteliğinde olduğu yönünde bkz. BAKIR, s. 120.

⁸⁸ TTK m. 493/1’de “önererek” ve TTK m. 493/4’te “önerdiği” ifadelerine yer verilmiştir.

⁸⁹ TTK m. 493 gerekçesi.

⁹⁰ TTK m. 493/6: “Devralan, gerçek değeri öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde bu fiyatı reddetmezse, şirketin devralma önerisini kabul etmiş sayılır.”

⁹¹ Aynı yönde bkz. AKIN, s. 76. Aksi yönde bkz. YÜKSEL, s. 196; BAKIR, s. 123. Teklifi ret hakkının olmadığı yöndeki yorumun Anayasa m. 13’teki ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ve kanuni geçiş ile pay sahibi olan kişinin şirketin teklifini reddettiği takdirde pay defterine oy hakkından yoksun pay sahibi olarak kaydedilmesi gerektiği yönünde bkz. BOZKURT, *Bağlam*, s. 247-250.

öngörülme şartının sadece önemli sebep açısından arandığı, kaçış klozunu kapsamadığı yorumu yapılabilmektedir.

Hüküm ile gerekçenin uyuşmadığı örnekler olduğu gibi gerekçenin hiçbir açıklama getirmediği hükümler de bulunmaktadır. TTK m. 493/5 açısından durum böyledir. Ayrıca bu hükümde devralan ifadesi kullanılmak suretiyle payın gerçek değerinin tespiti davasını açacak kişiler, anlam verilemeyecek şekilde sınırlandırılmıştır. Burada kanun metninin İsviçre'den hatalarıyla birlikte alınması etkili olmuştur. Netice itibarıyla kaçış klozuna ilişkin kanun hükümleri, özensiz ve kanun koyucunun ulaşmak istediği amaca aykırı olarak düzenlenmiştir.

Çalışmada yapılan değerlendirmeler neticesinde; iradi devirler açısından kaçış klozunun kanuni bir teklifte öncelik hakkı olduğu, pay devirleri esas sözleşmede anonim şirketin onayına tabi tutulması hâlinde kaçış klozuna başvurulabileceği, kanuni geçiş hâllerinin kanunda sayılanlarla sınırlı olduğu, gerçek değer tespiti davasını ilgili pay sahibinin (iradi devirde devretmek isteyen, kanuni geçiş hâllerinde ise yeni pay sahibinin) açabileceği ve satın alma teklifinin iradi devirlerde reddedilebileceği ancak kanunda sayılan kanuni geçiş hâllerinde ise bu teklifin reddedilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKIN, Murat Yusuf: *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- AKSOY, Sema: *Anonim Şirketlerde Pay ve Payın Devri*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.
- ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2018.
- ATA, Özlem: “Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devri”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 16, Sayı 2, s. 1-29.
- BAHTİYAR, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- BAKIR, İpek Nur: *Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Esas Sözleşme ile Sınırlandırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2013.
- BOZKURT, Tamer: “Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Resmi Bir Makamın İznine Bağlanması ve Bu İznin Hukuki Niteliği Sorunu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 16, Prof. Dr. iur. Merih Kemal OMAĞ’a Armağan Cilt 1, s. 421-452.
- BOZKURT, Tamer: *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Bağlam).
- CENKÇİ, Esra: “TTK m. 493/1 Bağlamında Güncel Bir Sorun: Kaçış Klotunun Uygulanmasında Esas Sözleşme Dayanak”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2020, Cilt 36, Sayı 2, s. 85-118.
- ÇALIK, Zeynep: *Anonim Şirketlerin TTK m. 493 Uyarınca Satın Alma Önerisinde Bulunma Hakkı (Kaçış Klotu)*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- DEYNEKLİ, Hande Gizem: *Anonim Ortaklıklarda Pay Devrine İlişkin Kanuni Sınırlamalar*, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.
- DURAL, Mustafa / SARI, Suat: *Türk Özel Hukuku Cilt I*, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- ERDEM, Ercüment: “Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK’nın Çözüm Önerileri”, *XXV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2012, s. 97-127.
- İNCESU, Elif Bilge: “Anonim Şirketlerde Payın Devri ve Bağlam”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2019, Cilt 93, Sayı 6, s. 124-138.
- KARASU, Rauf: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt 12, Sayı 1, s. 127-148.
- KENDİGELEN, Abuzer: *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- KİRKİT, Ecem: “Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri Üzerinde Rehin Hakkının Kurulması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 71, Sayı 4, s. 1481-1507.
- NARBAY, Şafak: “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 201-251.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku II*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- SEVİ, Ali Murat: *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ŞENER, Oruç Hami: *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- TAŞDELEN, Nihat: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Ortaklık Pay Devrine Getirdiği Sınırlamalar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, s. 3351-3387.
- TENGİZ, Nazlı: “Anonim Ortaklıkta Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, Cilt 16, Sayı 185, s. 2383-2422.

- UÇAR, Sercan: *Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- UZEL, Necdet: *Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ÜNLÜTEPE, Mustafa: *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- YILDIZ, Şükrü: "Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418 f. 4'de Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı", *Makalelerim*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 601-633.
- YÜKSEL, Sinan H.: "Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu)", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Sayı 2, s. 159-217.



Karabağ Sorunu Çerçevesinde Azerbaycan'ın Savaş Tazminatı Talep Etme Hakkı^(*)



Azerbaijan's Right to Claim War Reparation in the Framework of the Karabakh Conflict

Arzu SADIGZADE



Doktora Öğrencisi

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Azerbaycan,
Ermenistan,
Karabağ Savaşı,
Devletin Sorumluluğu,
Savaş Tazminatı.*

Keywords

*Azerbaijan,
Armenia,
Karabakh War,
State Responsibility,
War Reparation.*

Öz

Savaş tazminatı, uygulanan uluslararası hukukta savaşa ilişkin hukuk kurallarının, diğer bir deyişle Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2. maddesinin 4. fıkrasıyla düzenlenen kuvvet kullanma yasağının ve uluslararası insancıl hukuk kurallarının ihlaline dayanmaktadır. Azerbaycan ve Ermenistan arasında gerçekleşen I. ve II. Karabağ savaşları sırasında Ermenistan, hem Azerbaycan devlet ülkesinin bir kısmını ele geçirerek kuvvet kullanma yasağını hem de bir dizi uluslararası insancıl hukuk kuralını ihlal etmiştir. Azerbaycan, Kasım 2020'de ele geçirilmiş topraklarını kurtarmış olsa da Ermenistan'ın sorumluluğu bertaraf edilmemiş ve Azerbaycan'ın 30 yılı yakın bir süre boyunca uğradığı zarar tazmin edilmemiştir. Bu çalışmada, Azerbaycan'ın, Ermenistan'dan savaş tazminatı talep etme hakkının hukuki çerçevesinin ele alınması amaçlanmaktadır.

Abstract

War reparations are based on violations of the norms of international law applicable to war, namely the prohibition of the use of force regulated by paragraph 4 of article 2 of the UN Charter and the norms of international humanitarian law. During the First and Second Karabakh wars between Azerbaijan and Armenia, Armenia violated both the prohibition of the use of force by occupying Azerbaijani territories and a number of norms of international humanitarian law during the war and during the occupation of the territories. Although Azerbaijan liberated its occupied territories in November 2020, Armenia's responsibility has not been eliminated and Azerbaijan has not been compensated for the damages it suffered for nearly 30 years. The purpose of this study is to analyse the legal framework of Azerbaijan's right to demand war reparations from Armenia.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 14.06.2023, Kabul Tarihi: 01.11.2023.

GİRİŞ

XX. yüzyılın sonlarına tekabül eden I. Karabağ Savaşı, Azerbaycan devlet ülkesinin % 20'sinin işgaliyle sonuçlanmış; 1994 yılında imzalanan ateşkes antlaşmasıyla da söz konusu savaş durdurulmuştur. Ancak imzalanan ateşkes antlaşmasına rağmen bölgede Azerbaycan ile Ermenistan arasında çatışmalar devam etmiştir. 27 Eylül 2020'de Ermenistan'ın temas hattına saldırması çatışmaları daha da tırmandırmış, bu sebeple de Azerbaycan, Birleşmiş Milletler (BM) Antlaşması'nın 51. maddesinden doğan meşru müdafaa hakkını kullanarak ele geçirilmiş devlet ülkesini kurtarmayı hedeflemiştir. 44 günlük savaş sırasında Ermeni güçleri tarafından hem savaş bölgesi hem de savaş dışı yerleşim yerleri hedef alınmış, söz konusu saldırılar sonucunda birçok sivil hayatını kaybetmiş ve pek çok zarar doğmuştur. Ayrıca Ermenistan, Azerbaycan'ın devlet ülkesinin bir kısmını 30 yıla yakın bir süre elinde tutması sebebiyle Azerbaycan'a hem maddi hem de manevi anlamda ciddi zararlar vermiştir.

I ve II. Karabağ Savaşları sırasında ve sonrasında Ermenistan'ın hukuka aykırı eylemlerinden dolayı Azerbaycan'ın uğradığı zararlar, Azerbaycan'a nakdi ve aynı olarak savaş tazminatı talep etme hakkı vermektedir. Bu çalışmada, Yukarı Karabağ sorunu çerçevesinde Azerbaycan'ın savaş tazminatı talep etme hakkı ele alınacaktır. Bu çerçevede, öncelikle tarihi süreçte savaş tazminatının gelişimi ve devletin uluslararası sorumluluğu çerçevesinde uygulanması incelenecektir. Daha sonra Yukarı Karabağ sorununun tarihi üzerinde kısaca durulacaktır. Son olarak ise Ermenistan'ın Karabağ Savaşları sırasında işlediği uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden doğan sorumluluğu irdelenerek Azerbaycan'ın, ortaya çıkan zararlardan dolayı savaş tazminatı talep etme hakkı değerlendirilecektir.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA SAVAŞ TAZMİNATI

A. Tarihi Süreçte Savaş Tazminatı

Modern uluslararası hukukta devletlerin sorumluluğu çerçevesinde verilen zararın tazmin edilmesinin bir türü olarak kabul edilen savaş tazminatının temeli, Antik Çağ'da uygulanan haraç geleneğine dayanmaktadır. Tek gerekçesi galibiyet olan ve kazanan tarafın takdirine bağlı olan haraç, hem savaş masraflarını karşılamak hem de mağlup tarafa cezai bir yaptırım uygulamak amacıyla uygulanmıştır. Günümüz tazminat uygulamasının aksine haraç geleneğinde, herhangi bir kusurun ve zararın varlığının aranmadığı anlaşılmaktadır¹.

XVIII. yy'dan itibaren, özellikle Napolyon Savaşlarının ardından savaş tazminatı artık ateşkes ve barış antlaşmalarında düzenlenmeye başlanmış ancak nitelik bakımından hâlâ hem savaş masraflarını karşılamak hem de mağlup devleti cezalandırmak için yapılan bir ödemeyi ifade etmiştir. Savaş tazminatının bu özellikleri XIX-XX. yy'a kadar devam etmiştir. Bu çerçevede, haksız savaşı başlatsın veya başlatmasın, mağlup taraf suçlu kabul edilmiş ve ceza olarak da bütün savaş masrafları ona yüklenmiştir. Bununla birlikte savaş tazminatı miktarı belirlenirken galip devletler, özellikle kendilerini ekonomik açıdan güçlendirmeyi, düşman tarafı da ekonomik ve askeri açıdan zayıflatmayı hedeflemiştirler².

Savaş tazminatı, kapsamlı olarak özellikle I. Dünya Savaşı'nın ardından imzalanan barış antlaşmalarında ele alınmıştır. Bu çerçevede, savaşın ardından 18.01.1919'da toplanan ve büyük devletlerin güç mücadelesi alanına dönüşen Paris Barış Konferansı'nda, devletler arasında mutabakata varılamayan en önemli sorunlardan biri savaş tazminatı meselesi olmuştur. Devletler arasında yaşanan bu anlaşmazlığın sebebi hem tazminatın toplam miktarının hem de söz konusu toplam miktardan her galip tarafın alacağı hissenin belirlenmesi ile ilgilidir³.

¹ ЕВГЕНЬЕВ, В. В.: *Международно-Правовое Регулирование Репараций После Второй Мировой Войны*, Изд. Юр. Литературы, Москва, (YEVGENYEV, V. V.: *Mejdunarodno-Pravovoye Regulirovaniye Reparacij Posle Vtoroy Mirovoy Voyni*, İzd. Yur. Literaturi, Moskva), 1950, s. 9-10; SEIDL-HOHENVELDERN, IGNAZ: "Reparations", *Encyclopedia of Public International Law*, North-Holland Publishing Company, New York, 1982, s. 178.

² YEVGENYEV, s. 14, 17-18.

³ ГОРОХОВ, В. Н.: *История Международных Отношений 1918-1939*, Изд. Московского Университета, Москва, (GOROXOV, V. N.: *İstoriya Mejdunarodnix Otnoşeniy 1918-1939*, İzd. Moskovskogo Universiteta, Moskva), 2004, s. 40-55.

Büyük tartışmaların ardından savaş tazminatı öncelikle Haziran 1919'da İtilaf Devletleri ile Almanya arasında imzalanan Versailles Antlaşması'nın VIII. bölümünde (*Reparations*) düzenlenmiştir. Galip devletler, daha önceki antlaşmalarda kullanılan savaş tazminatı (*war indemnity*) terimini, tazminat (*reparations*) olarak değiştirmişler, bununla da esas amaçlarının önceki uygulamalarındaki gibi mağlup devleti cezalandırmak olmadığını, sadece savaşa sebep olan devletlerin fiilleri sebebiyle ortaya çıkan zararların tazmin edilmesinin amaçlandığını öne sürmüşlerdir⁴. Savaş tazminatının düzenlendiği VIII. bölümde öncelikle 231. madde ile Almanya'nın ve müttefiklerinin saldırganlığı sebebiyle ortaya çıkan bütün zararlardan Almanya'nın ve müttefiklerinin sorumlu olduğu tespit edilmiş; 232. madde ile de Almanya'nın ödeme kapasitesi göz önünde bulundurularak tüm kayıpların ve zararların tazmin edilmesi için kaynaklarının yeterli olmadığı ve bu sebeple de sadece muayyen kategorilerdeki sivil zararların özellikle tazmin edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵. Versailles Antlaşması'nda sadece nakdi tazminatın değil aynı tazminatın ödenmesi de düzenlenmiştir. Bu bağlamda VIII. bölümün ekinde canlı hayvan, gemi, kömür gibi malzemelerin aynı tazminat olarak ele alındığı anlaşılmaktadır.

I. Dünya Savaşı'nın ardından imzalanan barış antlaşmalarında savaş tazminatı ile ilgili yapılan düzenlemelere bakıldığında gerçekten de I. Dünya Savaşı'nın ardından savaş tazminatının niteliğinin değiştiği, galip devletlerin amaçlarının mağlup devletleri cezalandırmak veya onları zayıflatmak olmadığı, aksine mağlup devletlerin ödeme kapasitesinin de dikkate alınarak savaşın ortaya çıkardığı zararların tazmin edilmesi olduğu anlaşılmaktadır.

Savaş tazminatı meselesinin ele alındığı bir diğer antlaşma da Lozan Barış Antlaşması olmuştur. Türkiye ile barış antlaşması hükümlerinin karşılaştırılması için Kasım 1922'de toplanan Lozan Konferansı'nın esas meselelerinden biri de Yunanistan ile Türkiye arasındaki savaş tazminatı sorunu olmuştur. Söz konusu konferansta Türkiye, Milli Mücadele'den sonra oluşan yeni durumla ilgili Yunanistan ile müzakerelere başlamıştır. Her ne kadar İtilaf Devletleri savaş sonucu ortaya çıkan zararlardan tarafların karşılıklı olarak vazgeçmelerini teklif etmiş olsalar da Türkiye, savaş sonucu ortaya çıkan askeri zararlardan ve giderlerden feragat edebileceğini fakat Türkiye'ye ve sivil halka verilen zararların tazmin edilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁶.

Lozan Konferansı'nda savaş tazminatı meselesi devam eden oturumlarda da müzakere edilmiş; Türkiye'nin isteklerine karşı Yunanistan, verdikleri zararların galibiyet kazandıklarında değil, geri çekilirken yani askeri zorunluluk çerçevesinde ortaya çıktığını, bunun yanı sıra savaşın Osmanlı Devleti tarafından başlatıldığını ve dolayısıyla onun sorumlu olduğunu ve Yunanistan'ın müttefiklerin çağrısı ile Anadolu'ya geldiğini ifade ederek, kendisinin de Türkiye'den savaş tazminatı talebinde bulunabileceğini açıklamıştır. Türkiye'nin Anadolu'dan Yunan halkını kovup onların mülklerini ele geçirdiğini ifade eden Yunanistan, söz konusu halkın kendisine sığınması sonucu Yunan hükümetinin hayli masraf yapmış olduğunu ve sonuç olarak Türkiye'nin de Yunanistan'a savaş tazminatı ödemesi gerektiğini bildirmiştir⁷.

İki devlet arasında gerçekleşen uzun müzakerelerin ardından Türkiye, 26.05.1923'teki oturumda Yunanistan'ın ödeme yükümlülüğüne razı olması ve ayrıca Karaağaç bölgesini de Türkiye'ye geri vermesine karşı savaş tazminatının nakdi olarak ödenmesini talep etmekten feragat ettiğini açıklamıştır⁸. Sonuç olarak, 24.07.1923'te imzalanan Lozan Barış Antlaşması'nın 59. maddesi ile Anadolu'da neden olduğu zararları tazmin etme yükümlülüğünün Yunanistan tarafından kabul edildiği, Türkiye'nin ise buna karşılık Yunanistan'ın ekonomik vaziyetini göz önünde bulundurarak savaş tazminatı talebinden feragat ettiği hükme bağlanmıştır. Her ne kadar Antlaşma'nın metninde bu husus belirtil-

⁴ SEIDL-HOHENVELDERN, s. 178.

⁵ Treaty of Peace with Germany (Treaty of Versailles), June 28, 1919, For. Rel. (Paris Peace Conference, XIII) Senate document 51, 66th Congress, 1st session.

⁶ DEMİR, Şerif: "Lozan Barış Antlaşması ve Türkiye-Yunanistan Arasındaki Tazminat Meselesi", *Yeni Türkiye*, 2017, Sayı 93, s. 563.

⁷ DEMİR, s. 563.

⁸ SONYEL, Salahi R.: "Lozan'da Türk Diplomasisi", *Belleten*, 1974, Cilt 38, Sayı 149, s. 101; MERAY, Seha L. (Çev.): *Lozan Barış Konferansı Tutanaklar Belgeler*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 2018 (Lozan), s. 285.

memiş olsa da konferans tutanaklarından Yunanistan'ın Türkiye'ye aynı tazminat olarak Karaağaç bölgesini verdiği anlaşılmaktadır⁹.

II. Dünya Savaşı'nın ardından da savaş tazminatı çeşitli konferansların konusu olmuş ve barış antlaşmalarında düzenlenmiştir. Henüz savaş sırasında toplanan Yalta Konferansı'nda Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) temsilcisi *Mayский*, I. Dünya Savaşı'nın ardından uygulanan savaş tazminatı sisteminin başarısızlığının esas sebebinin belirlenen miktarın yüksekliğinden kaynaklanmadığını, söz konusu tutarın Almanya'nın kolaylıkla ödeyebileceği bir tutar olduğunu vurgulamıştır. Bu başarısızlığın temel sebebi, savaş tazminatının nakdi olarak talep edilmiş olmasıdır ki Almanya, gerekli miktarda döviz bulmak zorunda kalmıştır. Bu sebeple de Alman markının dolara, franka veya sterline çevrilmesi konusunda transfer sorunları yaşanmış ve bu da savaş tazminatı uygulamasının başarısız olmasına sebep olmuştur¹⁰. Sonuç olarak *Mayский* bir tazminat planı sunmuştur. Söz konusu plana göre savaş tazminatının aynı olarak ödenmesi öngörülmüş olup¹¹, 11.02.1945'teki Konferans Protokolü'nde de Almanya'nın savaş sebebiyle Müttefik Devletlere verdiği zararın aynı olarak ödenmesine hükmedilmiştir¹².

Bu dönemde barış antlaşmalarında düzenlenen savaş tazminatının en temel özelliği, tazminat yükümlülüğü olan devletlerin ödeme kapasitesinin de dikkate alınması olmuştur. Her ne kadar I. Dünya Savaşı'nın ardından bu husus bazen dikkate alınmış olsa da II. Dünya Savaşı'nın ardından tazminat tutarları belirlenirken, tazminat ödemekle yükümlü olan devletlerin sadece kendi temel ihtiyaçlarını karşıladıktan sonra arta kalan kaynaklardan ödeme yapmaları beklenmiş ve bu husus bazı antlaşmalarda da savaş tazminatının bir ön şartı olarak belirtilmiştir¹³.

Soğuk Savaş döneminde her ne kadar devletler, savaşın sebep olduğu zararların tazmin edilmesi için savaş tazminatı uygulamasının artık bir uluslararası hukuk kuralı haline geldiğini kabul etmiş olsalar da tazminat ödemelerinde ortaya çıkan siyasi ve ekonomik zorluklar sebebiyle barış antlaşmalarında, devletlerin karşılıklı olarak savaş tazminatından vazgeçtikleri ya da söz konusu antlaşmalarda bu hususu ele almadıkları gözlemlenmiştir. Örnek olarak İngiltere, Falkland Savaşı'nın ardından Arjantin'in saldırıları sonucunda zarara uğradığını ve savaş tazminatı talep etme hakkının bulunduğunu ancak böyle bir talebin neden olacağı siyasi engeller sebebiyle bu hakkından feragat ettiğini bildirmiştir¹⁴.

Savaş tazminatı konusu BM Güvenlik Konseyi kararlarında da ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, Irak'ın Kuveyt'i işgalinin ardından BM Güvenlik Konseyi'nin aldığı 674¹⁵, 686¹⁶, 687¹⁷ ve 692¹⁸ sayılı kararlarda; Irak'ın işgal sonucu ortaya çıkan zararlardan sorumlu olduğuna ve tazminat yükümlülüğünün bulunduğuna hükmedilmiştir. Bununla birlikte, savaş tazminatı konusunda BM Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin her zaman hemfikir ol(a)madıkları dikkate alındığında böyle bir kararın çıkmasının zorluk teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple de silahlı çatışmalar sonucunda taraflar, tazminat konusunu ya kendi aralarında halletmeyi ya da Uluslararası Adalet Divanı (UAD) önüne getirmeyi tercih etmişlerdir. Örnek olarak, UAD'nin savaş tazminatına ilişkin verdiği en son kararlardan biri 09.02.2022 tarihli Kongo Topraklarındaki Silahlı Faaliyetler davası (Demokratik Kongo Cumhuriyeti /

⁹ Lozan Barış Antlaşması'nın Türkçe tam metni için bkz. MERAY, *Lozan*, s. 22.

¹⁰ САНАКОЕВ, Ш.П. / ЦЫБУЛЕВСКИЙ Б.Л.: *Тегеран - Ялта - Потсдам: Сборник документов*, 2-е изд., Изд. "Меж. Отношения", (SANAKOYEV, Ş. P. / TSIBULEVSKİY, B. L.: *Tegeran - Yalta - Potsdam: Sbornik Dokumentov*, 2-ye izd., İzd. Mej. Otnoşeniya), 1970, s. 126-127.

¹¹ SANAKOYEV / TSIBULEVSKİY, s. 116-124.

¹² GRENVILLE, John / WASSERSTEIN, Bernard: *The Major International Treaties of the Twentieth Century, A History and Guide with Texts*, Routledge, London and New York, 2013, s. 268.

¹³ SULLO, Pietro / WYATT, Julian: "War Reparations", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, par. 19.

¹⁴ SULLO / WYATT, par. 23-26.

¹⁵ UNSC Resolution UN Doc. S/RES/674 (1990), par. 8, 9 (<https://digitallibrary.un.org/record/100468?ln=ru>, ET: 05.11.2022).

¹⁶ UNSC Resolution UN Doc. S/RES/686 (1991), par. 2 (<https://digitallibrary.un.org/record/108110>, ET: 05.11.2022).

¹⁷ UNSC Resolution UN Doc. S/RES/687 (1991), par. 16-19 (<https://digitallibrary.un.org/record/110709?ln=ru>, ET: 05.11.2022).

¹⁸ UNSC Resolution UN Doc. S/RES/692 (1991), par. 3-9 (<https://digitallibrary.un.org/record/113598?ln=ru>, ET: 05.11.2022).

Uganda) kararı¹⁹ olmuştur. 19.12.2005 tarihli esasa ilişkin kararda UAD, II. Kongo Savaşı sırasında Uganda'nın; ülke bütünlüğünün ve egemenliğin ihlali, kuvvet kullanımı, işgal, askeri müdahale, insancıl hukuk ve insan hakları hukuku kurallarının ihlali gibi uluslararası hukuka aykırı fiilleri sebebiyle ortaya çıkan zarardan ötürü Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne tazminat ödemekle yükümlü olduğuna hükmetmiş²⁰; 09.02.2022 tarihli kararında da tazminatın tam miktarını belirlemiştir.

Kısacası, savaş tazminatı uzunca bir süre savaşı sona erdiren barış antlaşmalarına konu olmuştur. Ancak savaşın yasaklanması, geçirdiği değişim ve devletlerin kendi aralarındaki çatışmaları savaş olarak nitelendirmemeleri ve bu sebeple de barış antlaşmalarının imzalanmasının giderek azalan bir uygulamaya dönüşmesi, savaş tazminatının ya BM Güvenlik Konseyi kararlarında ya da UAD kararlarında ortaya çıktığını göstermektedir. Bununla birlikte savaş tazminatının barış antlaşmalarında düzenlenmesi, hâlâ uluslararası hukukta varlığını koruyan bir uygulamadır.

B. Devletin Uluslararası Sorumluluğu Bağlamında Savaş Tazminatı

Uygulanan uluslararası hukukta devletin uluslararası haksız eyleminden doğan sorumluluğu bağlamında onarım yükümlülüğünün bir alt türü olarak kabul edilen savaş tazminatı, herhangi bir uluslararası belgede düzenlenmemiştir. Yukarıda ele alınan BM Güvenlik Konseyi ve UAD kararlarından da anlaşılacağı üzere savaş tazminatı kavramı yerine genel olarak tazminat kavramının kullanılması tercih edilmektedir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) 2001 yılında kabul ettiği ve devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin en temel çalışma olan "Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilinden Doğan Sorumluluğu Taslak Maddeleri"²¹ ile -ister teorik isterse de pratik açıdan olsun- savaştan kaynaklanan sorunların çözümlerinin devletler arasındaki diğer uyuşmazlıkların çözümünden farklı bir şekilde değerlendirilmeyeceği açıkça gösterilmiştir. Bu bağlamda savaş tazminatı konusu da bir başka uluslararası haksız fiilin sonucunda olduğu gibi Taslak Maddelerin 31. maddesi (onarım) uyarınca sorumlu bir devletin sebep olduğu zararı onarma yükümlülüğü çerçevesinde ele alınacaktır²². 31. maddenin 2. fıkrasında, zararın her türlü maddi ya da manevi zararı kapsadığı belirtilmiştir²³. "Tazminat" başlıklı 36. maddenin 1. fıkrasında sorumlu devletin uluslararası haksız eylemi sebebiyle ortaya çıkan zararı, eski hale iade yöntemi ile onarımının mümkün olmadığı durumlarda tazmin etmesi gerektiği, 2. fıkrasında ise tazminatın, tespit edilebilen mahrum kalınan kazançlar da dahil olmak üzere mali olarak değerlendirilebilen her zarara şamil olduğu düzenlenmiştir²⁴.

Adı geçen maddelerden de anlaşılacağı üzere, tazminat kuramının işletilebilmesi için devletin uluslararası haksız fiilinin ve bu fiil sebebiyle ortaya çıkan zararın varlığı gerekmektedir. Ortaya çıkan zarar da sorumlu devletin söz konusu zararı onarma yükümlülüğüne yol açacaktır. Aşağıda bu hususlar üzerinde durulacaktır.

1. Uluslararası Hukuka Aykırı Fiil

Devlet tarafından uluslararası bir yükümlülüğün çiğnenmesinin²⁵ veya uluslararası hukuka aykırı bir eylemin gerçekleştirilmesinin devletin sorumluluğunu doğuracağı, uluslararası hukukun yerleşmiş

¹⁹ UAD, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, T. 09.02.2022 (<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/116/116-20220209-JUD-01-00-EN.pdf>, ET: 05.11.2022).

²⁰ UAD, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, T. 19.12.2005, par. 259 (<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>, ET: 15.11.2022).

²¹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, yearbook of the ILC, Cilt II, Part Two, 2001.

²² GATTINI, Andrea: "The UN Compensation Commission: Old Rules, New Procedures on War Reparations", *European Journal of International Law*, 2002, Cilt 13, Sayı 1, s. 162.

²³ Taslak Maddelerin İngilizce metninde 31. maddede onarım yükümlülüğü için *reparation* kelimesi, 36. maddede de onarım yükümlülüğünün bir türü olan tazminat için *compensation* kelimesi kullanılmıştır. Bkz. "Draft Articles..."

²⁴ Taslak Maddelerin Türkçe Tercümesi için bkz. ERKİNER, Hakkı Hakan: *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 307-327.

²⁵ PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri, III. Kitap*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 155.

bir ilkesi²⁶ olmakla birlikte bu husus, Taslak Maddelerin 1. maddesiyle de teyit edilmektedir. Savaşla ilgili hukuk, kuvvet kullanımına ilişkin hukuk kurallarını (*jus ad bellum*) ve insancıl hukuk kurallarını (*jus in bello*) içerir²⁷. Savaş tazminatı talebi de doğal olarak savaşla ilgili uluslararası hukuk kurallarının ihlalinin doğan sorumluluğa dayandığından, söz konusu iki kuralın ihlalinin ele alınması faydalı olacaktır.

Uluslararası hukukta saldırganlık ve yayılcılık olarak kabul edilen kuvvet kullanımı²⁸, BM Antlaşması'nın 2. maddesinin 4. fıkrasıyla²⁹ yasaklanmış olup söz konusu kuralın ihlalinin devletin sorumluluğunu doğurduğu ve diğer uluslararası hukuk ihlallerinde olduğu gibi tazminat yükümlülüğü gibi yasal sonuçlarının olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, özellikle BM Güvenlik Konseyi'nin Kuveyt'in işgali ile ilgili kararlarında *jus ad bellum*'un ihlalinin doğan sorumluluk ve tazminat yükümlülüğü örnek olarak gösterilebilir. Irak'ın 02.08.1990'da Kuveyt'i işgal etmesinin ardından BM Antlaşması'nın VII. bölümü bağlamında hareket eden BM Güvenlik Konseyi, aldığı 674 sayılı kararında işgal sonucunda ortaya çıkan her türlü zarardan Irak'ın sorumlu olduğunu vurgulamış³⁰, daha sonra aldığı 687 sayılı kararla ise söz konusu zararlara çevreyle ilgili zararları ve doğal kaynakların tüketilmesini de dahil ederek Irak'ın tazminat ödemesi gerektiğini belirtmiştir³¹. Anlaşılabacağı üzere BM Güvenlik Konseyi, Irak'ın sorumluluğunu ve tazminat ödeme yükümlülüğünü kuvvet kullanma yasağının ihlaline dayandırmıştır. Bununla birlikte, 687 sayılı kararda “çevreyle ilgili zararın ve doğal kaynakların tüketilmesi”nin (par. 16) de sorumluluğa dahil edilmesi, bazı yazarlar tarafından insancıl hukuk kurallarının ihlali olarak değerlendirildiğinden, literatürde tartışmalara sebep olmuştur³².

Uluslararası insancıl hukuk çerçevesinde savaş sırasında özel kişilerin, devletin ya da kamu kuruluşlarının taşınır ve taşınmaz mallarının askeri gereklilik dışında işgalci devletçe imhası yasaklanmıştır³³. Bununla birlikte uluslararası hukuk, saldırgan bir devletin “haksız” bir savaşan olarak askeri gereklilik ilkesine dayanarak sorumluluktan kurtulmasına izin vermemektedir³⁴. Bunun yanı sıra *Greenwood*'a göre, hukuku ihlal ederek kuvvet kullanılmasına karşılık vermek, bu ihlalin öngörülebilir bir neticesi olduğu için saldırıya maruz kalan devletin verilen karşılık çerçevesinde hukuka uygun eylemlerinden doğan zarardan da işgalci devletin sorumlu tutulmasına yol açacaktır. 687 sayılı karar da bu yaklaşımı benimsemektedir³⁵. Böylelikle, haksız yere kuvvet kullanan işgalci devlet, savaş veya silahlı çatışma boyunca insancıl hukuk kurallarına riayet etmiş olsa da kuvvet kullanma yasağını ihlal ettiği için hem kendi hukuka uygun veya aykırı fiillerinden hem de saldırı mağduru devletin hukuka uygun fiillerinden doğan her türlü zarardan sorumlu tutulacaktır. Böylece haksız yere kuvvet kullanan işgalci devletin, tazminat ödemesine de hükmedilebilecektir.

Savaşla ilgili hukuk kurallarının diğer bir dalı olan ve savaşın etkilerini en aza indirmek amacıyla savaşanlara ve sivillere yönelik davranışları düzenleyen³⁶ insancıl hukuk kurallarının veya silahlı ça-

²⁶ WOLFRUM, Rüdiger: “Internationally Wrongful Acts”, *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt X, North-Holland Publishing Company, New York, 1982 (Internationally Wrongful), s. 271.

²⁷ LOW, Luan / HODGKINSON, David: “Compensation for Wartime Environmental Damage: Challenges to International Law After the Gulf War”, *Virginia Journal of International Law*, 1995, Cilt 35, s. 412.

²⁸ BOZKURT, Enver: *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı*, 3. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2007, s. 13.

²⁹ Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 1945 (<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, ET: 15.11.2022).

³⁰ UN Doc. S/RES/674 (1990), par. 8.

³¹ UN Doc. S/RES/687 (1991), par. 16, 18.

³² LOW / HODGKINSON, s. 412.

³³ Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949, art. 53 (<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949>, ET: 15.11.2022).

³⁴ GATTINI, s. 177.

³⁵ GREENWOOD, Christopher: *International Humanitarian Law and the Laws of War, Preliminary Report for the Centennial Commemoration of the First Hague Peace Conference 1899*, London School of Economics and Political Science, London, 1998, s. 15.

³⁶ TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur: *İnsancıl Hukuka Giriş*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 1.

tışma hukuku kurallarının ihlali sonucunda da şüphesiz devletin sorumluluğu doğacaktır³⁷. Örneğin, IV. No.lu La Haye Sözleşmesi'nin³⁸ 3. maddesi ve 1949 Cenevre Sözleşmelerinin Ek I No.lu Protokolü'nün³⁹ 91. maddesinde söz konusu antlaşma hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda sorumlu devletin gerektiği halde tazminat ödemekle yükümlü olduğu, bunun yanı sıra çatışan tarafın kendi askeri kuvvetlerinin bütün eylemlerinden sorumlu olduğu düzenlenmiştir. İnsancıl hukuk kurallarının ihlalin-den doğan devletin sorumluluğu bir dizi antlaşmalarda düzenlenmiş olsa da tazminat yükümlülüğü, özellikle söz konusu iki antlaşmada öngörülmüştür. Bu bağlamda, tazminat yükümlülüğü ile ilgili yapılan genel düzenleme insancıl hukuk kuralları bağlamında yapılan düzenlemelerden daha geniş olup söz konusu husus, özellikle UAD kararlarında da fark edilmektedir. Şöyle ki mahkeme, insancıl hukuk kurallarının ihlalleri ile ilgili olan davalarda bile tazminat yükümlülüğünü insancıl hukuk çerçevesinde yapılan düzenlemelere değil genel tazminat yükümlülüğüne dayandırmaktadır⁴⁰.

2. Zarar

Taslak Maddelerin 31. ve 36. maddelerinden anlaşılacağı üzere devletin sorumluluğu çerçevesinde tazminat yükümlülüğü, uluslararası haksız fiil sonucu ortaya çıkan zarara bağlıdır. Uluslararası hukukta zarar, bir ihlal sonucu kişilerinin haklarında ortaya çıkan bir eksilme olarak ifade edilmektedir⁴¹. Kısacası, bir zararın oluşması için uluslararası haksız eylem sonucunda mağdur bir devletin uluslararası hukuk çerçevesinde korunan hak ya da menfaatinin zarar görmesi ve bunun neticesinde de hasarın ve kaybın oluşması gerekmektedir⁴².

Uluslararası hukukta doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı yapılmakla birlikte devletin uluslararası sorumluluğuna yol açacak zararın, uluslararası haksız fiilin sebep olduğu doğrudan zarar olması gerektiği kabul edilmektedir. Doğrudan zararlar dolaylı zararın birbirinden ayrılması zor olmakla birlikte genel olarak doğrudan zarar, bir hukuk kuralının ihlalin-den doğan kaçınılmaz bir sonuç olarak oluşan zarardır. Bu doğrudan zarardan doğan ikincil zarar da dolaylı zarar olarak kabul edilmektedir⁴³.

Devletin sorumluluğunu ortaya çıkaran zararın bir türü olarak kabul edilen savaş zararı kavramıyla da uluslararası hukuk literatüründe karşılaşılmaktadır. Savaş zararının uluslararası hukukta bir tanımını bulunmamasıyla birlikte özellikle, I. Dünya Savaşı'nın ardından imzalanan barış antlaşmalarından anlaşılacağı üzere savaş zararı, savaş ve savaşın neden olduğu zarar arasında illiyet bağının bulunması koşuluyla savaşa ilişkin her türlü zararı ifade etmektedir⁴⁴.

Zararın doğrudan ve dolaylı olarak ikiye ayrılmasının yanı sıra savaş zararları da doğrudan ve dolaylı olarak ikiye ayrılabilir. Doğrudan zarar verme yöntemleri olarak insanları öldürmek veya yaralamak, binalara zarar vermek vs. için uygun silahların kullanılması öne çıkmaktadır⁴⁵. Bununla

³⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 342-352; DÜLGER, Kenan: *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 109-116; TÜTÜNCÜ, s. 184-185.

³⁸ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907 (<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907?activeTab=default>, ET: 15.11.2022).

³⁹ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201125/volume-1125-i-17512-english.pdf>, ET: 15.11.2022).

⁴⁰ DARCY, Shane: *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, s. 250.

⁴¹ BOZKURT, Enver / POYRAZ, Yasin / ERDAL, Selcen: *Devletler Hukuku*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 283.

⁴² ERKİNER, Hakkı Hakan / KAVAK, Muhammed Halid: "Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerarası Zararlara Yönelik Tazminatın Belirlenmesi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2022, Cilt 7, Sayı 1, s. 8.

⁴³ LOW / HODGKINSON, s. 458.

⁴⁴ РАЙХЕР, В. К.: "Правовые Вопросы Репараций", *Ученые Записки, Серия Юр. Наук, Выпуск: 1, Изд. ЛГУ, Ленинград*, (RAYKHER, V. K.: "Pravoviye Voprosi Reparaciy", *Uçeniy Zapiski, Seriya Yur. Nauk, Vıpusk: 1, İzd. LGU, Leningrad*), 1948, s. 112-113.

⁴⁵ STEINKAMM, Armin A.: "War Damages", *Encyclopedia of Public International Law, Cilt IV*, North-Holland Publishing Company, New York, 1982, s. 299.

birlikte ilgili silahların orantısız bir şekilde kullanılması, diğer bir ifade ile ölçülülük ilkesinin aşılması durumlarında da ortaya çıkan zarar devletin sorumluluğuna yol açmaktadır.

Dolaylı zarar ise ticaret kanallarının kapatılması, iletişim veya tedarik imkânlarının kesilmesi yöntemiyle düşman tarafın temel varoluş ihtiyaçlarının kısıtlanmasıyla ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede hukuk kuralının ihlali ile oluşan savaş zararı arasında nedensellik bağının kanıtlanabilir olması önemli bir husustur⁴⁶.

3. İhlalin Devlete İsnat Edilmesi

Uluslararası hukukta sorumluluğun işletilmesinin koşullarından biri, uluslararası haksız fiilin (eylem veya ihmal) uluslararası hukuk kişisine atfedilmesidir⁴⁷. Taslak Maddelerin 2. maddesinde de uluslararası haksız fiilin bir unsuru olarak düzenlenen atfedilebilirlik, bir uluslararası hukuk kuralı ihlalinin devletin sorumluluğunu doğurması için devlete atfediliyor olması, diğer bir ifade ile devletle bu ihlal arasında illiyet bağının kurulması anlamına gelmektedir. Genel kurala göre devlet adına hareket eden kişilerin, kuruluşların veya organların davranışları devlete atfedilmektedir. Devletin organı olmasa bile devlet tarafından yetkilendirilmiş kişi ve organların eylemleri de devlete atfedilebilmektedir⁴⁸. Bununla birlikte, bahsi geçen kişilerin eylemlerinin devlete isnat edilebilmesi için bu kişilerin üst düzey devlet yetkilisi olup olmadıkları veya söz konusu eylemlerin devletin kendi ülkesinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, devletin sorumluluğunun ortaya çıkması bakımından herhangi bir etki etmeyecektir⁴⁹.

Yukarıda bahsi geçen Cenevre Sözleşmelerinin Ek I No.lu Protokolü'nün 91. maddesinde ve IV No.lu La Haye Sözleşmesi'nin 3. maddesinde devletin silahlı güçlerinin savaş veya silahlı çatışma sırasında yetkili olup olmadığına ya da talimatları aşıp aşmadığına bakılmaksızın uluslararası hukuka aykırı olan her türlü eylemlerinden devletin sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir⁵⁰. Devletin askeri kuvvetleri, devletin yürütme gücünün⁵¹ bir parçası olduğundan söz konusu maddelerin Taslak Maddelerin hükümleriyle uyumlu olduğu açıktır⁵². Bu hüküm askeri kuvvetlerin gayri resmî olarak veya yetkileri olmadan yaptıkları eylemlerinden doğan sorumluluğunun da devlete atfedilebileceğini göstermektedir⁵³. UAD tarafından Kongo Topraklarındaki Silahlı Faaliyetler davasına ilişkin 19.12.2005 tarihli kararda bu kuralın örf-adet hukuku kuralı olduğu belirtilmiştir⁵⁴.

4. Zararın Tazmini

Uluslararası hukukta haksız bir fiil sonucu başkasının hakkını veya menfaatini ihlal eden ve bu sebeple de sorumlu bulunan uluslararası hukuk kişisi, oluşan zararı gidermekle yükümlüdür⁵⁵. Onarım

⁴⁶ STEINKAMM, s. 299.

⁴⁷ WOLFRUM, *Internationally Wrongful*, s. 272.

⁴⁸ AKSAR, Yusuf: *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 205-206.

⁴⁹ AKSAR, s. 206.

⁵⁰ KALSHOVEN, Frits: "State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces: From Article 3 of Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 and Beyond", *The International and Comparative Law Quarterly*, 1991, Cilt 40, Sayı 4, s. 837.

⁵¹ Konuya ilişkin uluslararası hakem kararlarının örnekleri için bkz. UZUN, Elif: *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 84-85.

⁵² VENTURINI, Gabriella: "International Humanitarian Law and the Conduct of Hostilities in the Case-Law of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission", (Ed.) GUTTRY, Andrea de / POST, Harry H. G. / VENTURINI, Gabriella: *The 1998-2000 Eritrea - Ethiopia War and Its Aftermath in International Legal Perspective, From the 2000 Algiers Agreements to the 2018 Peace Agreement*, 2. Baskı, Springer, The Netherlands, 2021, s. 354.

⁵³ GREENWOOD, Christopher: "State Responsibility and Civil Liability for Environmental Damage Caused by Military Operations", (Ed.) GRUNAWALT, R. / KING, J. / MCCLAIN, R.: *Protection of the Environment During Armed Conflict*, International Law Studies, Cilt 69, 1996, s. 401.

⁵⁴ ICJ: Reports of Judgments, Democratic Republic of the Congo v. Uganda, Judgment of 19 December 2005, par. 214.

⁵⁵ WOLFRUM, Rüdiger: "Reparation for Internationally Wrongful Acts", *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt X, North-Holland Publishing Company, New York, 1982, s. 352.

yükümlülüğünün türleri Taslak Maddelerin 34. maddesinde eski hale iade, tazminat ve tatmin olarak belirtilmiştir.

Savaş tazminatı, uygulanan uluslararası hukukta devletin sorumluluğundan doğan genel tazminat yükümlülüğünün bir türü olarak ortaya çıkmaktadır. Taslak Maddelerin 36. maddesinde düzenlenen tazminat, zararın giderilmesinin eski hale iade yöntemiyle mümkün olmadığı hallerde başvurulacak bir yöntemdir. Bu bağlamda tazminat, ihlal sonucu ortaya çıkan ve finansal olarak ölçülebilen bir zararın mali anlamda giderilmesini ifade etmektedir⁵⁶.

Onarım türleri arasında tazminat, zararın giderilmesi için en sık başvurulacak ve en uygun olduğu kabul edilen yöntemdir⁵⁷. Örneğin, *Gabcikovo-Nagymaros* Projesi davasında Mahkeme, zarar gören bir devletin zarara uluslararası haksız fiili ile sebep olan devletten tazminat talep etmesinin, uluslararası hukukun yerleşik bir kuralına dönüştüğünü ifade etmiştir⁵⁸. Tazminat yükümlülüğünün esas amacı, oluşan zararın veya hasarın tam ve eksiksiz bir şekilde giderilmesidir. Cezaî değil aksine telafi edici bir özelliği bulunan tazminatın, zararlar orantısız olarak ve aşırı miktarda talep edilip, sorumlu devleti cezalandırma amacıyla belirlenmemesi gerekmektedir⁵⁹.

Uluslararası hukukta tam tazminat ilkesi bağlamında tazminatın, zararın mümkün olduğu kadar tam bir şekilde giderilmesini sağlayacak biçimde belirlenmesi kabul edilmektedir. Her ne kadar zararın tamamının tazmin edilmesi her durumda mümkün olmasa da yine de belirlenecek tazminatın zarardan eksik kalmaması hedeflenmektedir. Burada esas amaç, zararın oluşumundan önceki durumun mümkün olan en iyi biçimde onarılmasıdır. Ayrıca tazminatın belirlenmesi sürecinde sorumlu devletin ödeme kapasitesi de önem arz etmektedir. Bu husus UHK'nın Taslak Maddeleri hazırlık sürecinde ele alınmıştır. Nihai metinde böyle bir düzenlemenin yer almaması kararlaştırılmış olsa da uygulamada, tazminatın belirlenmesi sırasında sorumlu devletin ödeme kapasitesinin de dikkate alındığı gözlemlenmektedir⁶⁰.

Tazminatın belirlenmesi sırasında zararın türü ve niteliği de dikkate alınmaktadır. Diğer bir ifade ile ihlal edilen hukuk kuralının yapısı veya söz konusu ihlalin devam edip etmediği gibi hususlar da tazminatı etkilemektedir. Bununla birlikte, mağdur devletin tutumu ve davranışları da dikkate alınmaktadır. Taslak Maddelerin 39. maddesinde düzenlenen bu hususa mağdur devletin kasıtlı olarak veya ihmal sonucu oluşan zarara katkı sağlaması da tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaktadır. Bunun yanı sıra, mağdur devletin oluşan zararı herhangi bir şekilde ağırlaştırmaması beklenmektedir. Böyle bir kasti ağırlaştırma veya kötüleştirme, mağdur devletin tazminat talep etmesini engelleyecektir⁶¹. Diğer bir ifade ile sorumlu devletin tazminat yükümlülüğü, mağdur devletin kası veya ihmali sonucunda artacak olan zararı kapsamayacaktır.

II. TARİHİ SÜREÇTE KARABAĞ SORUNU

Tarihi oldukça geriye uzanan Yukarı Karabağ sorunu, özellikle XX. yy'ın ikinci yarısında belirginlik kazanmıştır. 1988 yılının Şubat ayında SSCB dahilinde Azerbaycan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'ne (ASSC) bağlı bir özerk bölge olan Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi'ndeki (DKÖB) ayrılıkçı güçlerin Ermenistan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nden (ESSC) aldıkları destek ile ASSC'den ayrılarak ESSC'ye bağlanmak için gerçekleştirdikleri mitingler, grevler ve diğer eylemler sonucunda Yukarı

⁵⁶ GILLARD, Emanuela-Chiara: "Reparation for Violations of International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, 2003, Cilt 85, Sayı 851, s. 531.

⁵⁷ CRAWFORD, James: *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 571.

⁵⁸ UAD, *Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, T. 25.09.1997, par. 152 (<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>, ET: 29.11.2022).

⁵⁹ ERKİNER / KAVAK, s. 17.

⁶⁰ ERKİNER / KAVAK, s. 17-19.

⁶¹ ERKİNER / KAVAK, s. 21-23.

Karabağ sorununun aktif aşaması başlamıştır⁶². 20 Şubat 1988'de Dağlık Karabağ Bölge Sovyeti tarafından DKÖB'nin Ermenistan ile birleştirilmesi hakkında karar kabul edilmiş, ancak 1977 SSCB Anayasası'na⁶³ aykırı olması sebebiyle söz konusu karar, SSCB Yüksek Sovyeti tarafından onaylanmamıştır. Bu kararla Ermenilerin DKÖB'yi Azerbaycan'dan tek taraflı olarak ayırma eylemleri başlamıştır⁶⁴. Ardından 12.07.1988 tarihinde hukuka aykırı bir şekilde DKÖB'nin ASSC'den ayrılma kararı alınmış, ancak bu karar da yine Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle SSCB Yüksek Sovyeti tarafından onaylanmamıştır⁶⁵.

SSCB'nin dağılması sürecinde bundan faydalanan Ermeniler, 02.09.1991 tarihinde Dağlık Karabağ Cumhuriyeti'nin (DKC) kurulduğunu ilan etmiş, Ağustos 1991'de SSCB'den bağımsızlığını ilan eden Azerbaycan ise 26.11.1991 tarihli kanunla⁶⁶ Dağlık Karabağ'ın özerkliğini kaldırdığını açıkça bildirmiştir. Bunun ardından, 10.12.1991'de Dağlık Karabağ'da yalnızca Ermenilerin katıldığı referandum yapılmıştır. Referandumda DKC'nin Azerbaycan'dan bağımsızlığı yönünde oy kullanılmış, Ocak 1992'de de DKC'nin Azerbaycan'dan bağımsızlığı ilan edilmiştir⁶⁷.

SSCB'nin dağılmasıyla bağımsızlıklarını kazanan Azerbaycan ve Ermenistan arasındaki çatışma bir savaş haline dönüşmüştür. Özellikle 1992 yılında sözde DKC'nin ilan edilmesi, çatışmaları tırmandırmıştır. Ermeniler Azerbaycan sınırlarını ihlal ederek, Azerbaycanlıları katletmiş ve ciddi insan hakları ihlalleri gerçekleştirmiştir. En şiddetli olaylar, 25.02.1992 ve 26.02.1992 tarihlerinde Hocalı'da yaşanmıştır. Ermeni güçleri 366. Rus Motorize Alayı'nın desteği ile Hocalı'ya saldırarak şehirde bir katliam gerçekleştirmiştir. Hocalı katliamı neticesinde 613 sivil vahşice öldürülmüş, 487 kişi yaralanmış, 1275 kişi de rehin alınmıştır. Hocalı'nın düşmesi Azerbaycan için önemli bir stratejik ve askeri kayıp teşkil etmiştir⁶⁸.

Hocalı'nın ardından 8 Mayıs'ta Ermeni kuvvetleri bölgenin kontrolü için önemli bir stratejik mevki olan Şuşa'yı ele geçirmiştir. Şuşa'nın alınmasıyla birlikte Yukarı Karabağ'ın neredeyse tamamı Ermenilerin eline geçmiştir. Ardından da Ermenistan ile Yukarı Karabağ arasında bir köprü görevi oluşturan Laçın ele geçirilmiştir. Laçın ve Şuşa'dan sonra Ermeniler, Yukarı Karabağ'ın dışına çıkarak Azerbaycan'ın yedi bölgesini daha almıştır. Bunun ardından BM Güvenlik Konseyi, aldığı kararlarla taraflar arasında ateşkesin imzalanması, askeri güçlerin bölgeden çekilmesi, Azerbaycan'ın ülke bütünlüğünün tesis edilmesi konusunda çağrıda bulunmuş olsa da sahadaki durum değişmemiştir⁶⁹.

Genel olarak, 1991 yılından başlayarak çatışmanın sonlandırılması ve ateşkesin imzalanması için Rusya, Kazakistan, İran gibi devletler arabuluculuk girişimlerinde bulunmuş olsa da Ermenistan saldırgan eylemlerine devam etmiştir. Bunun yanı sıra, her iki devletin 1992 yılında Avrupa Güvenlik ve

⁶² АЛИЕВ, Намиг, "Армяно-Азербайджанский Нагорно-Карабахский Конфликт в Контексте Международного Права", *Кавказ&Глобализация*, Том 1(2), (ALİYEV, Namig: "Armano-Azerbaydjanskiy Nagorno-Karabakhskiy Konflikt v Kontekste Mejdunarodnogo Prava", *Kavkaz&Globalizaciya*, Tom 1(2)), 2007, s. 20.

⁶³ 1977 SSCB Anayasası'nın 72. maddesinde sadece birlik cumhuriyetlerin SSCB'den serbestçe ayrılma haklarının bulunduğu düzenlenmiş olup, özerk bölgelerin böyle hakları bulunmamaktadır. 1977 SSCB Anayasası'nın Rusça tam metni için bkz. КОНСТИТУЦИЯ СССР Принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета СССР девятого созыва 7 октября 1977 г., (KONSTITUSIYA SSSR Prinata na vneocerednoy sedmoy sessii Verhovnogo Soveta SSSR devatogo soziva 7 oktyabra 1977 g., <https://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1977.htm>, ET: 04.12.2022).

⁶⁴ МАММАДОВ, Ильгар / МУСАЕВ, Тофик: *Армяно-Азербайджанский Конфликт, История, Право, Посредничество*, 2-е изд, Баку, (MAMMADOV, İlgar / MUSAYEV, Tofik: *Armano-Azerbaydjanskiy Konflikt, İstoriya, Pravo, Posredničestvo*, 2-ye izd, Baku), 2008, s. 57.

⁶⁵ ABDULLAHZADE, Cavid: *Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014 (Hukuki Yönleriyle), s. 74.

⁶⁶ "Azərbaycan Respublikasının Dağlıq Qarabağ Muxtar Vilayətini ləğv etmək haqqında" Azərbaycan Respublikası Qanununun qüvvəyə minməsi qaydası barəsində Azərbaycan Respublikası Ali Sovetinin Qərarı, Sayı 280-XII, Bakı şəhəri, 26 noyabr 1991-ci il (<https://e-qanun.az/framework/6784>, ET: 19.12.2022).

⁶⁷ ABDULLAHZADE, *Hukuki Yönleriyle*, s. 77-78.

⁶⁸ CROISSANT, Michael P.: *The Armenia - Azerbaijan Conflict, Causes and Implications*, Praeger, Westport, London, 1998, s. 77-78.

⁶⁹ NESIROVA, Aynur: "Economic Results of the Karabakh War: Plundering in the Territories of Azerbaijan During the Occupation Period", *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, 2022, Cilt 5, Sayı 2, s. 260.

İşbirliği Teşkilatına katılmasıyla sorun, teşkilatın gündemine de taşınmış ve Minsk Konferansı'nda arabuluculuk çalışmaları da başlamıştır⁷⁰. Bütün bu girişimler ancak 1994 yılında bir sonuç vermiş ve taraflar arasında Mayıs 1994'te ateşkes antlaşması imzalanmıştır. "Bişkek Protokolü" olarak adlandırılan bu antlaşmayla 12 Mayıs'tan itibaren de iki devlet arasında ateşkes rejimi uygulanmaya başlanmıştır. Ateşkes rejiminin uygulanması sonucunda Ermenistan'ın işgalci saldırıları ve iki devlet arasındaki savaş resmen durdurulmuştur. Her ne kadar 1994'ten itibaren ateşkes ihlalleri sık sık yaşanmış ve her iki taraftan da çok sayıda sivil ve asker ölmüş ve yaralanmış olsa da söz konusu ateşkes, iki devlet arasında uygulanan en uzun ateşkes antlaşması olmuştur⁷¹.

I. Karabağ Savaşı olarak bilinen bu savaş sonucunda Azerbaycan'ın önemli bir kısmı, üzerinde bulunan 890 şehir, köy ve yerleşim yerleriyle birlikte ele geçirilmiş; yaklaşık bir milyon insan mülteci durumuna düşmüş, 20.000'e yakın kişi hayatını kaybetmiş, 50.000'e yakın kişi çeşitli derecelerde yaralanmış, 5.000'e yakın kişi de kaybolmuştur. İlk araştırmalarda I. Karabağ Savaşı sonucunda Azerbaycan'a verilen zararın 60 milyar ABD doları olduğu tespit edilmiştir⁷².

Daha önce de ifade edildiği gibi, 1994 yılından itibaren her ne kadar taraflar arasında imzalanan bir ateşkes antlaşması bulunsa da Ermenistan, saldırgan politikasına devam etmiştir. Nisan 2016'da Ermenistan ateşkes antlaşmasını ihlal ederek Azerbaycan'ın sivil yerleşim yerlerine saldırmaya başlamış ve 4 gün süren bu çatışmada Azerbaycan, saldırılara karşılık vererek ele geçirilmiş bazı bölgeleri kurtarmayı başarmıştır⁷³. Ardından Ermenistan Temmuz 2020'de önce Azerbaycan'ın Tovuz iline saldırmış, daha sonra 27 Eylül sabah saatlerinde Ermenistan silahlı kuvvetleri, geniş çaplı bir provokasyon başlatarak cephe hattındaki Azerbaycan ordu mevzilerine ve sivil yerleşim yerlerine büyük kalibreli silahlar ve toplarla ateş açmıştır⁷⁴. II. Karabağ Savaşı'nda Ermenistan silahlı kuvvetleri saldırgan politikasına devam etmiş ve cephe hattından uzakta olan sivil yerleşim yerlerine ateş açmış, ayırım gözetmeden kamu binalarını, dükkan ve konutları hedef almıştır. Ermenistan'ın bu savaştaki sivil kayıplara sebep olan eylemleri sonucunda Azerbaycan'da 93 sivil hayatını kaybetmiş, 454 sivil yaralanmıştır⁷⁵.

27 Eylül-9 Kasım 2020 tarihleri arasında devam eden 44 günlük savaşta Azerbaycan; Füzuli, Zengilan, Kubadlı, Cebraillillerini, bunlara bağlı olan bir grup köyü; Terter, Hocalı, Laçın illerine bağlı bir grup köyü ve yerleşim yerini kurtarmıştır⁷⁶. 8 Kasım 2020'de Şuşa'nın kurtarılmasıyla Ermenistan, mağlubiyetini kabul etmiş ve taraflar arasında Rusya'nın arabuluculuğu ile 10 Kasım'da ateşkes antlaşması imzalanmıştır⁷⁷.

Devletler arasında savaşı resmi olarak durduran bir ateşkes antlaşması imzalanmış olsa da Ermenistan silahlı güçlerinin Azerbaycan topraklarına karşı saldırıları devam etmiş ve bölgede istikrar sağlanamamıştır. 12-14 Eylül 2022 tarihlerinde Ermenistan silahlı kuvvetlerinin gerçekleştirdiği provokasyonu önlemeye çalışan Azerbaycan silahlı kuvvetlerinin 282 askeri yaralanmış ve çeşitli derecede

⁷⁰ ASLANLI, Araz: "Karabağ Sorununda Ateşkesin Kısa Tarihi", *Seta, Perspektif*, 2020, Sayı 300, s. 1-3.

⁷¹ ASLANLI, Araz: "Birinci Karabağ Savaşı'nın Nedenleri ve Sonuçları", (Ed.) ATAMAN, Muhittin / PİRİNÇÇİ, Ferhat: *Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu*, Seta Kitapları, İstanbul, 2021, s. 137.

⁷² MAMMADOV / MUSAYEV, s. 40.

⁷³ SADIGOV, Ramin: "II. Karabağ Savaşı ve Bölgesel Güçlerin Tutumu", (Ed.) KURBAN, Vefa / ÖRAZ BEŞİKÇİ, Seçil / ÇOBAN, Recep Efe: *Soğuk Savaş Sonrası Sosyal, Ekonomik ve Siyasal Gelişmeler Bağlamında Güney Kafkasya*, Iksad Publications, İzmir, 2021, s. 431.

⁷⁴ SHAFIYEV, Farid / HUSEYNOV, Vasif: "Peace Negotiations can not be Held Forever", *Insight Turkey*, 2020, Cilt 22, Sayı 4, s. 106.

⁷⁵ Detaylı bilgi için bkz. 44 gün süren Vətən Müharibəsi (II Qarabağ müharibəsi) (<https://genprosecutor.gov.az/az/page/azerbaycan/i-ve-ii-qarabag-muharibesi/44-gun-suren-veten-muharibesi-ii-qarabag-muharibesi>, ET: 21.12.2022).

⁷⁶ 44 gün süren Vətən Müharibəsi (II Qarabağ müharibəsi) (<https://genprosecutor.gov.az/az/page/azerbaycan/i-ve-ii-qarabag-muharibesi/44-gun-suren-veten-muharibesi-ii-qarabag-muharibesi>, ET: 21.12.2022).

⁷⁷ GÜLER, Mehmet Çağatay: "Karabağ'ın Özgürleştirilmesi ve Sahadaki Yeni Denklem", *Seta Perspektif*, 2020, Sayı 301, s. 1-2.

fiziksel zarar görmüştür⁷⁸. Bunun yanı sıra Ermenistan, Karabağ'daki ayrılıkçı güçleri de desteklemeye devam etmiştir. Bu çerçevede, 9 Eylül 2023 tarihinde sözde DKC'de uluslararası toplum tarafından kınanan cumhurbaşkanı seçimleri gerçekleştirilmiş ve ayrılıkçı yapıya yeni bir cumhurbaşkanı seçilmiştir⁷⁹. 19 Eylül 2023 tarihinde Ermeni silahlı kuvvetlerinin döşedikleri mayınların patlaması sonucu askerlerin öldürülmesi üzerine Azerbaycan, 10 Kasım 2020 tarihli ateşkes hükümlerinin sağlanması, Karabağ'da gerçekleştirilen provokasyonların önlenmesi, Ermeni silahlı güçlerinin silahsızlandırılması ve askeri altyapılarının etkisiz hale getirilmesi, sivil halkın güvenliğinin sağlanması amacıyla bölgede terörle mücadele operasyonu başlatmıştır⁸⁰. Operasyon sonucundan 24 saat içinde Ermeni ayrılıkçı güçleri Azerbaycan'ın silahsızlanma ve Yukarı Karabağ'ın kontrolünü Azerbaycan'a teslim etme şartlarını kabul ederek teslim olduklarını bildirmişlerdir⁸¹. Bütün bu gelişmeler bölgedeki istikrarsızlığın devam ettiğinin, Ermenistan'ın halen daha Azerbaycan'a karşı saldırı girişimlerinde bulunduğu açık bir göstergesidir.

III. YUKARI KARABAĞ SORUNUNDA ERMENİSTAN'IN SORUMLULUĞU

A. Kuvvet Kullanma Yasağının İhlali

Yukarı Karabağ sorunu çerçevesinde, kuvvet kullanma yasağının Ermenistan için değerlendirilmesi, 1991 yılında SSCB'nin dağılmasının ardından söz konusu olmuştur. Zira SSCB'nin dağılmasına kadar Yukarı Karabağ sorunu iç hukuk meselesi olup uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirilecek bir sorun değildir. Ancak 1991 yılında, hem Azerbaycan hem de Ermenistan uluslararası hukuk sisteminin sadece haklarından yararlanan sükreleri değil, aynı zamanda bu sistemin yükümlülüklerine de uymak zorunda olan iki bağımsız devlet haline gelmiştir⁸². Ermenistan her ne kadar Yukarı Karabağ sorunda herhangi bir askeri müdahalesinin olmadığını iddia etse de⁸³ taraflar arasında çatışmanın tırmandığı 1988 yılından itibaren ESSC'nin Yukarı Karabağ'daki ayrılıkçı grupları desteklediği⁸⁴ ve bu desteğin Ermenistan'ın bağımsızlığını kazandıktan sonraki süreçte de devam eden askeri müdahalenin dayanağını oluşturduğu gözlemlenmektedir⁸⁵.

1991 yılında Azerbaycan ve Ermenistan'ın bağımsızlıklarını kazanmaları ile Yukarı Karabağ sorunu artık bir uluslararası silahlı çatışmaya evrilmiştir. 16 Ekim 1991'de başlayan ve Şubat 1992'ye kadar devam eden Ermeni saldırılarının sonucunda Azerbaycan'ın 57 köyünden 35'i ele geçirilmiş, 11'i ise tamamen yıkılmıştır⁸⁶. 26 Şubat 1992 tarihinde Ermeni askeri güçlerinin sadece Azerbaycan Türklerinin yaşadığı Yukarı Karabağ dahilinde bir kasaba olan Hocalı'ya saldırımları sonucunda gerçekleştirdikleri katliamda⁸⁷ Azerbaycan⁸⁸, failerin Ermenistan askeri birlikleri olduğunu açıkça ifade

⁷⁸ Detaylı bilgi için bkz. Azərbaycan Respublikasının Müdafiə Nazirliyinin məlumatı (<https://mod.gov.az/az/news/azerbaycan-respublikasinin-mudafie-nazirliyinin-melumatı-42421.html>, ET: 21.09.2023).

⁷⁹ Detaylı bilgi için bkz. Beynəlxalq aləm Qarabağda qanunsuz "seçki"ni tanımır (<https://xalqgazeti.az/az/siyaset/138198-beynəlxalq-alemqarabagda-qanunsuz-seckini>, ET: 21.09.2023).

⁸⁰ Detaylı bilgi için bkz. Azərbaycan Respublikasının Müdafiə Nazirliyinin məlumatı (<https://mod.gov.az/az/news/mudafie-nazirliyinin-melumatı-49348.html>, ET: 21.09.2023).

⁸¹ Detaylı bilgi için bkz. Azerbaijan halts Karabakh offensive after ceasefire deal with Armenian separatists (<https://www.reuters.com/world/us-calls-azerbaijan-halt-karabakh-attack-russia-urges-return-ceasefire-2023-09-20/>, ET: 23.09.2023).

⁸² KRÜGER, Heiko: *The Nagorno-Karabakh Conflict, A Legal Analysis*, Springer, Berlin, 2010, s. 95.

⁸³ HUMAN RIGHTS WATCH/HELSINKI: *Azerbaijan, Seven Years of Conflict in Nagorno-Karabakh*, Human Rights Watch, New York, 1994, s. 115.

⁸⁴ MAKILI-ALIYEV, Kamal: *Contested Territories and International Law, A Comparative Study of the Nagorno-Karabakh Conflict and the Aland Islands Precedent*, Routledge, London, 2019, s. 6.

⁸⁵ KRÜGER, s. 100.

⁸⁶ YUNUSOV, Arif: *Karabakh: Past and Present*, Institute of Peace and Democracy, Bakü, 2005, s. 43.

⁸⁷ Hocalı'da Ermeniler tarafından gerçekleştirilen fiillerin "Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi" çerçevesinde soykırım olarak değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. ÖZARSLAN, Bahadır Bumin: "Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Açısından Hocalı Katliamı", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 1.

etmektedir. Ermenistan ise sorumluluğu Yukarı Karabağ'daki düzensiz birliklere ve gönüllülere yüklemektedir⁸⁹. Ancak İnsan Hakları İzleme Komitesi, Ermenistan'ın çatışmanın başından itibaren Yukarı Karabağ'a destek sağladığını ve Azerbaycan'a karşı savaşta kullanılmak üzere silah tedarik ettiğini bildirmiştir⁹⁰. Sonuç olarak, daha 1992 yılının ilk aylarında Ermenistan, Yukarı Karabağ birliklerine ve gönüllülerine askeri yardım da dahil olmak üzere her türlü desteği vererek kuvvet kullanma yasağını düzenleyen BM Antlaşması'nın 2. maddesinin 4. fıkrasını ihlal etmiştir⁹¹.

Ermenistan'ın Yukarı Karabağ çatışmasına askeri müdahalesi 1993 yılında Kelbecer'e yönelik saldırı kapsamında oldukça belirgin bir hâle gelmiştir⁹². 1993 yılında Kelbecer ilinin ele geçirilmesi, Ermenistan'ın silahlı birlikleriyle çatışmaya doğrudan dahil olduğunun ilk örneğini oluşturmaktadır. Ermenistan'ın Kelbecer'e silahlı saldırısı ve bölgenin Ermeni askeri kuvvetleri tarafından ele geçirilmesi, kuvvet kullanma yasağının Ermenistan tarafından doğrudan ve açıkça ihlal edildiğini göstermektedir⁹³. Azerbaycan'ın Yukarı Karabağ dışındaki bir bölgesinin ele geçirilmesiyle birlikte Ermenistan üzerinde uluslararası bir baskı oluşmuştur. Bu çerçevede BM Güvenlik Konseyi de Yukarı Karabağ ile ilgili ilk kararını kabul etmiştir. BM Güvenlik Konseyi 30 Nisan 1993 tarihli 822 sayılı kararında⁹⁴ Kelbecer'den askeri kuvvetlerin çekilmesini talep etmiştir. Kelbecer'in ele geçirilmesinin ardından Ermenistan'ın saldırgan politikası devam etmiş ve BM Güvenlik Konseyi konuyla ilgili üç ayrı karar daha almıştır. Her ne kadar söz konusu kararlarda Ermenistan'ın saldırgan devlet olduğu açıkça ifade edilmese de kararların metninden anlaşıldığı üzere, işgalin ve kuvvet kullanımının hemen sonlandırılması talebinin, Ermenistan'a yönelik olduğu açıktır. Nitekim, kararlarda müdahaleci devletin her türlü düşmanca eylemlerinin sonlandırılması talep edilmiştir. Bu bağlamda Yukarı Karabağ'ın bir devlet olarak tanınmadığı, ayrıca Azerbaycan'ın ülke bütünlüğünün de hukuka aykırı bir biçimde ihlal edildiği göz önünde bulundurulduğunda, kararlarda Ermenistan'ın kastedildiği anlaşılmaktadır⁹⁵.

Azerbaycan topraklarının Ermenistan tarafından ele geçirilmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) 2015 tarihli *Çıragov ve Diğerleri / Ermenistan*⁹⁶ davası kararında çözüme kavuşturulmuştur. Ermenistan'ın Yukarı Karabağ ile olan bağlantısını değerlendiren Mahkeme, Ermenistan'ın çatışmanın ilk günlerinden beri askeri müdahalesinin bulunduğunu, DKC ile Ermenistan'ın birçok konuda entegre olduğunu, Ermenistan'ın DKC'ye askeri, siyasi ve ekonomik destek sağladığını, DKC'nin bu destekler sayesinde ayakta durduğunu, sonuç itibarıyla Ermenistan'ın ele geçirilen bölgeler üzerinde etkin kontrol uyguladığını tespit etmiştir⁹⁷.

Bütün bunlar, uluslararası hukuk açısından Yukarı Karabağ'ın ve Azerbaycan'ın diğer yedi bölgesinin Ermenistan tarafından hukuka aykırı bir şekilde kuvvet kullanılarak ele geçirildiğinin açıkça kabul edildiğini göstermektedir⁹⁸. Ermenistan'ın silahlı çatışmanın tarafı olduğu, II. Karabağ Savaşı'nda kabul edilmiştir. Bu çerçevede, Ermenistan I. Karabağ Savaşı'ndan itibaren Azerbaycan devlet

⁸⁸ ABDULLAHZADE, Cavid: "Dağlık Karabağ Sorununda Ermenistan'ın Rolü ve Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 69, Sayı 4 (Dağlık Karabağ), s. 1546.

⁸⁹ KRÜGER, s. 100.

⁹⁰ İnsan Hakları Komitesi'nin konuyla ilgili Rapor'un İngilizce metni için bkz. Armenia, Human Rights Developments (<https://www.hrw.org/reports/1995/WR95/HELSINKI-01.htm>, ET: 13.01.2023).

⁹¹ CORNELL, Svante E.: "Undeclared War: The Nagorno-Karabakh Conflict Reconsidered", *Journal of South Asian and Middle Eastern Studies*, 1997, Cilt 20, Sayı 4, s. 8.

⁹² HUMAN RIGHTS WATCH/HELSINKI: *Azerbaijan, Seven Years of Conflict in Nagorno-Karabakh*, Human Rights Watch, New York, 1994, s. 115; KRÜGER, s. 102.

⁹³ ABDULLAHZADE, *Dağlık Karabağ*, s. 1549.

⁹⁴ UNSC Resolution UN Doc. S/RES/822 (1993), <https://digitallibrary.un.org/record/165604?ln=ru> (ET: 13.01.2023).

⁹⁵ ABDULLAHZADE, *Dağlık Karabağ*, s. 1550; KRÜGER, s. 103.

⁹⁶ AİHM, *Chiragov and Others v. Armenia*, B. No: 13216/05, T. 16.06.2015 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2213216/05%22%5D%7D>, ET: 13.01.2023), § 180, 186.

⁹⁷ AİHM, *Chiragov and Others v. Armenia*, B. No: 13216/05, T. 16.06.2015 kararının incelemesi için bkz. SADIGZADE, Arzu: *Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Çıragov Davası*, Astana Yayınları, Ankara, 2020.

⁹⁸ MAKILI-ALİYEV, s. 10.

ülkesini ele geçirmiş ve işgal altında tutmuş, II. Karabağ Savaşı'nda da bu hukuka aykırı eylemlerini devam ettirmiştir⁹⁹. Böylelikle, Ermenistan'ın uluslararası hukukun *jus cogens* kuralı olan kuvvet kullanma yasağını ihlal etmesi sonucunda sorumluluğunun doğduğu anlaşılmaktadır.

B. İnsancıl Hukuk Kurallarının İhlali

Kuvvet kullanma yasağının ihlali sonucunda olduğu gibi insancıl hukuk kurallarının ihlali de devletin sorumluluğunu doğurmakta ve mağdur devlete savaş tazminatı talep etme hakkı vermektedir. Yukarı Karabağ sorunu çerçevesinde Ermenistan, 30 yıldır ele geçirdiği Azerbaycan devlet ülkesinde bir dizi insancıl hukuk kuralını ihlal etmiş ve bu ihlallerini 44 günlük II. Karabağ Savaşı sırasında da devam ettirmiştir.

Ermenistan, ele geçirdiği Azerbaycan devlet ülkesinde öncelikle demografik yapıyı değiştirmeye çalışmıştır¹⁰⁰. Bu çerçevede, Ermenistan'ın kuvvet kullanarak Azerbaycan'ın bir kısmını ele geçirmesi neticesinde Yukarı Karabağ'dan ve çevresindeki 7 bölgeden toplam 600.000 Azerbaycan Türkü yerinden edilmiş¹⁰¹, boşaltılmış bölgelere ise Ermenistan tarafından nüfus transferi yapılmıştır¹⁰². Savaş sırasında sivillerin korunmasını düzenleyen IV No.lu Cenevre Sözleşmesi'nin 49. maddesinin 6. fıkrasıyla işgalci devletin işgal ettiği topraklara kendi halkını nakletmesi veya tehcir etmesi yasaklanmıştır. Bunun yanı sıra, Cenevre Sözleşmelerinin 1977 Ek I No.lu Protokolü'nün 85. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendiyle de 49. maddesinin 6. fıkrasındaki yasağa ek olarak işgal altında bulunan topraktaki halkın sınır dışı edilmesi de yasaklanmıştır. Böylelikle, Ermenistan'ın söz konusu eylemleriyle insancıl hukuk kurallarını ağır bir şekilde ihlal ettiği anlaşılmaktadır.

Azerbaycan'ın ele geçirilen devlet ülkesinde kültür varlıklarına ve çevreye de ciddi zarar verilmiştir. Ermenistan'ın saldırganlığı neticesinde Azerbaycan halkının geçmişini ve bugününü yansıtan mimari eserler, 100'ü aşkın arkeolojik abide, müzeler, resim galerileri, kitap ve el yazmalarının bulunduğu 927 kütüphane, kültür sarayları, devlet tiyatroları işgal edilmiş topraklarda kalmıştır. Ermeniler tarafından işgal döneminde söz konusu müzeler dağıtılmış, heykeller, resimler, tarihi eserler talan edilmiş, birçok değerli eser de Ermenistan'a götürülmüştür¹⁰³. Söz konusu eylemleriyle Ermenistan, 1954 tarihli "Silahlı Çatışmalarda Kültürel Değerlerin Korunmasına İlişkin Sözleşme"¹⁰⁴, Cenevre Sözleşmelerinin 1977 Ek I No.lu Protokolü, 1972 tarihli "Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme"¹⁰⁵ dahil olmakla bir dizi antlaşma kurallarını ihlal etmiştir.

Ermenistan'ın insancıl hukuk kurallarını ihlali, II. Karabağ Savaşı sırasında da devam etmiştir. Bu çerçevede, Ermenistan'ın cephe hattının dışında kalan sivillere ve sivil yerleşim yerlerine yaptığı saldırılar ön plana çıkmaktadır. Bunlar arasında öncelikle 4-11 Ekim 2020'de Azerbaycan'ın ikinci büyük şehri olan ve cephe hattından oldukça uzakta bulunan Gence şehrine yapılan füze saldırıları dikkat çekmektedir. Söz konusu saldırılar, 11 sivilin ölümüne ve 69 sivilin yaralanmasına sebep olmuştur. Üstelik bu saldırılar, sadece işgal edilmiş Yukarı Karabağ bölgesinden değil aynı zamanda Ermenistan'ın şehirlerinden de gerçekleştirilmiştir¹⁰⁶. Sivil halkı hedef alan diğer bir saldırı, yine cephe hattın-

⁹⁹ ABDULLAHZADE, *Dağlık Karabağ*, s. 1554.

¹⁰⁰ ABDULLAHZADE, *Dağlık Karabağ*, s. 1555.

¹⁰¹ Tackling Azerbaijan's IDP Burden, ICG, 27 February 2012 (<https://www.crisisgroup.org/europe-central-asia/caucasus/azerbaijan/tackling-azerbaijan-s-idp-burden>, ET: 13.01.2023).

¹⁰² The situation in the occupied territories of Azerbaijan - Letter dated 11 Nov 2004 from the Permanent Representative of Azerbaijan to the UN addressed to the President of the GA (A/59/56), <https://reliefweb.int/report/armenia/situation-occupied-territories-azerbaijan-letter-dated-11-nov-2004-permanent> (ET: 13.01.2023).

¹⁰³ ZENGİN, Eyüp / İBAYEV, Vefaddin: "Karabağ'ın İşgalinin Kültürel Etkileri", (Ed.) YILMAZ, Reha: *Qarabağ: Bildiklerimiz və Bilmədiklerimiz*, Qafqaz Universiteti, Şərq-Qərb, Bakı, 2010, s. 344-348.

¹⁰⁴ Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention, The Hague, 14 May 1954 (https://en.unesco.org/sites/default/files/1954_Convention_EN_2020.pdf, ET: 13.01.2023).

¹⁰⁵ Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, UNESCO, Adopted by the General Conference at its seventeenth session Paris, 16 November 1972 (<https://whc.unesco.org/archive/convention-en.pdf>, ET: 17.01.2023).

¹⁰⁶ MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS: *Database on Aggression by Armenia against Azerbaijan*, 2020, s. 4.

dan uzakta yerleşen Azerbaycan'ın Berde şehrine 27-28 Ekim'de yapılan saldırılardır. Söz konusu saldırılar neticesinde 27 sivil hayatını kaybetmiş, 105 sivil yaralanmış, ayrıca özel mülklere, tarihi ve kültürel yapılara da ciddi zarar verilmiştir¹⁰⁷.

44 günlük savaşta Ermenistan silahlı kuvvetlerinin hiçbir ayırım gözetmeden Fuzuli, Beylagan, Ağdam, Ağcabedi, Naftalan, Goranboy, Gence şehirleri gibi sivil yerleşim yerlerine ve sivil halka karşı yaptığı saldırılar sonucunda içlerinde kadınların, çocukların ve yaşlıların bulunduğu 93 sivil hayatını kaybetmiş, 454 sivil ise yaralanmıştır¹⁰⁸. Ermenistan'ın söz konusu eylemleri insancıl hukuk kurallarını düzenleyen 1899 ve 1907 La Haye ve 1949 Cenevre Sözleşmelerinin, özellikle de savaş sırasında sivillerin korunmasını öngören IV No.lu Cenevre Sözleşmesi'nin ve Cenevre Sözleşmelerinin 1977 Ek I No.lu Protokolü'nün ihlalini oluşturmaktadır. Ek I No.lu Protokol'ün 48. maddesinde çatışma sırasında sivil halkın korunmasını sağlamak için çatışan tarafların eylemlerini sadece askeri hedeflere yönlendirmeleri ve sivil halk ile muharipleri ayırt etmeleri gerektiği düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, 51. maddenin 2. fıkrası gereğince de sivil halkın saldırıların hedefi olması yasaklanmıştır. Anlaşılabacağı üzere Ermenistan, savaş sırasında sivilleri hedef alarak ve cephe hattından oldukça uzakta yerleşen sivil yerleşim yerlerine hiçbir ayırım gözetmeden saldırarak söz konusu antlaşma hükümlerini ihlal etmiştir.

Ermenistan'ın II. Karabağ Savaşı sırasında gerçekleştirdiği askeri operasyonlarda uluslararası insancıl hukuk kuralları çerçevesinde yasaklı olan silahları ve yöntemleri de kullandığı tespit edilmiştir. Ermeni silahlı kuvvetleri, 8 Ekim - 8 Kasım tarihleri arasında sivil nüfusun yoğun olarak yaşadığı Fuzuli ve Terter bölgelerine, Azerbaycan'ın doğal zenginliği olan Şuşa şehrindeki ormanlara en az 6 adet beyaz fosforlu top mermilerle saldırarak geniş, uzun süreli ve ciddi zararın ortaya çıkmasına sebep olmuştur¹⁰⁹. 28 Ekim'de sivillere yönelik olarak Berde şehrine düzenlenen saldırılarda da Ermeni silahlı güçlerinin, ayırım gözetmeyen bir silah olduğundan kullanılması yasaklanmış olan msket bombası kullandığı tespit edilmiştir¹¹⁰. Berde'ye atılan msket bombalarından biri de şehrin en büyük hastanesi olan Berde Merkez Hastanesi'nin 100 metre yakınına düşmüştür¹¹¹. Söz konusu msket bombalarının kullanımının Cenevre Sözleşmelerine Ek I No.lu Protokol ile ve 1907 La Haye Sözleşmesi ile de yasaklandığı söylenebilir. Nitekim, Ek I No.lu Protokol'ün 35. maddesinde ve 1907 La Haye Sözleşmesi'nin 22. maddesi ile 23. maddesinin (e) bendinde çatışma taraflarının çatışma sırasında kullanacakları savaş araçlarının ve yöntemlerinin sınırsız olmadığı, gereğinden fazla yaralanmaya ve acı çekilmesine sebep olacak silahların, malzemelerin ve savaş yöntemlerinin kullanılmasının yasak olduğu düzenlenmiştir. Bu çerçevede, msket bombaları da ayırım gözetmeden sivil halka ciddi zarar vermesi ve gereksiz acılara sebep olması açısından uluslararası insancıl hukuk kurallarıyla yasaklanmış silahlar kategorisinde değerlendirilmektedir. Sonuç olarak, Ermenistan II. Karabağ Savaşı sırasında yasaklanmış araç ve yöntemleri kullanarak söz konusu antlaşma hükümlerini de ihlal etmiştir.

44 günlük savaşta Ermeni silahlı kuvvetleri dini mekanlara ve kültürel esere saldırı gerçekleştirmiş, ayrıca çevreye de ciddi zararlar vermiştir. Gence'ye yapılan saldırılar sırasında Gence Devlet Tarihi ve Kültürel Envanteri'nde yer alan İmamzade Dini Külliyesi ve 1887 yılında inşa edilen Rus

¹⁰⁷ THE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OMBUDSMAN) OF THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN: *Report Concerning the Factual Evidences of Extensive Civilian Casualties and Damage to Civilian Objects in Barda City Caused by the Ballistic Missiles Launched by Armenian Armed Forces*, 2020, s. 5.

¹⁰⁸ 44 gün sürən Vətən Müharibəsi (II Qarabağ müharibəsi) (<https://genprosecutor.gov.az/az/page/azerbaycan/i-ve-ii-qarabag-muharibesi/44-gun-suren-veten-muharibesi-ii-qarabag-muharibesi>, ET: 21.12.2022).

¹⁰⁹ 44 gün sürən Vətən Müharibəsi (II Qarabağ müharibəsi) (<https://genprosecutor.gov.az/az/page/azerbaycan/i-ve-ii-qarabag-muharibesi/44-gun-suren-veten-muharibesi-ii-qarabag-muharibesi>, ET: 21.12.2022).

¹¹⁰ Amnesty International: *Armenia/Azerbaijan: First confirmed use of cluster munitions by Armenia 'cruel and reckless'*, <https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2020/10/armenia-azerbaijan-first-confirmed-use-of-cluster-munitions-by-armenia-cruel-and-reckless/> (ET: 25.01.2023).

¹¹¹ Human Rights Watch: *Armenia: Cluster Munitions Kill Civilians in Azerbaijan*, 2020 (<https://www.hrw.org/news/2020/10/30/armenia-cluster-munitions-kill-civilians-azerbaijan>, ET: 25.01.2023).

Ortodoks Kilisesi Aleksandr Nevsky zarar görmüştür¹¹². Ermeni silahlı kuvvetleri Azerbaycan tarafından kurtarılan topraklardan çekilirken özellikle Kelbecer bölgesinin doğal kaynaklarına, çevresine ve biyolojik çeşitliliğine verdiği zararın yanı sıra değerli ağaç ve çalı türleri açısından zengin olan ormanları da kasıtlı olarak tahrip etmiştir¹¹³. Böylelikle Ermenistan, tarihi ve dini eserlere, kültür ve eğitim kurumlarına saldırarak, ayrıca çevreye de zarar vererek yine uluslararası insancıl hukuk kurallarını ihlal etmiştir. Nitekim, Cenevre Sözleşmelerine Ek I No.lu Protokol'ün 53. maddesi silahlı çatışma sırasında kültürel mallara ve dini mekânlara yönelik saldırıların gerçekleştirilmesini, bu unsurların askeri amaçlarla kullanılmasını ve misilleme hedefi oluşturmasını yasaklamıştır. 35. maddenin 3. fıkrasında ve 55. maddede ise çevrenin korunması düzenlenmiş, savaş veya çatışma sırasında çevreye kalıcı, yaygın ve ciddi zarar verecek her türlü yöntem ve araç yasaklanmıştır. Sonuç olarak Ermenistan'ın, ele geçirilen Azerbaycan topraklarında hem I. ve II. Karabağ Savaşları sırasında hem de toprakların işgal altında bulunduğu yaklaşık 30 sene boyunca uluslararası insancıl hukuk kurallarını ağır şekilde ihlal ettiği anlaşılmaktadır.

C. Sorumluluğun Ermenistan'a Atfedilmesi

Daha önce de ifade edildiği üzere, devletin uluslararası sorumluluğunun işletilebilmesi için uluslararası hukuk ihlalinin devlete atfedilebilir olması, diğer bir ifade ile devletle gerçekleştirilen ihlal arasında bir bağın oluşturulması gerekmektedir. Taslak Maddelerde, devlet organlarının eylemlerinin devletin eylemleri olarak kabul edildiğinin (4. madde) yanı sıra devletin organı olmayan ancak devletin emri veya talimatıyla hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren kişi veya grubun da eyleminin devlete isnat edileceği (8. madde) hüküm altına alınmıştır. Bu husus UAD tarafından 1986 tarihli Nikaragua davasında¹¹⁴ incelenmiş olup özel kişilerin davranışlarının devlete atfedilebilmesi ve devletin sorumluluğunu doğurması için devletin, davranışları gerçekleştirenler üzerinde etkin kontrole (*effective control*) sahip olduğunun kanıtlanması gerektiğine karar verilmiştir. (par. 115). Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (EYUCM) Temyiz Dairesi ise 1999 tarihli Tadic davasında söz konusu katı etkin kontrol testini esnetmiş¹¹⁵, şahsın veya grubun bir devletin *de facto* organı olarak kabul edilmesi için uygun olan kontrolün derecesinin her olayın olgusal koşullarına göre değişebileceği kanısına varmıştır. Bu çerçevede, eylemlerin devlete atfedilebilmesi için devletin sadece bu şahıslar veya gruplar üzerinde belli bir ölçüde yetki kullandığının değil, aynı zamanda söz konusu eylemlerin gerçekleştirilmesine ilişkin olarak bu şahıslara veya gruplara özel talimatlar verdiğinin veya eylemlerin gerçekleştirilmesinin ardından bu eylemleri alenen onayladığının da kanıtlanması gerekmektedir (par. 117-118)¹¹⁶. EYUCM Temyiz Dairesi, silahlı gruplar tarafından işlenen hukuka aykırı davranışların devlete atfedilebilmesi için devletin, bu gruplar üzerinde genel kontrolünün bulunmasını yeterli bulmuştur. Daire, devletin bu grupları sadece finanse etmesinin, askeri açıdan desteklemesinin veya eğitim vermesinin değil, söz konusu grubun faaliyetlerini planlamasının ya da örgütlemesinin de grup üzerinde genel bir kontrolünün bulunduğu kanıtlanması için yeterli olduğuna hükmetmiştir. Öte yandan Daire, grup üyelerine yönelik özel talimatlarının verilmesinin gerekli olmadığını ifade etmiştir¹¹⁷.

¹¹² BEYNƏLXALQ AVRAŞIYA MƏTBUAT FONDU: *İkinci Qarabağ Mühəribəsi Başlama Səbəbləri, Yaradığı Fəsadlar və Tərədilən Cinayətlərə dair Hesabat*, Sentyabr-Oktyabr 2020, s. 10.

¹¹³ Azərbaycan Respublikasının Ekologiya və Təbii Sərvətlər Nazirliyi: *Ermənilər tərəfindən təbiətin vəhşicəsinə talan edilməsinə son qoyulması üçün Azərbaycanın haqlı tələbi beynəlxalq təşkilatların diqqətinə çatdırılıb*, 2020 (<http://eco.gov.az/az/nazirlik/xeber?newsID=11639>, ET: 28.01.2023).

¹¹⁴ UAD, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, T. 27.06.1986 (<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, ET: 04.02.2023).

¹¹⁵ JINKS, Derek: "State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups", *Chicago Journal of International Law*, 2003, Cilt 4, Sayı 1, s. 89.

¹¹⁶ EYUCM, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, B. No: IT-94-1-A, T. 15.07.1999 (<https://ucr.irmct.org/scasedocs/case/IT-94-1#eng>, ET: 04.02.2023).

¹¹⁷ ABDULLAHZADE, *Dağlık Karabağ*, s. 1562.

Yukarı Karabağ sorununda değerlendirilmesi gereken husus, hem I. ve II. Karabağ Savaşları sırasında hem de işgal sürecinde Karabağ'da gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemlerin Ermenistan'ın kontrolü altında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine ilişkindir. Her ne kadar Ermenistan, özellikle I. Karabağ Savaşı'na kendi askeri kuvvetleriyle katılmadığını, söz konusu savaşın Yukarı Karabağ'daki savunma birlikleri tarafından yürütüldüğünü ifade etse de bu birlikler üzerinde Ermenistan'ın etkin denetiminin olduğu veya bu birliklerin Ermenistan'ın *de facto* organı niteliğinde olduğu açıktır. Diğer bir ifade ile Ermenistan'ın Yukarı Karabağ'daki birlikler üzerinde genel kontrolün ötesinde, UAD'nin ileri sürdüğü etkin kontrol tezini sağladığı ileri sürülebilir. Nitekim Yukarı Karabağ'da gerçekleşen operasyonların birçoğuna Ermenistan'ın kendi askeri kuvvetleri ile katılması ve ayrıca Yukarı Karabağ yönetimi ile kurduğu siyasi, ekonomik ve askeri bütünlük, Ermenistan'ın askeri faaliyetler sırasında Yukarı Karabağ'ın hem yönetiminin hem de askeri birliklerinin üzerinde etkin kontrolünün bulunduğunu göstermektedir¹¹⁸.

Ermenistan'ın etkili kontrolü meselesi, AIHM'nın *Çıragov* davasında da ele alınmıştır. Ermenistan'ın Yukarı Karabağ sorunundaki müdahalesini değerlendirmek için birçok hususu inceleyen mahkeme, Ermenistan siyasi liderlerinin ifadelerine de dikkat çekmiştir. Özellikle Ermenistan'ın o dönemki Cumhurbaşkanı *Serj Sarkisyan*'ın Ocak 2013'te Savunma Bakanlığı liderlerine yaptığı ve Ermenistan'ın dış politikasının amacının, Yukarı Karabağ savaşındaki orduları tarafından kazanılan zaferin hukuken tanınmasını sağlamak olduğunu beyan ettiği konuşmayı (par. 178) öne süren Mahkeme, Ermenistan'ın ilk günden beri Yukarı Karabağ çatışmasının bir tarafı olduğunu, Ermenistan ile Yukarı Karabağ'ın birçok konuda entegre olduğunu, sonuç olarak da Ermenistan'ın Yukarı Karabağ üzerinde etkin kontrol uyguladığını vurgulamıştır (par. 186).

Sonuç olarak, Yukarı Karabağ sorunu çerçevesinde gerçekleştirilen hem kuvvet kullanma yasağı hem de insancıl hukuk kuralları ihlalinin, Ermenistan'ın bazen kendi devlet organları veya askeri birlikleri aracılığıyla bazen de DKC'de uyguladığı etkili kontrol çerçevesinde oradaki birlikler aracılığıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, Ermenistan'ın uluslararası hukuk çerçevesinde sorumluluğunun ortaya çıktığı ve söz konusu ihlaller sonucunda ortaya çıkan zararı tazmin etme yükümlülüğünün bulunduğu açıktır.

IV. AZERBAYCAN'IN SAVAŞ TAZMİNATI TALEP ETME HAKKI

Azerbaycan ve Ermenistan arasında 10 Kasım 2020 tarihinde bir ateşkes antlaşması imzalanmıştır. Uluslararası hukukta ateşkes antlaşmaları savaşı sonlandırmaz, sadece taraflar arasındaki askeri eylemleri askıya alır¹¹⁹. Nitekim, 10 Kasım Antlaşması'nın 1. maddesinde de tarafların silahlı çatışmaları durdurmayı kabul ettikleri ifade edilmiştir. Ateşkes antlaşması barış antlaşmasının imzalanması yönünde bir adım olarak kabul edilmektedir¹²⁰. Ateşkes antlaşmasının aksine barış antlaşması, savaşı sonlandırmakta ve tarafların savaştan sonra oluşacak barış ilişkilerinin temellerini düzenlemektedir¹²¹. Barış antlaşmasında savaşa son verme meselelerinin düzenlenmesiyle birlikte tarafların gerekli gördüğü takdirde savaş veya silahlı çatışma sırasında ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi meselesi de ele alınmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, özellikle I. ve II. Dünya Savaşlarının ardından imzalanan barış antlaşmalarında da olduğu gibi savaş tazminatının barış antlaşmalarında düzenlenmesi oldukça yerleşik bir uygulama hâline gelmiştir.

Yukarıda yapılan değerlendirmeler sonucunda, Azerbaycan'ın hem I. ve II. Karabağ Savaşları sonucunda hem de yaklaşık 30 yıldır topraklarının işgal altında kalması sonucunda ciddi maddi ve manevi zarara uğradığı anlaşılmaktadır. Söz konusu zararlar, Ermenistan tarafından hem kuvvet kullanma

¹¹⁸ ABDULLAHZADE, *Dağlık Karabağ*, s. 1563-1564.

¹¹⁹ Ateşkes antlaşması literatürde silah bırakışımı olarak ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. PAZARCI, s. 327.

¹²⁰ PAZARCI, s. 328.

¹²¹ MERAY, Seha L.: *Devletler Hukukuna Giriş II*, 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1975, s. 623.

yaşadığının hem de insancıl hukuk kurallarının ihlali neticesinde ortaya çıkmıştır. Her ne kadar Azerbaycan ve Ermenistan arasında henüz bir barış antlaşması imzalanmamış olsa da 10 Kasım 2020 tarihli ateşkes antlaşmasının barış antlaşmasının imzalanması yönünde bir adım olduğu açıktır. Bu çerçevede, Azerbaycan'ın barış antlaşması müzakereleri sırasında, Ermenistan'ın saldırganlığı sonucunda uğradığı zararlardan dolayı savaş tazminatı talep etme hakkı bulunmaktadır.

Savaş tazminatı sadece nakdi olarak değil ayrıca aynı olarak da talep edilebilmektedir. Uygulamada devletlerin savaş tazminatı talep ederken tazminat ödemekle yükümlü olan devletin ekonomik durumunu da göz önünde bulundurdıkları görülmektedir. Nitekim, yukarıda da bahsedildiği gibi Lozan Barış Antlaşması'nda Yunanistan'ın savaş tazminatı ödemek için mali durumunun elverişli olmadığı, bu sebeple de savaş tazminatını aynı olarak Karaağaç bölgesini Türkiye'ye geri vermek suretiyle ödediği bilinmektedir. Aynı şekilde II. Dünya Savaşı'nın ardından yapılan barış antlaşmalarında da tazminat ödeyecek devletin ödeme kapasitesi göz önünde bulundurulmuş, nakdi tazminat yerine aynı tazminatın ödenmesinin daha uygun olacağı kararlaştırılmıştır. Bu çerçevede, Ermenistan'ın da ödeme kapasitesi değerlendirildiğinde 30 yıla yakın bir süreçte sebep olduğu zararı nakdi olarak ödeme kapasitesinin bulunmadığı söylenebilir. Böylelikle, Ermenistan'ın hukuka aykırı eylemleri sonucunda Azerbaycan'ın 30 yıldır uğradığı zararın tazmini için aynı olarak da savaş tazminatı talep etme hakkı bulunmaktadır.

SONUÇ

Temeli antik çağdaki haraç uygulamasına dayanan ve XIX. yy'a kadar daha çok galip devletlerin takdirine göre uygulama alanı bulan savaş tazminatı, özellikle I. ve II. Dünya Savaşlarının ardından imzalanan barış antlaşmalarının önemli bir unsuru haline gelmiştir. Ancak XX. yy'da devletlerin uluslararası ilişkilerinde savaşa başvurmalarının yasaklanması neticesinde aralarındaki çatışmaları savaş olarak adlandırmaktan kaçınmaları, barış antlaşmalarının imzalanmasını ve doğal olarak da barış antlaşmalarında düzenlenen savaş tazminatı uygulamasını azaltmıştır. Ancak barış antlaşmalarında savaş tazminatının düzenlenmesi uluslararası hukukta hâlâ geçerliliğini koruyan bir uygulamadır. Öte yandan, savaş tazminatı konusu BM Güvenlik Konseyi ve UAD kararlarında da ele alınmaktadır. Günümüzde devletlerin uluslararası hukuka aykırı eyleminden doğan sorumluluğunun neticesinde ortaya çıkan zararın onarma yükümlülüğünün bir türü olarak ele alınan savaş tazminatı, savaşa ilişkin hukuk kuralları olan kuvvet kullanma yasağının ve insancıl hukuk kurallarının ihlaline dayanmaktadır.

Ermenistan, Yukarı Karabağ sorunu çerçevesinde çatışmaların ilk gününden itibaren uluslararası hukuk kurallarını ağır bir şekilde ihlal etmiştir. Öncelikle, SSCB'den bağımsızlığını kazandıktan sonra Yukarı Karabağ'daki ayrılıkçı birliklere askeri yardım ve silah tedariki dâhil her türlü desteği sunmakla dolaylı olarak kuvvet kullanma yasağını ihlal etmiştir. Bununla birlikte, yukarıda detaylı olarak ele alındığı üzere 1993 yılında Ermenistan silahlı birliklerinin Kelbecer ilini işgal etmesiyle de Ermenistan'ın çatışmanın tarafı olduğu ve doğrudan kuvvet kullanma yasağını ihlal ettiği anlaşılmaktadır. Kuvvet kullanma yasağının, yani BM Antlaşması'nın 2. maddesinin4. Fıkrasının ihlalinin yanı sıra Ermenistan, I. ve II. Karabağ Savaşları sırasında ve ayrıca 30 yıla yakın işgal altında tuttuğu topraklarda bir dizi insancıl hukuk kuralını ihlal etmiştir. Ermenistan, söz konusu uluslararası hukuka aykırı eylemleri hem kendi organları hem de DKC'deki askeri birlikleri aracılığıyla gerçekleştirmiştir. Ermenistan'ın sorumluluğunu doğuran bu hukuka aykırı eylemler sonucunda Azerbaycan'a ciddi maddi ve manevi zarar verilmiştir. Nitekim, öncelikle Azerbaycan topraklarının 30 yıla yakın bir süreçte işgal altında kalması sonucu pek çok zarar ortaya çıkmıştır. Bunun yanı sıra, her iki savaş sırasında sivil yerleşim yerlerine yapılan saldırılar sonucunda can ve mal kayıpları ortaya çıkmıştır. Bütün bu hususlar değerlendirildiğinde, Azerbaycan'ın Karabağ sorunu çerçevesinde uğradığı tüm zararlardan dolayı aynı ve nakdi olarak savaş tazminatı talep etme hakkının bulunduğu açıktır.

KAYNAKÇA

- ABDULLAHZADE, Cavid: “Dağlık Karabağ Sorununda Ermenistan’ın Rolü ve Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 69, Sayı 4, s. 1541-1568 (Dağlık Karabağ).
- ABDULLAHZADE, Cavid: *Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014 (Hukuki Yönleriyle).
- AKSAR, Yusuf: *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ASLANLI, Araz: “Birinci Karabağ Savaşı’nın Nedenleri ve Sonuçları”, (Ed.) ATAMAN, Muhittin / PİRİNÇÇİ, Ferhat: *Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu*, Seta Kitapları, İstanbul, 2021, s. 117-140.
- ASLANLI, Araz: “Karabağ Sorununda Ateşkesin Kısa Tarihi”, *Seta, Perspektif*, 2020, Sayı 300, s. 1-5.
- BEYNƏLXALQ AVRASIYA MƏTBUAT FONDU: *İkinci Qarabağ Müharibəsi Başlama Səbəbləri, Yaratdığı Fəsadlar və Tərəfdar Cinayətlərə dair Hesabat*, Sentyabr-Oktyabr, 2020.
- BOZKURT, Enver / POYRAZ, Yasin / ERDAL, Selcen: *Devletler Hukuku*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- BOZKURT, Enver: *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı*, 3. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2007.
- CORNELL, Svante E.: “Undeclared War: The Nagorno-Karabakh Conflict Reconsidered”, *Journal of South Asian and Middle Eastern Studies*, 1997, Cilt 20, Sayı 4, s. 1-24.
- CRAWFORD, James: *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- CROISSANT, Michael P.: *The Armenia - Azerbaijan Conflict, Causes and Implications*, Praeger, Westport, London, 1998.
- DARCY, Shane: *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- DEMİR, Şerif: “Lozan Barış Antlaşması ve Türkiye-Yunanistan Arasındaki Tazminat Meselesi”, *Yeni Türkiye*, 2017, Sayı 93, s. 562-568.
- DÜLGER, Kenan: *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ERKİNER, Hakkı Hakan / KAVAK, Muhammed Halid: “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerarası Zararlara Yönelik Tazminatın Belirlenmesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2022, Cilt 7, Sayı 1, s. 1-30.
- ERKİNER, Hakkı Hakan: *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- GATTINI, Andrea: “The UN Compensation Commission: Old Rules, New Procedures on War Reparations”, *European Journal of International Law*, 2002, Cilt 13, Sayı 1, s. 161-181.
- GILLARD, Emanuela-Chiara: “Reparation for Violations of International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, 2003, Cilt 85, Sayı 851, s. 529-553.
- GREENWOOD, Christopher: “State Responsibility and Civil Liability for Environmental Damage Caused by Military Operations”, (Ed.) GRUNAWALT, R. / KING, J. / MCCLAIN, R.: *Protection of the Environmental During Armed Conflict*, International Law Studies, Cilt 69, 1996, s. 397-415.
- GREENWOOD, Christopher: *International Humanitarian Law and the Laws of War, Preliminary Report for the Centennial Commemoration of the First Hague Peace Conference 1899*, London School of Economics and Political Science, London, 1998.
- GRENVILLE, John / WASSERSTEIN, Bernard: *The Major International Treaties of the Twentieth Century, A History and Guide with Texts*, Routledge, London and New York, 2013.
- GÜLER, Mehmet Çağatay: “Karabağ’ın Özgürleştirilmesi ve Sahadaki Yeni Denklem”, *Seta Perspektif*, 2020, Sayı 301, s. 1-4.
- HUMAN RIGHTS WATCH/HELSINKI: *Azerbaijan, Seven Years of Conflict in Nagorno-Karabakh*, Human Rights Watch, New York, 1994.
- JINKS, Derek: “State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups”, *Chicago Journal of International Law*, 2003, Cilt 4, Sayı 1, s. 83-96.

- KALSHOVEN, Frits: "State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces: From Article 3 of Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 and Beyond", *The International and Comparative Law Quarterly*, 1991, Cilt 40, Sayı 4, s. 827-858.
- KRÜGER, Heiko: *The Nagorno-Karabakh Conflict, A Legal Analysis*, Springer, Berlin, 2010.
- LOW, Luan / HODGKINSON, David: "Compensation for Wartime Environmental Damage: Challenges to International Law After the Gulf War", *Virginia Journal of International Law*, 1995, Cilt 35, s. 405-484.
- MAKILI-ALIYEV, Kamal: *Contested Territories and International Law, A Comparative Study of the Nagorno-Karabakh Conflict and the Aland Islands Precedent*, Routledge, London, 2019.
- MERAY, Seha L. (Çev.): *Lozan Barış Konferansı Tutanaklar Belgeler*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 2018 (Lozan).
- MERAY, Seha L.: *Devletler Hukukuna Giriş II*, 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1975.
- MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS: *Database on Aggression by Armenia against Azerbaijan*, 2020.
- NESIROVA, Aynur: "Economic Results of the Karabakh War: Plundering in the Territories of Azerbaijan During the Occupation Period", *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, 2022, Cilt 5, Sayı 2, s. 257-266.
- ÖZARSLAN, Bahadır Bumin: "Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Açısından Hocalı Katliamı", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 1, s. 187-214.
- PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri, III. Kitap*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- SADIGOV, Ramin: "II. Karabağ Savaşı ve Bölgesel Güçlerin Tutumu", (Ed.) KURBAN, Vefa / ÖRAZ BEŞİKÇİ, Seçil / ÇOBAN, Recep Efe: *Soğuk Savaş Sonrası Sosyal, Ekonomik ve Siyasal Gelişmeler Bağlamında Güney Kafkasya*, İksad Publications, İzmir, 2021, s. 423-480.
- SADIGZADE, Arzu: *Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Çırağov Davası*, Astana Yayınları, Ankara, 2020.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: "Reparations", *Encyclopedia of Public International Law*, North-Holland Publishing Company, New York, 1982, s. 178-180.
- SHAFIYEV, Farid / HUSEYNOV, Vasif: "Peace Negotiations can not be Held Forever", *Insight Turkey*, 2020, Cilt 22, Sayı 4, s. 99-111.
- SONYEL, Salahi R.: "Lozan'da Türk Diplomasisi", *Belleten*, 1974, Cilt 38, Sayı 149, s. 41-116.
- STEINKAMM, Armin A.: "War Damages", *Encyclopedia of Public International Law, Cilt IV*, North-Holland Publishing Company, New York, 1982, s. 298-303.
- SULLO, Pietro / WYATT, Julian: "War Reparations", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- THE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OMBUDSMAN) OF THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN: *Report Concerning the Factual Evidences of Extensive Civilian Casualties and Damage to Civilian Objects in Barda City Caused by the Ballistic Missiles Launched by Armenian Armed Forces*, 2020.
- TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur: *İnsancıl Hukuka Giriş*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- UZUN, Elif: *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- VENTURINI, Gabriella: "International Humanitarian Law and the Conduct of Hostilities in the Case-Law of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission", (Ed.) GUTTRY, Andrea de / POST, Harry H. G. / VENTURINI, Gabriella: *The 1998-2000 Eritrea - Ethiopia War and Its Aftermath in International Legal Perspective, From the 2000 Algiers Agreements to the 2018 Peace Agreement*, 2. Baskı, Springer, The Netherlands, 2021, s. 345-372.
- WOLFRUM, Rüdiger: "Internationally Wrongful Acts", *Encyclopedia of Public International Law, Cilt X*, North-Holland Publishing Company, New York, 1982, s. 271-277 (Internationally Wrongful).
- WOLFRUM, Rüdiger: "Reparation for Internationally Wrongful Acts", *Encyclopedia of Public International Law, Cilt X*, North-Holland Publishing Company, New York, 1982, s. 352-353.
- YUNUSOV, Arif: *Karabakh: Past and Present*, Institute of Peace and Democracy, Bakü, 2005.

- ZENGİN, Eyüp / İBAYEV, Vefaddin: “Karabağ’ın İşgalinin Kültürel Etkileri”, (Ed.) YILMAZ, Reha: *Qarabağ: Bildiklərimiz və Bilmədiklərimiz*, Qafqaz Universiteti, Şərq -Qərb, Bakı, 2010, s. 337-356.
- АЛИЕВ, Намиг, “Армяно-Азербайджанский Нагорно-Карабахский Конфликт в Контексте Международного Права”, *Кавказ&Глобализация*, Том 1(2), (ALİYEV, Namig: “Armano-Azerbaydjanskiy Nagorno-Karabakhskiy Konflikt v Kontekste Mejdunarodnogo Prava”, *Kavkaz&Globalizaciya*, Tom 1(2)), 2007, s. 19-26.
- ГОРОХОВ, В. Н.: *История Международных Отношений 1918-1939*, Изд. Московского Университета, Москва, (GOROXOV, V. N.: *İstoriya Mejdunarodnih Otnoşeniy 1918-1939*, İzd. Moskovskogo Universiteta, Moskva), 2004.
- ЕВГЕНЬЕВ, В. В.: *Международно-Правовое Регулирование Репараций После Второй Мировой Войны*, Изд. Юр. Литературы, Москва, (YEVGENYEV, V. V.: *Mejdunarodno-Pravovoye Regulirovaniye Reparaciy Posle Vtoroy Mirovoy Voyni*, İzd. Yur. Literaturi, Moskva), 1950.
- КОНСТИТУЦИЯ СССР Принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета СССР девятого созыва 7 октября 1977 г, (KONSTITUSIYA SSSR Prinata na vneşerednoy sedmoy sessii Verhovnogo Soveta SSSR devatogo soziva 7 oktyabra 1977 g., <https://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1977.htm>, ET: 04.12.2022).
- МАММАДОВ, Ильгар / МУСАЕВ, Тофик: *Армяно-Азербайджанский Конфликт, История, Право, Посредничество*, 2-е изд, Баку, (MAMMADOV, İlgar / MUSAYEV, Tofik: *Armano-Azerbaydjanskiy Konflikt, İstoriya, Pravo, Posredniçestvo*, 2-ye izd, Baku), 2008.
- РАЙХЕР, В. К.: “Правовые Вопросы Репараций”, *Ученые Записки*, Серия Юр. Наук, Выпуск: 1, Изд. ЛГУ, Ленинград, (RAYKHER, V. K.: “Pravoviye Voprosi Reparaciy”, *Uşeniye Zapiski*, Seriya Yur. Nauk, Vipusk: 1, İzd. LGU, Leningrad), 1948, s. 105-145.
- САНАКОЕВ, Ш.П. / ЦЫБУЛЕВСКИЙ Б.Л.: *Тегеран - Ялта - Потсдам: Сборник документов*, 2-е изд., Изд. “Меж. Отношения”, (SANAKOYEV, Ş. P. / TSIBULEVSKİY, B. L.: *Tegeran - Yalta - Potsdam: Sbornik Dokumentov*, 2-ye izd., İzd. Mej. Otnoşeniya), 1970.

Yargıtay Kararları Işığında Fikri Mülkiyet Hukukuna İlişkin Ticari Davalar^(*)



*Commercial Cases Related to Intellectual Property Law in the Light of the
Court of Cassation Decisions*

Burakcan YEDEK



Doktora Öğrencisi

Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Ticari Dava,
Fikri Mülkiyet Hukuku,
Dava Şartı
Arabuluculuk,
Objektif Dava
Birleşmesi,
Görevli Mahkeme.*

Öz

Fikri mülkiyet, geniş anlamda, endüstriyel, bilimsel, edebi ve sanatsal alanlardaki fikri faaliyetlerden kaynaklanan hakları kapsamaktadır. Fikri mülkiyet hukukunun ekonomik boyutu ve fikri mülkiyete konu hususların uzmanlık gerektirmesi gibi sebeplerden ötürü uzman mahkemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu sebeple Türk hukukunda, fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için ihtisas mahkemeleri görevlendirilmiştir. Ancak bazı durumlarda içinde fikri ürünleri barındıran uyuşmazlıklarda görevli mahkeme değişkenlik gösterebilmektedir. Dolayısıyla görevli mahkemenin tespiti önemli bir husustur. Zira Türk hukukunda mahkemelerin görev kuralları kamu düzeninden kaynaklanmakta olup bir davanın görevsiz mahkemede açılması, davanın reddine; görevsiz mahkemede görülmesi ve karar verilmesi ise kararın kaldırılmasına ya da bozulmasına sebep olmaktadır. Çalışmada uygulamada sıkça karşılaşılan fikri ürünlerle ilgili uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, hangi uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu ve objektif dava birleşmesinde birbirinden bağımsız talepler bakımından dava şartı arabuluculuk konuları incelenmiştir.

Keywords

*Commercial Case,
Intellectual Property
Law,
Mandatory Mediation,
Objective
Consolidation of
Actions,
Competent Court.*

Abstract

Intellectual property, in a broad sense, covers legal rights arising from intellectual activities in the industrial, scientific, literary and artistic fields. Specialized courts are needed for reasons such as the economic dimension of intellectual property law and the fact that intellectual property issues require expertise. For this reason, specialized courts have been appointed in Turkish law to resolve disputes arising from intellectual property law. However, in some cases, the competent court may vary in disputes that involving intellectual products. Therefore, the determination of the competent court is an important issue. For in Turkish law, the rules of jurisdiction as to subject matter arise from public order, and if a case filed before a court without jurisdiction as to subject matter, the case shall be rejected or if it is heard and decided before a court without jurisdiction as to subject matter, the decision shall be rescinded or reversed. The study has examined, the competent court in disputes related to intellectual products, which are frequently encountered in practice; the disputes which are subject to mandatory mediation, and mandatory mediation in terms of independent demands in objective consolidation of actions.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 13.11.2023, Kabul Tarihi: 29.12.2023.

GİRİŞ

Ticaret hayatının kendine özgü yapısı, hızı, uyuşmazlıkların kısa sürede çözüme kavuşturulmasına duyulan gereksinim gibi etkenlerden dolayı ticari uyuşmazlıklara özgü yargılama usullerine ve bu alanda uzman mahkemelere ihtiyaç duyulmuştur. Türk hukukunda “ticari dava” olarak isimlendirilen bu davalar, asliye ticaret mahkemelerinin görev alanına girmektedir. Diğer bir ifadeyle bir uyuşmazlık eğer ticari dava olarak nitelendiriliyorsa bu uyuşmazlığı -kural olarak- asliye ticaret mahkemesi incelemekle görevlidir. Hukukumuzda mahkemelerin görevi kamu düzeninden kaynaklandığı için ticari davanın başka bir mahkemede görülmesi davanın usulden reddine sebebiyet vermektedir.

Fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattan doğan hukuk davalarının ticari dava olduğu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda¹ (TTK) düzenlenmektedir. Dolayısıyla fikri mülkiyet mevzuatından kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümünde asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir ancak fikri mülkiyet ile ilgili mevzuatta bu kanunlardan doğan uyuşmazlıklarda ihtisas mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmektedir. Diğer bir anlatımla fikri mülkiyet mevzuatından doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri görevlidir. Her ne kadar fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar için ihtisas mahkemeleri kurulmuşsa da somut olayın niteliğine göre ihtisas mahkemeleri her zaman görevli olamamaktadır.

Çalışmada önce ticari dava ve ticari dava çeşitleri hakkında kısa bilgi verilecektir. Ardından fikri mülkiyet kavramı ve fikri mülkiyet ile ticari dava bağlantısı anlatılacaktır. Son bölümde ise uygulamada sık karşılaşılan uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkeme konusu incelenecektir.

I. TİCARİ DAVA

A. Genel Olarak Ticari Dava

Ticaret hayatının gereksinimlerinden ötürü ticaret hukukunun ayrı bir disiplin olarak gelişmesi, ticari davaların ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerinin bazı özel düzenlemelere tabi kılınmasına sebep olmuştur². Zira ticaret hayatı kendine özgü şartlara sahip bir faaliyet alanıdır ve bu alandaki uyuşmazlıkların çözümünde uzmanlık gerekmektedir³. Bu bağlamda uzman mahkemelerde uyuşmazlıklar daha seri bir şekilde sonuçlanabilmektedir.

Belirli uyuşmazlıkların ticari dava olarak nitelendirilmesi ve bu uyuşmazlıklarda özel usul kurlarının uygulanması ile bu alandaki özel ihtiyaçların karşılanması amaçlanmaktadır⁴. Buna göre bir davanın ticari dava olarak nitelendirilmesinin, davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi ve uyuşmazlıkta özel usul kurallarının uygulanması gibi iki önemli sonucu bulunmaktadır⁵.

B. Ticari Dava Çeşitleri

TTK’de, işin niteliğine göre hâkimin özel uzmanlığa ihtiyaç duymasını gerektiren davaların ticari dava olarak nitelendirilmesi ilkesinden hareket edilmiştir⁶. TTK’de bir davanın ticari dava niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde, üç ayrı kıstas öngörülmektedir. Buna göre, başta TTK olmak üzere, kanunda sayılan hususlarla ilgili davalar, başka hiçbir şart aranmaksızın, mutlak ticari dava olarak kabul edilmekte-

¹ 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

² BOZER, Ali / GÖLE, Celal: *Ticari İşletme Hukuku*, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2015, s. 123.

³ ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / KENDİGELEN, Abuzer / NOMER ERTAN, Nedret Füsün: *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 115.

⁴ ÜLGEN / HELVACI / KAYA / KENDİGELEN / NOMER ERTAN, s. 115.

⁵ DELİDUMAN, Seyithan / ORUÇ, Yakup: “Ticari Davalar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 2, s. 101; POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: *Ticari İşletme Hukuku*, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 113.

⁶ BÖRÜ, Levent / KOÇYİĞİT, İlker: *Ticari Dava*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 7; ÜLGEN / HELVACI / KAYA / KENDİGELEN / NOMER ERTAN, s. 116.

dir. İkinci olarak TTK m. 4'te sayılan bazı hususlar mutlak ticari dava olarak nitelendirilmemektedir fakat bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi koşuluyla ticari dava sayılmaktadır⁷. Son olarak her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları da ticari dava niteliğindedir.

1. Mutlak Ticari Dava

Mutlak ticari davalar, tarafların sıfatına, işlem veya fiilin ilgili olduğu işletmenin ticari olup olmadığına bakılmaksızın, kendiliğinden ticari dava niteliği taşımaktadır⁸. Mutlak ticari davalar, TTK'nin 4. maddesinde veya özel kanunlarda özel hükümler getirilerek düzenlenmektedir. Buna göre aşağıdaki hususlardan doğan hukuk davaları, mutlak ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılmaktadır:

- TTK'de düzenlenmiş olan tüm hususlar,
- 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda⁹ (TMK) düzenlenen rehin karşılığı ödünç (TMK m. 962-969),
- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda¹⁰ (TBK) düzenlenen bir malvarlığının veya işletmenin devri, diğer bir işletme ile birleşmesi ve şekil değiştirmesi (TBK m. 202-203); rekabet yasağı (TBK m. 444-447); yayın sözleşmesi (TBK m. 487-501); kredi mektubu ve kredi emri (TBK m. 515-519); komisyon sözleşmesi (TBK m. 532-545); ticari temsilciler, ticari vekiller ve tacir yardımcıları (TBK m. 547-554); havale (TBK m. 555-560); saklama sözleşmesi (TBK m. 561-580),
- Fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuat,
- Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümler,
- Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemeler.

TTK'nin 4/1 maddesinde sayılanlar dışında bazı kanunlarda da mutlak ticari davalara yer verilmektedir. İflas davaları [2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu¹¹ (İİK) m. 154/3], konkordato davaları (İİK m. 296), kooperatiflerle ilgili davalar (1163 sayılı Kooperatifler Kanunu¹² m. 99) örnek olarak gösterilebilir.

2. Nispi Ticari Dava

TTK'nin 4/1 maddesine göre, her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili hususlardan doğan hukuk davaları, nispi ticari dava; çekişmesiz yargı işleri ise ticari nitelikte çekişmesiz yargı işidir. Buna göre, her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren davalar, nispi ticari davadır. Diğer bir ifadeyle taraflardan yalnız birinin ticari işletmesiyle ilgili olan uyuşmazlıklar, nispi ticari davaya vücut vermemektedir¹³.

Haksız fiilden kaynaklanan bir davanın ticari dava olarak kabul edilebilmesi için haksız fiilin her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması gerekmektedir. Örneğin ticari taşımacılıkta kullanılan bir nakliyat aracının geri geri hareket ederken fabrika binasına çarpıp zarar vermesi durumunda, bu haksız fiilden doğan dava ticari dava olmaktadır¹⁴. Bu uyuşmazlık, asliye ticaret mahkemesinde görülmektedir.

⁷ Öğretide bu hususlardan doğan davalar bakımından "yarı-nispi ticari davalar" şeklinde bir ayırım da yapılmaktadır. Bkz. BOZKURT, Tamer: *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 296.

⁸ ŞENER, Oruç Hami: *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 139; POROY / YASAMAN, s. 116; BAHTİYAR, Mehmet: *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 91; AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: *Ticari İşletme Hukuku*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 77; BOZER / GÖLE, s. 123; ÜLGEN / HELVACI / KAYA / KENDİGELEN / NOMER ERTAN, s. 117; BÖRÜ / KOÇYİĞİT, s. 9.

⁹ 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete.

¹⁰ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

¹¹ 19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete.

¹² 10.05.1969 tarihli ve 13195 sayılı Resmî Gazete.

¹³ ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 20. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2015, s. 107; BOZKURT, s. 298; BAHTİYAR, s. 94; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 89; BOZER / GÖLE, s. 126.

¹⁴ ŞENER, s. 132.

Tüzel kişi tacirlerin adi sahaları bulunmadığından ötürü¹⁵, bir anonim şirketin genel kurul toplantısı yapabilmek için tacirden salon kiralaması olayında, bu sözleşmeden doğan bir uyumsuzluk, ticari dava sayılmaktadır¹⁶. Ancak gerçek kişi tacirler bakımından durum farklıdır. Buna göre gerçek kişi tacir bir işlemi yaparken bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını bildirirse ya da işin niteliği ticari saymaya elverişli değilse bu iş, adi iş sayılmaktadır¹⁷. Diğer bir ifadeyle somut olaydan aksi anlaşılmadığı müddetçe, gerçek kişi tacirin borçları ticaridir.

II. FİKRİ MÜLKİYET KAVRAMI VE TTK m. 4/1-d BAKIMINDAN FİKRİ MÜLKİYET MEVZUATI

A. Fikri Mülkiyet Hukukunun Oluşumu ve Fikri Mülkiyet Kavramı

Fikri üretim, insanlık tarihi kadar eskidir¹⁸. Fakat fikri ürünlerin hukuken korunması bu kadar önceye dayanmamaktadır. Roma hukukunda fikri ürünün rejimi, somutlaştığı eşyanın hukukuna tabi olmuştur. Diğer bir anlatımla Roma’da soyut olan fikri ürünler üzerinde herhangi bir hak tanınmamaktaydı. Bu bağlamda bir tiyatro eseri kâğıt üzerine yazılmışsa kâğıdın sahibi, eserin de sahibi olarak kabul görmekteydi. Bu yaklaşım, Orta Çağ’ın sonuna kadar sürmüştür¹⁹.

Orta Çağ’da matbaanın icat edilmesiyle birlikte eserler sayısız olarak çoğaltılmaya başlanmış ve bu yolla kazanç elde eden girişimci bir sınıf oluşmuştur. Bu sebeple fikri haklar önem kazanmaya başlamıştır. Öncelikli olarak kitabın basımında görev alan kişilere hukuki koruma sağlanmıştır²⁰. Zaman içinde fikri mülkiyet ulusal düzenlemelere tabi olmuş ve bu düzenlemeler telif hakları ve sınai haklar olmak üzere ikiye ayrılmıştır. 1709 tarihinde İngiliz Parlamentosu tarafından kabul edilen Kraliçe Anne Kanunu (*The Statute of Anne*) ile birlikte fikri mülkiyet kavramı oluşturulmuş ve eser sahipliği eserin asıl sahibine, diğer bir ifadeyle eseri oluşturan kişiye verilmiştir. Böylece eser sahipliği konusundaki hukuki koruma üzerinde kanuni altyapı hazırlanmaya başlanmış ve zamanla günümüzdeki şeklini almıştır.

Sınai haklara yönelik ilk hukuki düzenleme ise 1474 tarihli Venedik Patent Kanunu’dur. Yeni buluşlara gerçek anlamda patent ilk kez 1443 yılında Venedik Senatosu tarafından tanınmıştır ancak Senato geniş ve genel mahiyette bir kanunu 1474 yılında düzenlemiştir²¹. Bunu, İngiltere’de Tekel

¹⁵ TTK’nin 19. maddesi uyarınca bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Bu karine, tüzel kişi tacirler arasında sayılan ticaret şirketleri bakımından mutlak olarak nitelendirilmektedir. Fakat burada 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) hükümlerinin ihmal edilmemesi gerektiği yönünde öğretilerde görüş bulunmaktadır. Buna göre ticaret şirketinin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket ettiği hâllerde, somut olayın niteliğine göre, ticaret şirketi tüketici konumunda olabilmektedir. 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’dan farklı olarak 6502 sayılı TKHK’de geniş kapsamlı düzenlemelere yer verildiğinden ötürü ticari iş karinesine istisna tanınması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAHTİYAR, s. 69; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 24; BOZKURT, s. 313; AKTÜRK, İpek Yücer: “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 20, Sayı 2, s. 118. Tüzel kişi tacir olarak kabul edilen amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıf ve derneğin (TTK m. 16) yalnızca işlettiği ticari işletmenin faaliyetlerinden doğan borçları ticaridir. Ticaret şirketlerinde olduğu gibi amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıf ve dernek de tüketici sayılabilmektedir. Bkz. AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 26. Konuya ilişkin öğretilerde baskın görüş, tüzel kişi tacirlerin mutlak olarak ticari ve mesleki amaçla hareket ettikleri gerekçesiyle tüketici sıfatına sahip olamayacakları yönündedir. AKTÜRK, s. 126; BAHTİYAR, s. 71. Baskın görüşe göre tüzel kişi tacirlerin adi sahaları bulunmamaktadır. ÜLGEN / HELVACI / KAYA / KENDİGELEN / NOMER ERTAN, s. 65; POROY / YASAMAN, s. 76; BÖRÜ / KOÇYİĞİT, s. 373.

¹⁶ ARKAN, s. 108.

¹⁷ ÜLGEN / HELVACI / KAYA / KENDİGELEN / NOMER ERTAN, s. 126.

¹⁸ SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 27.

¹⁹ AYİTER, Nomer: *İhtira Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 13; TEKİNALP, Ünal: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 84; SULUK / KARASU / NAL, s. 27.

²⁰ CEBE, Rohat / SUÇİN, Hayrettin: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Kısa Tarihçesi ve Eser Üreticileri Açısından Önemi”, *Rast Müzikoloji Dergisi*, 2014, Cilt 2, Sayı 1, s. 122.

²¹ Bu Kanun’un düzenlenmesi sürecinde yapılan konuşmalarda “*Aramızda aygıtlar icat etmeye ve keşfetmeye meyilli büyük dahi insanlar bulunmaktadır ve şehrimizin ihtişamı ve erdemi göz önüne alındığında her gün farklı yerlerden bize bu tür insanlar gelmektedir. Şimdi, eğer böyle kişiler tarafından keşfedilen eserler ve cihazlar, onları gören başkaları onları inşa etmesin ve mucidin onurunu elinden almasınlar diye temin edilseydi o zaman daha fazla insan dehasını uygular, keşfeder ve icat ederdi. Böylece toplumumuza büyük yarar sağlar ve toplumumuzun refah seviyesi artar. Bu yüzden bu Konsey’in yetkisiyle, bu Şehir’de topluluğumuzda daha önce yapılmamış herhangi bir yeni ve dahiyane cihaz inşa edecek olan herkesin, bunu Genel Refah Kurulu’ muzun ofisine bildireceği kabul edilmiştir. 10 yıl süreyle bölge ve kasabalarımızın herhangi birinde buluş sahibinin izni ve lisansı olmaksızın söz konusu cihazın aynı ve benzerinin yapılması yasaklanmıştır. Herhangi birisi bu kurala aykırı davranarak buluşun aynısını oluşturursa yukarıda bahsedilen buluş sahibi, ihlalde bu-*

Kanunu ismiyle bilinen 1624 tarihli Kanun, Amerika’da 1790 tarihli Kanun, Fransa’da 1791 tarihli Kanun izlemiştir. Markalarda da benzer bir süreç yaşanmıştır²².

Sanayi devrimiyle birlikte, fikri mülkiyet koruması neredeyse bütün ülkelerin mevzuatına girmiştir. Patent, marka, tasarım gibi sınai hakların modern anlamdaki doğumu sanayi devrimine denk gelmektedir. Diğer bir anlatımla sanayi devrimi, sınai mülkiyetin korumasını doğurmuştur²³. Toplumun bilgi seviyesi, bilgiye erişimi gibi etkenler ülkenin ekonomisini de etkilemektedir. Gerçekten de bilim ve teknolojinin gelişimi, sanayileşmenin hızı, ekonominin gelişimi fikri mülkiyetin korunması ile doğru orantılıdır. Zira günümüzde bilgi, sermayedir²⁴. Ulusal ve uluslararası pazarlarda en çok ticareti yapılan ürünler arasında fikri ürünler de yer almaktadır²⁵.

Sanayileşme ekonomik anlamda fikri ürünlerin genişlemesini sağlamakla birlikte fikri mülkiyeti de etkilemiştir. Bilgisayar programları, veri tabanları, multimedya gibi ürünler fikir ve sanat eserlerinin sanayileşmiş örneklerini oluşturmaktadır²⁶. Diğer bir ifadeyle bu ürünler sınai bir nitelik kazanmıştır²⁷. Teknolojik gelişmeler sebebiyle “fikri ve sınai mülkiyet” kavramındaki “sınai” ve “fikri” ifadelerini kesin bir çizgi ile ayırmak yerine “fikri mülkiyet” şeklinde çatı bir kavram oluşmuştur. Böylece fikri mülkiyetteki iç bölünmeden ayrılıp bütünleşmeye gidilmiştir. Gerçekten de Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (*World Intellectual Property Organization - WIPO*) ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması²⁸ (*The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS*) bahsi geçen sınıflandırmayı ortadan kaldırarak fikri mülkiyete geniş bir anlam vermiştir²⁹.

Fikri mülkiyet, geniş anlamda, endüstriyel, bilimsel, edebi ve sanatsal alanlardaki fikri faaliyetlerden kaynaklanan haklar anlamına gelmektedir. Ülkelerin fikri ürünleri korumak için iki ana nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yaratıcıların yarattıkları ürün üzerindeki manevi ve maddi haklarını ve bu eserlere erişimde toplumun yasal haklarını tanımlamaktır. İkincisi ise yaratıcılığı ve sonuçlarının yayılmasını ve uygulanmasını teşvik etmekle birlikte, ekonomik ve sosyal kalkınmaya katkıda bulunacak adil ticareti teşvik etmektir³⁰. Buna göre fikri mülkiyetin ticari boyutu ve ticaretteki yeri göz önünde bulundurulduğunda fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan uyumsuzlukların alanındaki uzman mahkemeler önünde çözülmesi yerinde bir uygulamadır³¹.

B. TTK m. 4/1-d Kapsamında Fikri Mülkiyet Hukukuna Dair Mevzuat

TTK’nin 4/1-d maddesinde fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattan doğan hukuk davalarının ticari dava olduğu hüküm altına alınmıştır. TTK’deki bu düzenlemede, mülga Türk Ticaret Kanunu’ndaki³²

lunan kişiyi yargıcın önüne çağırma hakkına sahiptir. Söz konusu ihlalcıye yargıç tarafından 100 duka ödeme yükümlülüğü getirilecek ve cihaz derhal imha edilecektir. Bununla birlikte, bu tür herhangi bir cihaz ve aleti almak ve kullanmak hükümetin yetkisi ve takdiri dahilinde olmak üzere ancak bu şartla eser sahibi dışında kullanılabilir, bunun dışında hiç kimse kullanamaz.” ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. MANDICH, Giulio: “Venetian Patents (1450-1550)”, *Journal of the Patent Society*, 1948, Cilt 30, Sayı 3, s. 176.

²² SULUK / KARASU / NAL, s. 28.

²³ ORTAN, Ali Necip: “Teknik Ekonomik ve Sosyal İlerleme Açısından Patent Sisteminin Yeri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1985, Cilt 13, Sayı 2, s. 86.

²⁴ SULUK / KARASU / NAL, s. 36.

²⁵ OĞUZ, Arzu: “Fikri Mülkiyet Hakları ve Geleneksel (Yerel) Bilgi ve Folklorun Hukuki Korunması”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 2009, Cilt 9, Sayı 3, s. 10.

²⁶ TEKİNALP, s. 2.

²⁷ TEKİNALP, s. 2.

²⁸ TRIPS, 15.04.1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütünü Kuran Anlaşma’nın 1C ekidir. 26.01.1995 kabul tarihli 4067 sayılı Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 29.01.1995 tarihli ve 22186 sayılı Resmî Gazete’de; Anlaşma metni ise 25.02.1995 tarihli ve 22213 sayılı Mükerrer Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁹ TEKİNALP, s. 2.

³⁰ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO): *WIPO Intellectual Property Handbook*, WIPO Publication, Cenevre, 2004 (<https://tind.wipo.int/record/28661>, ET: 18.04.2023), s. 3.

³¹ Fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan dava ve işlerde ihtisas mahkemesi olarak fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinin görevli olduğu ve dolayısıyla fikri mülkiyet mevzuatından kaynaklanan uyumsuzlukların ticari dava olarak nitelendirilmesinin isabetsiz olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Bkz. KENDİGELEN, Abuzer: “Yeni Türk Ticaret Kanununun Genel Olarak Değerlendirilmesi ve Başlangıç Hükümleri”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 16, Sayı 3, s. 23; KURT KONCA, Nesibe: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Asliye Ticaret Mahkemesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2013, Sayı 15, s. 99.

³² 09.07.1956 tarihli ve 9353 sayılı Resmî Gazete.

düzenlemeden farklı³³ ve bilinçli olarak “fikri mülkiyet” kavramı kullanılmıştır³⁴. Eski düzenlemedeki sayma yöntemi TTK’de aynı şekilde kullanılmış olsaydı faydalı model, tasarım, coğrafi işaret, geleneksel ürün adı, entegre devre topoğrafyası, yeni bitki çeşitlerine ait ıslahçı hakları kapsam dışında kalacaktı. Ayrıca ilgili düzenlemede “fikri ve sınai haklar” kavramı kullanılsaydı böyle bir durumda geleneksel ürün adından kaynaklanan uyuşmazlıklar ticari dava olarak nitelendirilemeyecekti. Zira 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun³⁵ (SMK) 2/1-ı maddesi uyarınca sınai mülkiyet hakkı “marka, coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı model olarak tanımlanmaktadır³⁶. SMK’deki düzenlemede geleneksel ürün adı sınai hak olarak nitelendirilmemektedir³⁷. Benzer şekilde “fikri mülkiyet hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar” şeklinde bir kavram kullanılmış olsaydı geleneksel ürün adları bu kapsam dışında kalacaktı. Zira, geleneksel ürün adları fikri mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmemektedir. Geleneksel ürün adları *sui generis* haktır³⁸. Düzenlemede “fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuat” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla her ne kadar fikri mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmese de fikri mülkiyet mevzuatında düzenlenen bir konu olmasından ötürü geleneksel ürün adından kaynaklanan uyuşmazlıklar da ticari davadır. Zira fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlardan doğan davaların, kanunen mutlak ticari davalar olduğu madde gerekçesinde de belirtilmektedir. TTK’nin 4/1-d maddesi uyarınca fikri mülkiyet mevzuatına dair uyuşmazlıklar ticari dava olarak nitelendirilmektedir. Ancak TTK’nin 4. maddesinin devamında herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davaların bu hükmün istisnasını oluşturduğu belirtilmektedir. Buna göre 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’ndan³⁹ (FSEK) kaynaklanan davalar, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmedeği müddetçe, ticari dava olarak nitelendirilmemektedir.

III. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR

A. Görevli Mahkeme

Bir davanın ticari dava olmasının en önemli sonucu o davanın ticaret mahkemelerinde görülmesi ve buna bağlı özel usul kurallarının uygulanmasıdır⁴⁰. Buna göre TTK m. 4 kapsamına giren davalar, ticari dava niteliğinde olduğuna göre bu uyuşmazlıkların çözümünde görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleri olmaktadır. Bu kapsamda TTK m. 4/1-d’de belirtildiği üzere fikri mülkiyet mevzuatına dair uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olduğu için bu uyuşmazlıklarda görevli mahkeme-

³³ Eski düzenlemede “*alameti farika, ihtira berati ve telif hakkına mütaallik mevzuatta*” şeklinde sayma yöntemi kullanılmıştır.

³⁴ “(d) bendinde, TRIPS ile WIPO anlayışına ve dünya literatüründeki gelişmeye uygun olarak ‘Fikri mülkiyet hukukuna’ ibaresine yer verilmiş; ayrıca bu alanın dallarının adını sayma yöntemi terk edilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir. Çünkü, kavram TRIPS ile WIPO’nun terminolojisine uygun olarak *inter alia* fikir ve sanat eserlerine, markalara, patentlere, faydalı modellere, endüstriyel tasarımlara, coğrafi ad ve işaretlere, bitki çeşitleri ve ıslah haklarına, elektronik devrelerin topoğrafyalarına, açıklanmamış bilgilere ilişkin mevzuatı ifade etmektedir. Açıklanmamış bilgiler hariç fikri mülkiyet kapsamına giren bütün konular Türk hukukunda düzenlendiği için, söz konusu bentte, sayma yöntemi yerine dalları ifade eden kavramın kullanılması gerekiyordu.

Diğer yandan, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlardan doğan davalar, kanunen mutlak ticari davalardır. Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin davaların halen tek yargıçlı, fikri ve sınai haklara ilişkin hukuk mahkemelerinde görülmekte bulunmaları, bu mahkemelerin ihtisas mahkemeleri olarak adlandırılmaları, başka bir deyişle ihtisas mahkemesi olmaları, bu davaları ticari dava olmaktan çıkarmaz; niteliklerini değiştirmez. Fikri 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 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5 inci maddesi) olmaları, fikri ve sınai haklar mahkemesinin ticaret mahkemesi olmadığı anlamına gelemez. Çünkü, ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde tek hakimli asliye mahkemesi de ticaret mahkemesi sıfatıyla ticari davalara bakmaktadır.” ifadeleri için bkz. TTK Gerekçesi (https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf, ET: 18.04.2023).

³⁵ 10.01.2017 tarihli ve 29944 sayılı Resmî Gazete.

³⁶ SMK’nin 2/1-i maddesinde “*sınai mülkiyet hakları ile geleneksel ürün adlarına ilişkin...*” ifadelerine yer verilmiştir. Burada da geleneksel ürün adı sınai mülkiyet hakkından ayrı tutulmuştur.

³⁷ SULUK / KARASU / NAL, s. 31; YILDIZ, Burçak: “Sınai Mülkiyet Kanunu Açısından Geleneksel Ürün Adları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 1, (Geleneksel Ürün Adları), s. 37; ÖZDEN MERHACI, Selin: “Sınai Mülkiyet Kanunu Bakımından Geleneksel Ürün Adları ve Bu Adlar Üzerindeki Korumanın Niteliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2023, Sayı 54, s. 291.

³⁸ Konu hakkında ayrıntı için bkz. YILDIZ, *Geleneksel Ürün Adları*, s. 37.

³⁹ 13.12.1952 tarihli ve 7981 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁰ DELİDUMAN / ORUÇ, s. 101; POROY / YASAMAN, s. 113.

lerin asliye ticaret mahkemesi olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir. Ancak fikri mülkiyetin teknik bilgi ve uzmanlık boyutunu göz önüne alan kanun koyucu, bu alanda ihtisas mahkemelerinin kurulmasını öngörmüştür. FSEK'nin 76. maddesinde Kanun'un düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan dava ve işlerde SMK'nin 156. maddesine atıf yapılmaktadır. SMK'nin 156. maddesinde ise Kanun'da öngörülen davalarda fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmektedir.

Gerek TTK'nin madde gerekçesinde⁴¹ gerekse öğretide⁴² ve Yargıtay kararlarında⁴³ fikri mülkiyet mevzuatından kaynaklanan davalarda fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görevli olduğu ve fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinin görevli olmasının bu uyuşmazlıkların ticari dava olmasına engel olmadığı belirtilmektedir.

B. Hukuki Uyuşmazlığın Dayanağının Önemi

Hukuk yargılamasında kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerindeki ihtilaflar çözümlenmektedir. Bu yargılamada hakkı ihlal edilen, zarar gören kişiler haklarının korunmasını, zararlarının giderilmesini talep edebilmektedir. Bunların korunmasını talep edebilmek için kişilerin hukuken korunan hak ve menfaatlerinin bulunması esastır. Bu bağlamda bir hukuk yargılamasında davanın temelini oluşturan, davanın esasına dayanan maddi vakıalar gündeme gelecek ilk husustur⁴⁴. Diğer bir ifadeyle, davanın sebebi olan maddi vakıalar, davanın temelini, özünü oluşturmaktadır⁴⁵.

Dava sebebi olan maddi vakıalar, hukuki sebebin somut olayda şekillenmiş hâlidir⁴⁶. Hukuki sebep ise dava dilekçesinde bildirilen maddi vakıaların hukuki niteliğidir⁴⁷. Davacının, dava sebebini, diğer bir ifadeyle, dava talebine dayandırdığı maddi vakıaları, hayat olayını, mahkemeye sunması yeterlidir. Ancak hukuki sebebi bildirmek zorunda değildir⁴⁸. Bunun temelinde ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁴⁹ (HMK) 33. maddesinde düzenlenen hâkimin hukuku resen uygulayacağı ilkesi bulunmaktadır⁵⁰. Buna göre hâkim, sunulan vakılardan yola çıkarak, uygulanacak hukuk kura-

⁴¹ Bkz. dipnot 34.

⁴² BÖRÜ / KOÇYİĞİT, s. 19; ARKAN, s. 103; ÜLGEN / HELVACI / KAYA / KENDİGELEN / NOMER ERTAN, s. 115; ŞENER, s. 129; POROY / YASAMAN, s. 117; BAHTİYAR, s. 96; BOZKURT, s. 291; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 84.

⁴³ Yargıtay, HGK, T. 23.11.2011, E. 2011/552, K. 2011/686: "Tarafların iddia ve savunmaları, dayananın 15.02.2001 tarihli lisans sözleşmesi ve fesih bildirimini dikkate alındığında, marka hakkına dayalı olarak açılmış bir dava da bulunması nedeniyle, dava konusu uyuşmazlığın çözümünde, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) hükümlerinin de tartışılması gerekmektedir. 556 sayılı KHK'nin göreve ilişkin 71. maddesinde, bu Kanun Hükmünde Kararname öngörülen davalarda görevli mahkemenin ihtisas mahkemeleri olduğu hükmüne bağlanmıştır. Davaya bakmakla görevli ihtisas mahkemesi de Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi olmakla, mahkemece görevsizlik kararı verilmiş olması isabetlidir." Yargıtay, 11. HD, T. 18.01.2016, E. 2015/14963, K. 2016/384: "Mahkemece, iddia ve tüm dosya kapsamına göre, davacının programın format ve isim hakkı sahibi olup olmadığının tespiti ve buna bağlı taleplerini ileri sürdüğü, davaya ihtisas mahkemesi olan Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin bakmakla görevli olduğu gerekçesiyle görev yönünden davanın reddine, talep halinde dosyanın görevli ve yetkili ... Nöbetçi Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir. (...) Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı deliller ile gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir." Yargıtay, 9. HD, T. 01.06.2021, E. 2021/3076, K. 2021/9789: "Benzer bir durum, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76. maddesinde 03.03.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanununun 30. maddesi ile yapılan değişikliğin sonucu olarak kurulan Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri için söz konusudur. Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan davalar da ticari dava sayılmasına rağmen 5846 sayılı Kanun uyarınca kurulan Fikri ve Sınai Haklar Mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin düzenlemenin Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen aksine hükmü karşıladığı kabul edilmektedir. Aksi halde tüm fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklarda ticaret mahkemelerinin görevli olması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır." Benzer şekilde Yargıtay, 9. HD, T. 21.12.2021, E. 2021/11745, K. 2021/16748; Yargıtay, 9. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/10474, K. 2021/15964.

⁴⁴ İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: "Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 3, Sayı 2, s. 84.

⁴⁵ İYİLİKLİ, s. 85.

⁴⁶ MUŞUL, Timuçin: *Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 113.

⁴⁷ KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder: *Medeni Usul Hukuku*, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 296.

⁴⁸ DURAN, Osman: *Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 82. Karşı görüş için bkz. ÖZEKES, Muhammet: "Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur", *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 748.

⁴⁹ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

⁵⁰ ÖZEKES, s. 757; MUŞUL, s. 116; DURAN, s. 83.

ını bulup uygulamakla görevlidir. Diğer bir anlatımla hâkim hukuki sebebi araştırmak ve incelemekle yükümlüdür⁵¹.

Hukuki sebep, dava konusu vakialara uygulanacak hukuk kurallarıdır⁵². İşte tam da burada hukuki sebep, uyuşmazlığın çözümünde görevli olan mahkeme açısından önem arz etmektedir. Zira davacının maddi vakialara dayanarak dava sebebini dava dilekçesinde sunmasıyla birlikte hâkimin yapması gereken araştırma, hangi hukuk normlarının uyuşmazlığa uygulanacağını tespit etmektir. Bu tespit sonucuna göre görevli mahkemenin de değişmesi muhtemeldir⁵³. Örneğin kendi mallarına yönelik gerçeğe aykırı ve incitici beyanlarda bulunan bir kişi hakkında dava açmak isteyen davacı, davalının eylemlerinin TBK’de düzenlenen haksız fiil hükümlerine girdiği düşüncesiyle genel görevli olan asliye hukuk mahkemesinde dava açmış olsa ve yapılan incelemeler sonucunda davalının eylemlerinin aslında TTK’deki haksız rekabet hükümlerinden birisi olduğu anlaşılrsa bu durumda görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi değil, asliye ticaret mahkemesi olacaktır. Böyle bir durumda mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekmektedir.

Yukarıdaki açıklamalara benzer şekilde uyuşmazlığın hukuki sebebinin, fikri mülkiyet mevzuatından kaynaklanıp kaynaklanmadığına göre görevli mahkeme de değişiklik gösterebilmektedir.

1. Tescilsiz Markanın Korunması

Hukukumuzda sınai mülkiyet hakları bakımından tescil ilkesi kabul edilmektedir. Buna göre buluş, marka, patent gibi sınai haklar, kural olarak, Türk Patent ve Marka Kurumuna (TPMK) tescil ettirilmelidir. Ancak tescilsiz marka, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Marka hukukundaki gerçek hak sahipliği ilkesi gereği, bir işareti marka olarak kullanıp bilinir duruma getiren kişi, o markayı tescil ettirmemiş olsa dahi o işaret üzerinde marka hakkını kazanmaktadır. Tescilsiz marka hukukumuzda TTK’nin haksız rekabet (m. 54 vd.) hükümleri ile korunmaktadır. Bu markalar, ayrıca, SMK m. 6/3’e göre nispi ret sebebi teşkil etmektedir.

Tescilsiz marka üzerindeki hak sahibi, SMK ya da TTK kapsamındaki korumalardan birine dayanarak tescilsiz markasını koruyabilmektedir. İşte tam da bu noktada görevli mahkeme değişiklik gösterebilmektedir. Zira tescilsiz marka sahibi, açtığı hükümsüzlük davasında hukuki sebep olarak SMK m. 6/3’ü gösterdiği takdirde görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olacaktır. Ancak hak sahibi TTK hükümlerine göre dava açarsa, bu durumda, görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olacaktır⁵⁴. Bu bağlamda uyuşmazlığın temelini oluşturan hukuki sebebe göre görevli mahkeme değişmektedir. Fakat burada marka hakkına tecavüz hâlleri ile nispi ret sebeplerini karıştırmamak gerekmektedir. Tescilsiz marka hakkına tecavüz niteliğinde sayılabilecek bir sebeple açılan bir davanın

⁵¹ MUŞUL, s. 116; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 297; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 325; DURAN, s. 83; KIYAK, Emre: *Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 157. Yargıtay, 1. HD, T. 05.02.2020, E. 2016/15247, K. 2020/591: “Bilindiği üzere, 6100 sayılı HMK’nın 119/1-g maddesine (1086 sayılı HUMK m. 179/4) göre; davacı dava dilekçesinde dayandığı hukuki sebepleri belirtmelidir. Yine HMK’nın 33. maddesi (1086 sayılı HUMK m. 76) hükmü uyarınca olayları bildirmek taraflara hukuki nitelendirmeyi yapmak ve ona uygun yasal düzenlemeyi tayin ve tespit ederek uygulamak mahkemeye aittir.”.

⁵² BOLAYIR, Nur: *Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Resen Uygulaması İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 65; DURAN, s. 88.

⁵³ Yargıtay, 1. HD, T. 14.01.2013, E. 2012/12631, K. 2013/126: “Bilindiği gibi, hakim davacının bildirdiği maddi olay ve talep sonucu ile bağlı ise de (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 26), hukuksal nitelermeyi yapmak ve olaya uygulanacak yasa maddesini bularak uygulamak, uygulanacak yasa maddeleri uyarınca da görevli mahkemeyi doğru olarak tayin etmek hakim görevidir (HMK m. 33)”.

⁵⁴ Yargıtay, 11. HD, T. 04.03.2013, E. 2013/2689, K. 2013/3923: “Mahkemeye, uyuşmazlığın davacının kullanımla ayırt edicilik sağladığı tescilsiz ticari adın davalı tarafından haksız şekilde adına alan adı olarak tescil ettirilmesi iddiasına dayalı haksız rekabetin men’i alan adının davacı şirkete bırakılması isteminden ibaret olup konunun, Türk Ticaret Kanununun 54. ve devamı maddelerinde düzenlenen ticari ada tecavüz suretiyle haksız rekabet hükümleri çerçevesinde tartışılıp çözümlenmesi gerektiği, tescilsiz ticari adın alınması kullanılması suretiyle haksız rekabete ilişkin uyuşmazlıkların mahkemenin görevi kapsamı dışında bulunduğu gerekçesiyle mahkemenin görevsizliğine, karar kesinleştiğinde dosyanın görevli ... Asliye Ticaret Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir...Karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı deliller ile gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.”.

hukuki sebebini TTK'deki haksız rekabet hükümleri oluşturmaktadır. Tescilli markada ise SMK'nin marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri içeren 29. maddesi uygulanmaktadır. Dolayısıyla tescilsiz marka hakkına tecavüz sayılabilen bir durumun mevcut olması hâlinde, görevli mahkeme, asliye ticaret mahkemesi olmaktadır⁵⁵. Tescilsiz marka hakkı sahibinin SMK'nin 6/3 maddesi uyarınca TPMK'ye itiraz hakkı bulunmaktadır. Tescilsiz marka hakkı sahibi TPMK'ye itiraz etmemişse veya itirazı TPMK tarafından reddedilmişse hükümsüzlük davası açarak markanın hükümsüz kılınmasına karar verilmesini talep etme hakkına sahiptir⁵⁶. Böyle bir durumda görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olmaktadır⁵⁷. Ancak hükümsüzlük davası için beş yıllık süre öngörülmüştür (SMK m. 25/6). Buna göre marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu durumu izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa hükümsüzlük gerekçesi ileri sürülemez. Kötü niyetli sonraki tarihli marka başvurusu, bu hükmün istisnasıdır. Kötü niyetli bir başvurunun mevcudiyeti hâlinde, beş yıllık süre geçmiş olsa bile, hükümsüzlük gerekçesi ileri sürülebilmektedir.

Her ne kadar hukukumuzda tescilsiz markanın haksız rekabet hükümleri ile korunacağı yönünde kabul bulursa da bu husus, yalnızca marka hakkına tecavüz hakkında geçerlidir. Zira aksi durumun kabulü hâlinde, sınai haklardaki tescil ilkesi yok sayılacak, hatta haksız rekabet hükümleri ile markalar, tescilli-tescilsiz ayrımı fark etmeksizin, geniş bir koruma sağlayacak ve uygulayıcılar sistemin bu açığını kullanabilecektir⁵⁸.

⁵⁵ Yargıtay, 20. HD, T. 25.10.2016, E. 2016/5087, K. 2016/9534: “Tescilsiz marka yönünden TTK'nın 56 ve 57. maddeleri anlamında haksız rekabet; tescilli marka yönünden 556 sayılı KHK'nın 61. maddesi anlamında markaya tecavüz hükümleri uygulanır. Somut olayda; davacı, TPE nezdinde tescil edilmiş bir tescilli marka hakkına dayandığına göre uyumsuzluğun çözümünde Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesinin görevli olduğu anlaşılmakla, uyumsuzluğun ... 2. Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.”. Yargıtay, 20. HD, 13.06.2016, E. 2016/4842, K. 2016/6845: “Tescilsiz marka yönünden TTK'nın 56 ve 57. maddeleri anlamında haksız rekabet; tescilli marka yönünden 556 sayılı KHK'nın 61. maddesi anlamında markaya tecavüz hükümleri uygulanır. Somut olayda davacı, TPE nezdinde tescil edilmiş bir tescilli marka hakkına da dayanmadığına, ticaret siciline kayıtlı olan vakif adlarının davalı tarafta ticaret unvanı olarak kullanılmasına dayandığına göre uyumsuzluğun çözümünde TTK'nın uygulama yeri bulacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davaya bakma görevinin ticaret mahkemesinin görevi dahilinde olduğu anlaşılmakta, uyumsuzluğun ticaret mahkemesi sıfatıyla Amasya 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.”.

⁵⁶ SULUK / KARASU / NAL, s. 219.

⁵⁷ Yargıtay, 11. HD, T. 22.11.2011, E. 2010/5212, K. 2011/15615: “Ancak, mahkemece dava konusu markanın kapsadığı 43.sınıf hizmetler bakımından ‘X1’ ibaresini davacının 1989’ dan beri Türkiye’de tescilsiz marka olarak kullandığı ve öncelik hakkı sahibi olduğu porselen ve kristal takımlar, hediyelik eşya emtiası ile farklı sınıflarda yer aldıkları gerekçesiyle de davanın reddine karar verilmiştir... Bu durumda, davacı şirketin ‘X1’ ibaresini tescilsiz marka olarak kullandığı porselen takım, kristal takımlar ve hediyelik eşya emtiası ile dava konusu marka başvurusunda ki 43/01. alt gruptaki ‘yiyecek, içecek sağlanması ve geçici konaklama hizmetleri’ nin benzer tür mal ve hizmetler olup olmadıkları konusunda bilirkişi heyetinden ek görüş alınarak ya da gerektiğinde bu hususta yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, kararda yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru görülmemiştir.”. Yargıtay, 11. HD, T. 21.01.2015, E. 2014/15410, K. 2015/804: “Davacı vekili, davalı adına tescil ettirilen... no.lu ‘...’ ibareli marka üzerinde öncelik hakkının ve gerçek hak sahipliğinin müvekkiline ait olduğunu, davalının tescil başvurusu öncesinde markaya ilişkin herhangi bir kullanımın bulunmadığını oysa, müvekkilinin bu tarihten önce iş hayatının profesyonelleri için de yeni bir hizmet paketi oluşturduğunu...Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.”. Yargıtay, 11. HD, T. 25.11.2020, E. 2019/363, K. 2020/5390: “Mahkemece, bozma ilamına uyularak, davacının, davalıdan önceki tarihlerde, 2000 yılından itibaren ‘P<P+M’ işaretini faturalarında markasal olarak kullandığını, mühendislik, proje, tesis bilgisi danışmanlığı vb. hizmetleri sunduğu, sonraki tarihlerde, davacının tescilsiz işaretini revize ettiği, ‘PPM + şekil’ haline getirdiği kısaltmanın çevresini bir ok işaretli bir çember içine aldığı ve ‘PPM Kirlilik Önleme ve Yönetimi’ ibaresini ticari olarak kullandığını buna göre, davacının esas olarak ‘PPM’ ibaresi üzerinde öncelik ve itibar elde ettiği, davalının ticaret unvan kılavuz sözcüğü ve faaliyet alanı kapsamında elde ettiği itibarın davacının marka tesciline göre öncelikli olduğu, davacının öncelik elde ettiği işgal alanı ile markanın emtiası karşılaştırılarak çakışan ve bağlantılı olan kısmın belirlenmesi sonucu, davacının ticaret sicil kayıtlarından çıkarılan ve kanıtlanan öncelik ileri sürebileceği faaliyet alanının bilimsel hizmetler, bilgisayar hizmetleri, inşaat hizmetleri, iş makinesi hizmetleri, ısıtma, soğutma, tesisat hizmetleri olduğu, sair emtianın ise öncelik kapsamında bulunmadığı, davanın, bu emtialar yönünden kabulüne, kalan emtialar yönünden tescilin devamına dair verilen karar davacı vekilinin temyiz istemi üzerine Dairemizce onanmıştır.” (Temyize konu olan uyumsuzluklar fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde görülmüştür).

⁵⁸ Benzer yöndeki görüş için bkz. SULUK, Cahit: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 2, s. 173. Yazar, tescilsiz sınai ürünlerin haksız rekabet hükümleri ile tescilli ürünlere göre çok daha geniş korumaya sahip olduğunu söylemektedir. Hatta haksız rekabet hükümlerinin, fikri mülkiyet korumasına alternatif olarak görülmesi sonucunda fikri mülkiyet korumasının işlevsiz hâle getireceğini belirtmiştir. İlgili makalenin 69 sayılı dipnotunda verilen somut bir olayda konuyla ilgili örnek de verilmektedir. Uyumsuzlukta davacının patent sahibi olmasına rağmen haksız rekabet hükümlerine dayanarak tedbir kararı aldırıldığı görülmektedir. Diğer bir görüş için bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2014, s. 63. Haksız rekabet korumasından yararlanabilmek için herhangi bir tescil koşulunun aranmaması ve bir süreye tabi olmamasından ötürü tescilli korumaya ilgi azalabilir ve özel korumanın anlamsız hâle gelebileceği tehlikesi ortaya çıkabilir. SULUK / KARASU / NAL, s. 22.

Tescilsiz markaların (veya sınai hakların) korunmasında haksız rekabet hükümlerinin sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Böyle bir sınırın belirlenmemesi hâlinde, haksız rekabete ilişkin hükümler neredeyse her olaya uygulanabilecek ve tescilli sınai haklar ile tescilsiz sınai haklar arasında bir fark kalmayacaktır. Yargıtayın konuyla ilgili içtihatlarında görüleceği üzere tescilsiz sınai hakların korunmasında aranacak bazı kriterlere yer verilmektedir. Buna göre tescilsiz sınai hakkın, haksız rekabet hükümleriyle korunabilmesi için başkasının emek ve tanınmışlığından yararlanma ve itibasa sebep olma şartlarının birlikte bulunması gerekmektedir⁵⁹.

2. Eser ve FSEK’te Sayılan Eser Mahiyetinde Olmayan Ürünlerin Korunması

Fikir ve sanat eserleri, FSEK kapsamında korunmaktadır. Bir ürünün fikir ve sanat eseri olarak nitelendirilebilmesi için şekli (Kanun’da sayılan ilim-edebiyat, musiki, güzel sanat, sinema gruplarından birine dâhil olma), subjektif (sahibinin hususiyetini taşıma) ve objektif (tasarrufa elverişli ve üçüncü kişilerce algılanabilir nitelikte olma) şartları taşıması gerekmektedir⁶⁰. Bu şartları sağlamayan bir ürün, fikir ve sanat eseri olarak kabul edilmemektedir. Bu husus görevli mahkeme açısından önem arz etmektedir. Zira fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görevli olabilmesi için FSEK’te düzenlenen bir konu olması zorunludur. Uyuşmazlığa konu ürünün eser vasfını taşıyıp taşımadığı, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuk bilgisi dışında bir husus olmasından ötürü bilirkişilerce uyuşmazlık konusu ürünün niteliği tespit edilebilmektedir⁶¹. Eğer uyuşmazlığa konu ürün eser niteliğinde değil ise fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi görevli mahkeme olarak kabul edilemeyecektir. Bu kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır. Eser ad ve alametleri (m. 83); işaret, resim ve ses (m. 84); mektuplar (m. 85); resim ve portreler (m. 86) eser mahiyetinde olmayan ürünlerdir ve bunların haksız rekabet hükümleri ile korunabileceği FSEK’te düzenlenmektedir. Her ne kadar eser mahiyetinde olmasalar da bu konular hakkında bir uyuşmazlık ortaya çıktığında görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olmaktadır. Zira FSEK’in 76. maddesi uyarınca Kanun’un düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan dava ve işlerde fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi görevlidir⁶².

Eser ad ve alametlerinin FSEK m. 83 kapsamında korunabilmesi için bazı şartların bulunması gerekmektedir. Buna göre korunması istenen eser adının umuma arz edilmiş bir eserde kullanılmış olması, eser sahibinin bu ad üzerinde korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunması ve iltibas meydana getirebilecek surette bir başka eserde kullanılması ya da umuma arz edilmesi gerekmektedir⁶³. Bu ko-

⁵⁹ Yargıtay, 11. HD, T. 20.03.2018, E. 2016/7972, K. 2018/2136: “Dairemizin yerleşik içtihatlarında kabul edildiği üzere tescilli sınai hak konusu olmayan bir ürünü Türkiye’de ilk defa kullanan kişi büyük emek ve para harcayarak tanıtmışsa, aynı ürün bir başkası tarafından sırf bu emek ve tanınmışlıktan istifadeye yönelik olarak ve itibasa sebebiyet verecek şekilde kullanıldığı takdirde bu davranışın ticari dürüstlük kuralıyla bağdaşmayan bir davranış ve haksız rekabet oluşturacağı kabulü gerekmektedir. Ancak, ürünler üzerinde kullanılan tanıtıcı işaretler ve üretilen ürünlerin teknik nitelikleri itibarıyla her iki ticari işletme arasında itibasa meydan verilmeksizin, aynı ürünün piyasaya sunulması durumunda ise, sadece önceki firmanın ürünü ilk kez ürettiği, emek ve sermaye harcayarak tanıttığından bahisle üstün hak sahibi olduğu da kabul edilemeyecek, böyle bir davranış dürüstlük kuralıyla bağdaşmayan bir davranış olarak nitelendirilemeyecektir.” Benzer yönde bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 21.03.2008, E. 2008/1816, K. 2008/3687; Yargıtay, 11. HD, T. 04.10.2004, E. 2004/281, K. 2004/9256.

⁶⁰ SULUK / KARASU / NAL, s. 40.

⁶¹ Yargıtay, 11. HD, T. 05.03.2007, E. 2006/927, K. 2007/3892: “Diğer taraftan, konunun hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olmadığında, dava konusu fotoğrafın eser niteliği taşıyıp taşımadığı hususunda HMK 266 vd. maddeleri gereğince bilirkişi görüşüne başvurulmalıdır.”

⁶² GÜNEŞ, İlhami: *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 296; YILDIZ, Ozan Ali: “Telif Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku Çerçevesinde Eser Adlarının Korunması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2020, Cilt 26, Sayı 2, (Eser Adlarının Korunması), s. 1379. Yargıtay, 11. HD, T. 03.07.2013, E. 2012/14794, K. 2013/14155: “...fotoğrafların da 5846 Sayılı FSEK hükümleri gereği eser sayıldığı, bu eserlerin mali haklarını kullanma yetkisinin sadece eser sahibi davacıya ait olduğu iddia edilmiş; mahkemece de davalının eylemlerinin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 84/2. maddesi gereğince haksız rekabet teşkil ettiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. 5846 Sayılı FSEK in 76. maddesi gereğince, adı geçen kanunun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan davalarda, görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir. Bu itibarla, davada delillerin takdirinin ihtisas mahkemesine ait olacağı kuşkusuzdur.” Yargıtay, 11. HD, T. 13.12.2017, E. 2016/4542, K. 2017/7237: “...Yasa’nın 84.maddesinde düzenlenen fotoğrafların çoğaltılarak kullanımından kaynaklanan haksız rekabet davalarında da görevli mahkemenin ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi olması gerekir. Somut olay yönünden davaya bakmakla görevli mahkeme söz konusu kanun uyarınca ... İli hudutları dahilinde görev yapmak üzere HSYK’nın 24.03.2005 T. ve 188 sayılı kararı ile kurulan ... Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesidir...”

⁶³ YILDIZ, *Eser Adlarının Korunması*, s. 1379.

şulların bulunmaması durumunda TTK'deki haksız rekabet hükümlerine göre bir inceleme yapılmalıdır. Böyle bir durumda ise görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olacaktır⁶⁴.

3. Fikri Mülkiyet Hukukuna İlişkin Sözleşmelere Aykırılık Teşkil Eden Hâller

Bir fikri ürünün meydana getirilmesi amacıyla taraflar arasında eser sözleşmesi düzenleneceği gibi mevcut bir fikri ürünün haklarının devri veya kullanma yetkisi de sözleşmelere konu olabilmektedir. Diğer bütün sözleşmelerde olduğu gibi fikri mülkiyet haklarına ve ürünlerine yönelik sözleşmelerde de uyuşmazlıklar ortaya çıkabilmektedir. Sözleşmedeki edimin yerine getirilmemesi veya sözleşmenin haksız feshi gibi çeşitli sebeplerle sözleşmeye aykırı hâllerden meydana gelen uyuşmazlıklar mahkemelerin önüne gelmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi iyi analiz etmeli ve somut olaya hangi hukuk normunun uygun olduğunu tespit etmelidir. Zira hukuki ilişki veya uygulanacak hukuk normuna göre uyuşmazlıkta hangi mahkemenin görevli olacağı da değişkenlik gösterebilmektedir. Örneğin bir eserin veya fikri ürünün meydana getirilmesi için taraflar arasında düzenlenen eser sözleşmesinde salt bedel tahsilatı talebi bakımından uyuşmazlıkta görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olamayacaktır. Somut olayın niteliğine göre genel veya özel görevli mahkemeler görevli olabilecektir⁶⁵. Zira yalnızca eserin meydana getirilmesi karşılığında alınacak bedele yönelik uyuşmazlıklarda fikri mülkiyet hakkına veya hak sahipliğine ilişkin bir uyuşmazlık bulunmamaktadır⁶⁶. Dolayısıyla FSEK'te düzenlenen bir konu olmadığı için uyuşmazlıkta fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi görevli olamayacaktır⁶⁷. Diğer bir ifadeyle telif hakkı, tecavüz nedeniyle tazminat, eser sahipliğinin tespiti gibi konulara dayanmaksızın salt eser sözleşmesinden kaynaklanan bedel alacağının tahsili amacıyla açılan davalarda uyuşmazlığa TBK'de düzenlenen

⁶⁴ Yargıtay, 11. HD, T. 10.09.2014, E. 2014/10388, K. 2014/13493: “Mahkemece, uyuşmazlığın 5846 sayılı FSEK'nin 83 ve 76. maddelerinden kaynaklandığından bahisle fikri sınai haklar hukuk mahkemesinin görevine girdiği gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmiş ise de FSEK'nin 83. maddesinin somut uyuşmazlıkta uygulama yeri olmadığı gibi, davacı tarafca da bu kanuna dayalı bir talepte bulunulmamıştır. Öte yandan dava dilekçesinde, davacı adına tescilli tasarımların bulunduğu ileri sürülmüş ancak ürünlerin birebir taklidinden kaynaklanan davalı eylemleri ile meydana gelen haksız rekabetin tespiti, önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik olarak 6102 sayılı TTK'nun 54 vd maddelerine dayalı talepte bulunulduğu açıkça zikredilmek suretiyle işbu davanın açıldığı belirtilmiştir. Bu durumda, uyuşmazlık TTK'nun 4. ve 5. maddeleri gözetildiğinde ticaret mahkemesinin görevi kapsamında bulunmaktadır. Bu nedenle mahkemece yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile yerel mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.”. Yargıtay, 11. HD, T. 17.11.2005, E. 2004/13428, K. 2005/11149: “...556 sayılı KHK'nin uygulama yeri olmadığını, gazetenin eser olarak kabul edilmesinin mümkün bulunmadığını, bu durumda eser adını koruyan FSEK'nun 83. maddesinin de davada uygulanmayacağı, haksız rekabet hükümlerinin TTK'nun 56 ve devamı maddelerinde yer alıp, bu hususlardan doğan davaların ticari dava sayılması nedeniyle ticaret mahkemelerinde görüleceği gerekçesiyle mahkemenin görevsizliğine...”.

⁶⁵ Yargıtay, 15. HD., T. 04.04.2017, E. 2016/1566, K. 2017/1525: “Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan iş bedelinin tahsili istemiyle açılmış alacak davasıdır... Dava konusu uyuşmazlıkta, taraflar arasında davanın açıldığı tarih itibarıyla 6502 sayılı Yasa kapsamında eser sözleşmesi ilişkisinin mevcut olduğu iddia olunup; davacı yüklenici (sağlayıcı), davalı iş sahibi (tüketici) ve taraflar arasındaki ilişki ise tüketici işlemdir. Bu durumda anılan Yasa uyarınca davaya bakmaya tüketici mahkemesinin görevli olduğu ve bu nedenle tüketici mahkemesi sıfatıyla işin esasına girilip, tarafların delilleri toplanarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken...”. Yargıtay, 15. HD, T. 16.04.2014, E. 2014/1828, K. 2014/2644: “Taraflar arasındaki ilişki hukuki niteliği itibarıyla 818 sayılı BK'nın 355 (6098 sayılı TBK'nın 470) maddeleri uyarınca eser sözleşmesi olduğundan, davada 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile korunan haklara dayanılmadığından görevli mahkeme 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 3, 4 ve 5. (6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 3, 4 ve 5) maddeleri uyarınca Asliye Ticaret Mahkemesidir.”.

⁶⁶ Yargıtay, 11. HD, T. 31.01.2014, E. 2014/705, K. 2014/1741: “Davacı, taraflar arasındaki icap-kabul niteliğinde olan mailleşmelerle taraflar arasında internet sitesinin tasarımı hususunda anlaşma sağlandığını ve bu anlaşma uyarınca üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirdiğini, bu nedenle sözleşmeden doğan ücret alacağı bulunduğunu iddia etmiş; mahkemece yazılı gerekçe ile Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmiştir. Ancak, yukarıdaki özetten de anlaşıldığı üzere, taraflar arasındaki uyuşmazlık, internet sitesinin tasarımı ve kurulumundan doğan alacağına ilişkin olup FSEK kapsamında ve fikri-sınai haklara dair KHK'lar çerçevesinde bir uyuşmazlık niteliğinde değildir. Bu durumda, uyuşmazlığın Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmekte olup mahkemenin işin esasına girerek bir karar vermesi gerekirken yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı vermesi doğru olmamış...”.

⁶⁷ Yargıtay, 15. HD, T. 25.11.2013, E. 2013/3050, K. 2013/6232: “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76. Maddesi hükmü gereğince; bu Kanunun düzenlediği hukuksal ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda... görevlidir. Ancak bunun için öncelikle, davacı ya da davalı yanın, davada 'Fikri mülkiyet hakkına veya hak sahipliğine' dayanması gereklidir. Somut olayda ise, 5846 Sayılı Yasa korunan haklardan hiç birisine dayanılmadan; dava dışı eser sahibine ödenen müzik eseri telif ücretinin, reklam filmi hazırlanmasına ilişkin eser sözleşmesine dayanılarak davalı yükleniciden rücu tahsili istenmiştir...Taraflar arasındaki ilişki hukuki niteliğince 818 Sayılı 'BK'nın 355 (6098 Sayılı 'BK'nın 470) maddeleri uyarınca eser sözleşmesi olduğundan, davada 5846 S... Kanunu ile korunan haklara dayanılmadığından görevli mahkeme 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 3, 4 ve 5. (6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 3, 4 ve 5) maddeleri uyarınca Asliye Ticaret Mahkemesidir.”.

eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir⁶⁸. Böyle bir durumda ise somut olayın niteliğine göre genel veya özel görevli mahkemeler uyuşmazlığın çözümünde görevli olabilmektedir⁶⁹.

Konuyla ilgili bir diğer önemli husus eser sözleşmesinden kaynaklanan bedel alacağı ile FSEK kapsamında tazminat taleplerinin aynı davada görülmesidir. Yargıtay, eser sözleşmesi ve FSEK'ten kaynaklanan alacak ve tazminat taleplerinin birlikte asliye hukuk mahkemesi nezdinde görüldüğü uyuşmazlıkta, mahkemenin FSEK'ten kaynaklanan tazminat istemi bakımından dosyayı ayırarak ihtisas mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararının verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁷⁰. Bunun tam tersi olsaydı, diğer bir ifadeyle dava asliye hukuk mahkemesinde değil de fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde açılmış olsaydı mahkemenin ayırma kararı vermesi doğru bir karar olmayacaktı. Zira bahsi konu olayda objektif dava birleşmesi⁷¹ söz konusudur. Objektif dava birleşmesine konu olan taleplerden birinin özel mahkemenin diğerinin genel mahkemenin görev alanına girmesi hâlinde taleplerin tümü bakımından özel mahkeme görevli olmaktadır⁷².

Lisans sözleşmesi ve lisans bedeli FSEK'in 52 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Lisans sözleşmesinden dolayı ortaya çıkan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olmaktadır. Zira lisans sözleşmesi FSEK'te düzenlenmektedir. FSEK'in 76. maddesi uyarınca Kanun'un düzenlediği hukuki ilişkilerde ihtisas mahkemeleri görevlidir⁷³. Benzer kural, sınai haklar bakımından da geçerlidir. Marka hakkının lisans sözleşmesi SMK m. 24'te, tasarımın lisans sözleşmesi SMK m. 75'te ve patentin lisans sözleşmesi SMK m. 125'te düzenlenmiştir. SMK'nin 156. maddesi uyarınca bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi görevlidir⁷⁴.

4. Fikri Mülkiyet Hakkının İhlali ve Haksız Rekabet İlişkisi

Ticari işletmenin malvarlığının bütünlüğü içinde fikri mülkiyet haklarının yer alması ve TTK'deki haksız rekabet hükümlerinden dolayı fikri mülkiyet hukuku ile ticaret hukuku arasında ilişki kurul-

⁶⁸ Yargıtay, 15. HD, T. 23.10.2017, E. 2016/3944, K. 2017/3529: "5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76. maddesi hükmü gereğince; bu Kanunun düzenlediği hukuksal ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi görevlidir. Ancak bunun için öncelikle, davacı ya da davalı yanın, davada 'Fikri mülkiyet hakkına veya hak sahipliğine' dayanması gereklidir. Somut olayda ise, 5846 sayılı Kanun'a dayanılarak tecavüzün önlenmesi, telif hakkı, eser sahipliğinin tesbiti, tecavüz nedeniyle tazminat istenmediğinden, aksine sözleşme ve Borçlar Kanunu hükümlerine dayanılarak bakiye iş bedeli alacağının tahsili dava edildiğinden, taraflar arasındaki ilişki hukuki niteliği itibarıyla 818 sayılı BK'nın 355 (6098 sayılı TBK'nın 470) maddeleri uyarınca eser sözleşmesi olduğundan görevli mahkeme dava tarihinde yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK'nın 4. maddesi uyarınca asliye hukuk mahkemesidir." Benzer yönde Yargıtay, 15. HD, T. 16.04.2014, E. 2014/1828, K. 2014/2644.

⁶⁹ Yargıtay, 20. HD, T. 06.12.2016, E. 2016/11907, K. 2016/11772; Yargıtay, 15. HD, T. 14.05.2014, E. 2013/3792, K. 2014/3341; Yargıtay, 15. HD, T. 12.09.2013, E. 2013/3330, K. 2013/4848.

⁷⁰ Yargıtay, 15. HD, T. 10.04.2018, E. 2016/6150, K. 2018/1448: "5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile korunan mali veya manevi haklara ilişkin açılan davalara bakmaya bu kanunun 76. maddesi gereğince ihtisas mahkemesi olan Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri görevlidir. Bu mahkemelerin kurulmadığı yerler bakımından bu konuda açılacak davalara bakmakla görevlendirilen ve yargı çevresi belirlenen asliye hukuk mahkemesinde bu dava görülecektir. Bu kanunun koruması altında haklar içermiş olsa da bu kanunda korunan mali veya manevi haklara dayalı olmaksızın açılan ve TBK 470 ve devamı maddede düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara bakmaya ise bu kanunda belirtilen ihtisas mahkemesi görevli değildir. Açılan davada mimari projenin değiştirilerek inşaatın bitirilmesi nedeniyle 5846 sayılı Yasa hükümleri uyarınca maddi ve manevi tazminat isteğinde de bulunulmuş olup bu talepler yönünden davanın yukarıda belirtilen ihtisas mahkemesinde görülmesi zaruridir. Bu nedenle bu kalem istek yönünden davanın tefrik edilerek ihtisas mahkemesi olarak görevlendirilen mahkemede görülmek üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekirken genel mahkeme sıfatıyla işin esasının incelenmesi doğru olmamış, kararın temyiz eden davacı ve davalı ... yararına bozulması gerekmiştir."

⁷¹ Doktrinde objektif dava birleşmesi olarak adlandırılan dava çeşidi, HMK'nın 110. maddesinde davaların yığılması olarak isimlendirilmiştir. Buna göre davacı, aynı davalıya karşı, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürerek birlikte dava açılabilir. Objektif dava birleşmesinde, davacı, tek bir dava dilekçesi ile davalıya karşı açtığı davada vakıtların hepsini teker teker açıklamalı ve bunları ispat etmelidir. Mahkeme ise her bir talep için ayrı ayrı inceleme yapmalı ve her bir talep için ayrı kararlar vermemelidir. Bu kapsamda objektif dava birleşmesinde, gerçekte talep sayısına göre dava bulunmakta ancak görünüşte tek bir dava mevcuttur. Objektif dava birleşmesi hem usul ekonomisine katkı sağlamakta hem de hukuki güveni korumaktadır. Zira tek bir tahkikat aşamasıyla deliller ikame edilmektedir. Bununla birlikte farklı mahkemelerin birbirinden farklı kararlar vermesine, diğer bir ifadeyle çelişkili kararların ortaya çıkmasına engel olmaktadır. Konuyla ilgili bkz. ERCAN, İsmail: *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 173; AKSOY, Elif: "Objektif Dava Birleşmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, Sayı 117, s. 215; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 219.

⁷² KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 1498; AKSOY, s. 215. Yargıtay, HGK, T. 19.09.2018, E. 2018/546, K. 2018/1330.

⁷³ Yargıtay, 11. HD, T. 09.04.2014, E. 2014/4650, K. 2014/6974; Yargıtay, 11. HD, T. 25.01.2018, E. 2017/5311, K. 2018/690.

⁷⁴ Yargıtay, 11. HD, T. 20.04.2015, E. 2015/4438, K. 2015/5488; Yargıtay, 11. HD, T. 17.06.2016, E. 2016/5883, K. 2016/6846.

maktadır⁷⁵. Haksız rekabet hukukunun amacı, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Fikri mülkiyet hukukunda ise fikri ürünlerin ve bunların hak sahiplerinin korunması amaçlanmaktadır. Her iki hukuki müessesenin amaçları birbirinden farklı olup kümülatif koruma ilkesine tabidirler⁷⁶.

Kümülatif uygulama ilkesi gereğince haksız rekabet hükümleri fikri mülkiyet hükümleri yanında ikinci derecede değil, gerektiğinde ve şartlar mevcut ise doğrudan ve birinci derecede uygulanmaktadır⁷⁷. Bu bağlamda somut olayın özelliğine göre haksız rekabet veya fikri mülkiyet hükümleri tatbik edilebilecektir. Bununla birlikte her iki hukuki müessese de somut olaya uygulanabilmektedir. Ancak böyle bir durumda iki ayrı tazminat istemi gündeme gelmemektedir. Her ne kadar iki düzenlemenin amaçları ve korudukları haklar birbirinden farklı olsa da tek bir tazminat söz konusu olmaktadır. Zira tazminatın amacı zenginleşmek değil, zararın giderilmesidir⁷⁸.

Burada şunu da belirtmek gerekir ki telif hukuku eser sahibine daha avantajlı bir koruma sağlamaktadır. Zira hak sahibi FSEK m. 68 kapsamında üç kat bedel talep etme imkânına sahipken⁷⁹ haksız rekabet hükümleriyle böyle bir talepte bulunamamaktadır⁸⁰. Ancak böyle bir durumda hâkimin talebe bağlılık ilkesi (HMK m. 26) ile sorumluluk sebeplerinin çokluğu (TBK m. 60) tartışması gündeme

⁷⁵ TEKİNALP, s. 37.

⁷⁶ AYİTER, s. 27; SULUK, Cahit: "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 2001, Cilt 1, Sayı 3, s. 54; TEKİNALP, s. 37; KARAMAN ODABAŞI, Fatma: *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 57; ERDİL, Engin: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 319.

⁷⁷ AYİTER, s. 27; TEKİNALP, s. 37; ERDİL, s. 319.

⁷⁸ KARAMAN ODABAŞI, s. 65; ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 100.

⁷⁹ FSEK m. 68'de düzenlenen üç kat bedel talebi, FSEK m. 70'teki tazminat davalarından ayrı bir düzenlemedir. FSEK m. 68'deki üç kat bedel talebi, özel bir tecavüzün refi talebidir. FSEK m. 68 uyarınca hak sahibinin üç kat bedel talep edebilmesi için tecavüz eden kişinin kusurlu bulunması gerekmektedir. Bkz. TEKİNALP, s. 319. Burada şunu da belirtmek gerekir ki FSEK m. 68 kapsamında üç kat bedel ile FSEK m. 70/2 uyarınca maddi tazminat, kural olarak, birlikte talep edilemez. Fakat FSEK m. 68 kapsamında hükmedilen bedel, hak sahibinin zararını karşılamıyorsa tecavüz edenin kusurunun varlığı ve ispatı hâlinde, FSEK m. 70/2 uyarınca maddi tazminat talebinde bulunulabilmektedir. Yargıtay, HGK, T. 07.02.2019, E. 2017/6 E, K. 2019/85: "Mali haklara tecavüz halinde ref yöntemlerini belirleyen ve özel bir hüküm olan FSEK'in 68. maddesi gereğince açılacak 'bedel' davası kusurlu davranış unsuru aranmadan açılan bir dava olup, haksız fiil sebebiyle açılan tazminat davalarıyla karıştırılmamalıdır. Zira mali haklara tecavüz halinde kusurlu davranış unsuruna bağlı olarak ve haksız fiile ilişkin hükümler çerçevesinde açılacak maddi tazminat davası FSEK'in 70/2. maddesinde düzenlenen FSEK'in 68. maddesine dayanılarak açılan bir davada ayrıca FSEK'in 70/2. maddesi gereğince maddi tazminat talep edilmesi mümkün değildir (Öztaş, s. 650). Çünkü FSEK'in 68/1. maddesi gereğince varsayımsal bedelin üç katına hükmedilmesiyle hak sahibinin zararı rahatlıkla karşılanacaktır. Ancak FSEK'in 68/1. maddesi gereğince hükmedilen 'medeni ceza' niteliğindeki bedel hak sahibinin zararının altında kalıyorsa, mütecevizin kusurunun ispat edilmesi şartıyla FSEK'in 70/2 maddesi gereğince maddi tazminat talebinde bulunulmasının önünde engel yoktur (Öztaş, s. 650)". Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin üç kata kadar bedelin belirlenmesindeki görüşü, hâkimin takdir yetkisinin bulunmadığı yönündedir. Yargıtay, 11. HD, T. 23.03.2012, E. 2010/12853, K. 2012/4548: "5846 sayılı FSEK 68/1. fıkrası uyarınca, eser üzerindeki hak sahibi 'sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal veya rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını isteyebilir. Anılan maddede geçen üç katına kadar artırım seçeneğini kullanım yetkisi davacıya ait olup, mahkeme seçilen talebi değiştiremez". Yargıtay, 11. HD, T. 02.02.2015, 2014/15930, K. 2015/1022: "5846 sayılı FSEK 68. maddesi uyarınca talep edilebilecek rayiç bedelin 3 kat fazlasını isteyebilmek hususunda seçim hakkı eser sahibine ait olup mahkemeye bu hususta takdiri indirim suretiyle rayiç bedelin 2 katına hükmedilmesi isabetli olmamakla...". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise üç kata kadar bedelin belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay, HGK, T. 22.03.2017, E. 2017/79, K. 2017/542: "Yerel mahkemenin temyize konu direnme kararında FSEK 68. madde hükmü gereğince rayiç bedelin üç katına kadar tazminata hükmetme yetkisi kullanılırken mahkemenin takdir hakkı olduğu, Özel Dairenin bu konuda vermiş olduğu bozma kararının hatalı olduğu...". FSEK m. 68 hükmü, Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, iptal talebini reddetmiştir. AYM, T. 28.02.2013, E. 2012/133, K. 2013/33: "Hâkim, anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik gibi her türlü yazılı pozitif hukuk kurallarıyla bağlıdır. Bu bağlılık takdir hakkını kullanamayacağı anlamına gelmez. Bu nedenle hâkim delillerin değerlendirilmesinde, yasaların yorumunda ve soyut kuralların somut olaya uygulanmasında takdir yetkisini kullanır. İtiraz konusu kural, eser, icra, fonogram veya yapının izinsiz kullanılması halinde hak sahiplerinin dava yoluyla isteyebileceği bedele üst sınır getirmiştir. Kural, hâkimin taleple bağlı olduğuna dair veya takdir yetkisine ilişkin olumsuz bir düzenleme içermemektedir. Bu sınır içerisinde kalmak şartıyla hâkimin dosya içeriği ve talebi de gözetecek takdir yetkisini kullanacağı açıktır. Öte yandan dava edilen eser, icra, fonogram veya yapının bedelini belirleme görevi de hâkime bırakıldığından hükmü altına alınacak bedelin belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin olmadığından söz edilemez. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." (12.07.2013 tarihli ve 28705 sayılı Resmî Gazete). Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki konuyla ilgili her ne kadar Anayasa Mahkemesi kararı bulursa da Yargıtay 11. Hukuk Dairesi eski içtihadını devam ettirmektedir. Yargıtay, 11. HD, T. 23.06.2014, E. 2014/1671, K. 2014/11833: "... üç katına kadar artırım seçeneğini kullanma yetkisinin davacıya ait olduğu, anılan hükmün iptali isteminin reddine dair Anayasa Mahkemesi'nin 28.02.2013 gün 133/33 sayılı karar gerekçesindeki... açıklamanın da bağlayıcı olmamakla beraber yol gösterici mahiyette bulunduğu ve gerekçenin Dairemizin 27.11.2011 gün ve 14831/17744 sayılı ve yine 4. Hukuk Dairesi'nin 30.09.2002 tarih 5472/10458 sayılı kararlarında da açıklanan edinecek rayiç bedelin bu sınır içinde tespitinde hâkimin takdir yetkisi bulunduğu ve 5846 sayılı FSEK 66/4 ve 818 sayılı BK 42 ve 43 maddelerinin dikkate alınabileceğine dair görüşle de çelişkili olmadığı halde mahkemeye kararda yazılı gerekçeyle rayiç bedelin 2 katına hükmedilmesi de doğru görülmediğinden kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir". Benzer yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 03.03.2016, E. 2016/1001, K. 2016/2406.

⁸⁰ YILDIZ, *Eser Adlarının Korunması*, s. 1385.

gelebilmektedir. Benzer bir durum sınai mülkiyet hukukunda bulunmaktadır. SMK'nin 150/2 maddesi uyarınca sınai hakkına tecavüz edilen hak sahibi, maddi ve manevi tazminat talebinden ayrı olarak itibar tazminatı talep etme hakkına da sahiptir. Hem FSEK'teki hem de SMK'deki bu talep hakları, haksız rekabet hükümlerine göre hak sahibine daha avantajlı bir koruma sağlamaktadır.

Taleple bağıllık ilkesinin hayat olayına bağıllık, dava sebebine bağıllık, talep sonucuna bağıllık (talep edilemeyene karar verememe, fazlaya karar verememe, farklısına karar verememe, daha azına karar verebilme), hukuki sebebe bağı olmama gibi sonuçları bulunmaktadır⁸¹. Uyuşmazlığa uygun hukuk normunu, diğer bir ifadeyle hukuki sebebi hâkim tespit etmektedir. Zira hâkim, hukuki sebebi araştırmak ve incelemekle yükümlüdür. Sebeplerin çokluğu hâlinde hâkim, zarar gören aksini talep etmiş olmadığı müddetçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermelidir. Tam da bu noktada görevli mahkeme sorunu ortaya çıkabilmektedir. Örneğin fikri mülkiyet hakkı ihlal edilen birisi uğradığı zararın tazmini için dava açtığı hâkim FSEK hükümlerini mi yoksa şartların varlığı hâlinde haksız rekabet hükümlerini mi uygulayacaktır? Böyle bir durumda hâkim, maddi vakialardan yola çıkarak uyuşmazlığa uygun hukuk normunu resen belirleyecektir⁸². Fakat davacının, uyuşmazlığa uygulanabilecek hukuk normlarından birisine dayanmadığını açıkça belirttiği hâllerde hâkim bu hukuki sebebe göre karar veremeyecektir⁸³. Dolayısıyla davacı açıkça fikri mülkiyet hakkına dayanmadığını belirttiği zaman uyuşmazlığın fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde değil, şartlar varsa haksız rekabetten dolayı asliye ticaret mahkemesinde çözümü gerekmektedir.

C. Dava Şartı Arabuluculuk

12.10.2017 tarihinde kabul edilen ve 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun⁸⁴ 3. maddesi ile arabulucuya başvuru hukukumuzda ilk kez dava şartı hâline getirilmiştir. Ticari davalarda zorunlu arabuluculuk ise 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un⁸⁵ 20. maddesi ile düzenlenmiş ve bu Kanun'un 26. maddesi uyarınca düzenlemenin yürürlük tarihi 01.01.2019 olarak hüküm altına alınmıştır. 22.07.2020 kabul tarihli 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un⁸⁶ 59. maddesi ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a⁸⁷ 73/A maddesi eklenerek tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olmuştur⁸⁸. 28.03.2023 tarihli 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁸⁹ 31. madde-

⁸¹ Taleple bağıllık ilkesi için bkz. MERİÇ, Nedim: "Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağıllık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 2, s. 34 vd.

⁸² Yargıtay, 11. HD, T. 03.03.2008, E. 2007/1097, K. 2008/2405: "... davacı açıkça anılan KHK'nin 8/5 nci maddesine dayanmamış ise de, gösterdiği maddi vakıalar itibarıyla bu madde hükmünde korunan hakka dayanmış olup, davacının hukuki tavsifi ile bağı olmayan hakim, doğru olan yasa maddesini re'sen belirleyip, olaya uygulaması gerekmektedir. Davacının unvanı, davalı unvanından önce tescilli olup, 'B.' ibaresini davalının marka olarak tescil ettirdiği ibareler arasında tescil ettirmesine, davacının, bu madde uyarınca karşı koyma hakkı ve tescilin reddini isteme hakkı bulunduğundan, davacının marka terkin isteminin bu düzenleme gereğince de kabulü gerekirken, aynı yazılı gerekçelerle terkin isteminin reddi bu yönden de doğru olmamıştır."

⁸³ Yargıtay, 11. HD, T. 15.09.2014, E. 2014/10544, K. 2014/13771: "Bu defa, Mahkemesince, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, davacının fikri mülkiyet hakkına dayanmadığı, davacının talebinin davacı tarafından meydana getirildiği iddia edilen iş modelinin davalı tarafça izinsiz olarak kullanıldığı iddiasına dayalı olduğu, davacının fikri mülkiyet hukukuna ilişkin haklarını saklı tuttuğunu açıkça belirttiği, davacının eser sahipliği iddiasına değil vekaletsiz iş görme hükümlerine dayalı olarak tazminat talebinde bulunduğu, uyuşmazlığın düzenlenen bir dava türü olmadığı, davalının tacir olması sebebiyle görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir... Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillere gerektirici sebeplere, dava konusu uyuşmazlıkta 5846 sayılı dayalı bir hak ileri sürülmemiş olmasına göre davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanması gerekmiştir."

⁸⁴ 25.10.2017 tarihli ve 30221 sayılı Resmî Gazete.

⁸⁵ 19.12.2018 tarihli ve 30630 sayılı Resmî Gazete.

⁸⁶ 28.07.2020 tarihli ve 31199 sayılı Resmî Gazete.

⁸⁷ 28.11.2013 tarihli ve 28835 sayılı Resmî Gazete.

⁸⁸ Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar, tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar, 73. maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar, 74. maddede belirtilen davalar, tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmamaktadır.

⁸⁹ 05.04.2023 tarihli ve 32154 sayılı Resmî Gazete.

siyle 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmek üzere itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları da dava şartı arabuluculuğa tabi tutulmuştur.

TTK'de yapılan değişiklik sonucunda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında; dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartı olarak öngörülmüştür. TTK'nin 4. maddesinde ticari davalar düzenlenmiştir. Bu maddeye göre fikri mülkiyet mevzuatından doğan uyuşmazlıklar ticari davalar arasında yer almaktadır. Buna göre fikri mülkiyet mevzuatından doğan uyuşmazlıklar mutlak ticari davadır. Fikri mülkiyet mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda tarafların sıfatına bakılmaksızın (TTK'nin 4. maddesindeki herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davaların istisna olduğu unutulmamalıdır) ticari dava hükümleri uygulanacaktır. Fikri mülkiyetten kaynaklanan tazminat ve alacak davalarında TTK m. 5/A uyarınca arabulucuya başvurmak dava şartıdır fakat hükümsüzlük davaları, tecavüzün durdurulması ve önlenmesi, tecavüzün tespiti davaları bakımından arabulucuya başvurmak zorunlu değildir. Zira bu davalarda herhangi bir tazminat veya alacak talebi bulunmamaktadır⁹⁰.

Fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar da bir tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması koşuluyla ticari dava sayılmaktadır. Buna göre nispi veya yarı nispi ticari davaların kapsamının belirlenmesinde bir ticari işletmenin işletilip işletilmediğinin tespiti çok önemli bir husustur⁹¹.

Ticari işletme kavramı, TTK'nin 11. maddesinde tanımlanmaktadır. Buna göre ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmelerdir. Kanuni tanımdan da anlaşılacağı üzere ticari işletme için bazı kriterler aranmaktadır. Ticari işletmeden bahsedebilmek için işletme unsuru (soyut bir faaliyetin aksine, ticari işletmenin bir organizasyon olduğu), devamlılık (tek seferlik, geçici, tesadüfen gerçekleştirilen faaliyetler yerine faaliyetin devamlı olması), bağımsızlık (başka bir işletmeye bağlı olmaksızın bağımsız faaliyet gösterme) ve esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutma (sınırı aşan düzeyde gelirin elde edilmesi değil, bu gelirin sağlanmasının hedeflenmesi) şartlarının mevcut olması gerekmektedir⁹².

Arabulucuya başvurulduğunda, arabulucunun ilk yapması gereken incelemelerden birisi, başvurunun ticari dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığını incelemektir. Buna göre yapılması gereken ilk değerlendirme işletmesel bir faaliyetin varlığının tespitidir⁹³. Ancak bir işletmenin ticari işletme olup olmadığını belirlemenin ve arabuluculuk için yapılan başvuruda ticari işletmenin varlığının tespitinin, arabuluculuk için öngörülen usullerin sınırını aştığı öğretide belirtilmektedir⁹⁴. Zira arabulucuya böyle geniş bir yetkinin tanınması hâlinde mahkemece ileride yapılacak incelemeler sonucunda uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu anlaşıldığı takdirde taraflar önemli zararlarla karşı karşıya gelebilecektir. Böyle bir yaklaşım ise arabuluculuk uygulamasının benimsenmesini kesintiye uğratacaktır⁹⁵.

Ticari davalarda dava şartı arabuluculuk ile ilgili bir diğer önemli husus ise objektif dava birleşmesi⁹⁶ hâlinde mahkemenin nasıl bir yol izlemesi gerektiğidir. Objektif dava birleşmesinde birbirinden

⁹⁰ Fikri mülkiyet mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa tabi olan uyuşmazlıkların listesi için bkz. YILMAZTEKİN, Hasan Kadir / İNCE, Zeliha: "Dava Şartı Arabuluculuk Ekseninde Bazı Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2019, Cilt 14, Sayı 159, s. 2177.

⁹¹ ERYİĞİT, Harun: "Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 7, Sayı 2, s. 261.

⁹² Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, Aytekin: *Ticaret Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 2 vd.; ARKAN, s. 27; ŞENER, s. 4 vd.

⁹³ ERYİĞİT, s. 273.

⁹⁴ ERYİĞİT, s. 261.

⁹⁵ ERYİĞİT, s. 270.

⁹⁶ Objektif dava birleşmesi hakkında bkz. dpn. 71.

bağımsız asli taleplerin sayısı kadar dava bulunmaktadır. Bu durumda taleplerin tamamı dava şartı arabulucuya tabi olabileceği gibi taleplerden bir kısmı dava şartı arabuluculuğa tabiyken diğer kısmı tabi olmayabilir. Taleplerin hepsi dava şartı arabuluculuk kapsamında ise dava şartı eksikliği sebebiyle davanın usulden reddi gerekmektedir.

Taleplerin bazılarının dava şartı arabulucuya tabi olduğu hâllerde mahkemelerin farklı kararları bulunmaktadır. Bazı kararlarda bütün talepler açısından davanın reddine⁹⁷, bazı kararlarda taleplerin bir kısmının dava şartı arabuluculuğa tabi olmaması sebebiyle bütün taleplerin dava şartı arabuluculuk olmaksızın incelenmesi gerektiğine⁹⁸, bazı kararlarda ise arabuluculuk şartı olan talepleri içeren davaların ayrılıp bu talepler için usulden ret kararı verilmesine hükmedilmektedir⁹⁹. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin konuyla ilgili içtihadı, taleplerin bir kısmının dava şartı arabuluculuğa tabi olmaması sebebiyle diğer bütün taleplerin de dava şartı arabuluculuk olmadan incelenmesi gerektiği yönündedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bu içtihadı, diğer mahkemelerin karar gerekçelerine de yansımıştır¹⁰⁰.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bu yöndeki içtihadına katılmak mümkün değildir. Zira objektif dava birleşmesinde her ne kadar görünürde tek bir dava olsa da talepler birbirinden bağımsız ayrı davaları oluşturmaktadır. Dolayısıyla her bir talep için dava şartları ayrı ayrı incelenmelidir. Buna göre taleplerden bir kısmının dava şartı arabuluculuk kapsamında olması durumunda bu talepler açısından arabuluculuğa başvuru şartı aranmalıdır. Dava şartına tabi olan talepler bakımından arabuluculuğa başvurulmadan dava açıldığı takdirde, bu talepler bakımından, davaların ayrılarak ayrı bir dosyada dava şartı noksanlığından dolayı usulden reddine karar verilmelidir. Diğer talepler için davaya devam edilmesi gerekmektedir¹⁰¹.

Konuyla ilgili son olarak şunu da belirtmek gerekir ki tecavüzün mevcut olmadığına tespiti davanın; tecavüzün durdurulması ve önlenmesi, tecavüzün tespiti, maddi ve manevi tazminat talepleri ile objektif dava birleşmesine konu olması mümkün değildir. Zira tecavüzün mevcut olmadığına tespiti davasında, davacı taraf; uyuşmazlığa konu şey üzerindeki fikri hak sahibi olmayıp, ticari faaliyette bulunan veya bulunacak olan girişimcidir. Diğer davalarda ise davacı taraf fikri hak sahibidir.

SONUÇ

Hukukumuzda ticari uyuşmazlıkların uzman mahkemeler önünde çözümlenebilmesi için ticari dava hükümlerine yer verilmiştir. Bir davanın ticari dava olmasının bu davaya ticaret mahkemesi olarak iş gören özel bir mahkemede bakılması ve bu uyuşmazlıkta özel usul kurallarının uygulanması olmak üzere iki önemli sonucu bulunmaktadır.

TTK'nin 4/1-d maddesinde belirtildiği üzere fikri mülkiyet mevzuatından kaynaklanan hukuk davaları mutlak ticari davadır. Fikri mülkiyet mevzuatında ise bu kanunlardan doğan uyuşmazlıklarda ihtisas mahkemelerinin görevli olacağı düzenlenmektedir. Ancak bu uyuşmazlıkların ihtisas mahkemelerinde görülmesi, bu davaları ticari dava olmaktan çıkarmamaktadır.

⁹⁷ İstanbul BAM, 16. HD, T. 30.12.2019, E. 2019/2805, K. 2019/2879.

⁹⁸ İstanbul BAM, 16. HD, T. 09.04.2021, E. 2021/680, K. 2021/761; İstanbul BAM, 14. HD, T. 17.06.2021, E. 2021/305, K. 2021/798; Yargıtay, 11. HD, T. 09.12.2020, E. 2020/933, K. 2020/5776; Yargıtay, 11. HD, T. 10.06.2020, E. 2019/4851, K. 2020/2732; Yargıtay, 11. HD, T. 10.02.2020, E. 2019/3048, K. 2020/1093; Yargıtay, 11. HD, T. 17.02.2020, E. 2020/197, K. 2020/1578; Yargıtay, 11. HD, T. 29.05.2023, E. 2023/143, K. 2023/3288; Yargıtay, 11. HD, T. 15.05.2023, E. 2023/141, K. 2023/2953; Yargıtay, 11. HD, T. 23.03.2023, E. 2021/6300, K. 2023/1795.

⁹⁹ İstanbul BAM, 26. HD, T. 16.01.2020, E. 2019/2873, K. 2020/92; Bakırköy 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, T. 29.06.2020, E. 2020/135, K. 2020/104.

¹⁰⁰ İstanbul BAM, 14. HD, 02.06.2022, E. 2022/187, K. 2022/719; İzmir BAM, 20. HD, T. 23.03.2022, E. 2022/395, K. 2022/523; Ankara 5. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, T. 22.10.2021, E. 2021/97, K. 2021/377; Bursa BAM, 5. HD, T. 21.12.2022, E. 2021/751, K. 2022/1982; Konya BAM, 6. HD, T. 03.03.2022, E. 2021/2164, K. 2022/286.

¹⁰¹ YILMAZTEKİN / İNCE, s. 2181; TANRIVER, Süha: "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, Sayı 147, s. 136; KORKMAZ, Cansu: "Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2022, Sayı 2, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, s. 1389.

Mahkemeler önlerine gelen uyuşmazlıkların çözümünde somut olaya uygulanacak hukuk normlarını belirlemekle yükümlüdür. Uyuşmazlığın temelini oluşturan dava sebeplerini inceledikten sonra hâkim hukuki sebebi tespit etmektedir. Hukuki sebep bazı hâllerde görevli mahkemeyi değiştirebilmektedir. Fikri ürünleri konu eden uyuşmazlıklarda da bu durum geçerlidir. Hâkimin hukuku resen uygulaması ilkesi gereği, uyuşmazlığa konu olaya uygulanacak hukuk normunu hâkim tayin etmektedir. Hâl böyle olunca da fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi veya asliye ticaret mahkemesi görevli olabilmektedir. Uyuşmazlığın esasını oluşturan dava sebebi ve hukuki sebep görevli mahkemeyi belirlemede önemli rol oynamaktadır.

Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında dava şartı arabuluculuk söz konusudur. Buna göre konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit, istirdat taleplerini içeren fikri mülkiyet mevzuatından kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, dava açmadan önce arabulucuya başvurmak zorunludur. Fakat fikri mülkiyet mevzuatında düzenlenen; tecavüzün tespiti, tecavüzün önlenmesi, tecavüzün kaldırılması ve hükümsüzlük davalarında arabulucuya başvurmak zorunlu değildir. Zira bahsi geçen davalarda herhangi bir alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit, istirdat talebi bulunmamaktadır.

Fikri mülkiyet mevzuatından kaynaklanan alacak veya tazminat davaları ile tecavüzün durdurulması ve önlenmesi, tecavüzün tespiti davalarının birlikte açılması durumunda, kısaca objektif dava birleşmesi söz konusu olduğunda, dava şartı arabuluculuk konusunda uygulamada farklı kararların verildiği görülmektedir. Ancak objektif dava birleşmesinde talepler birbirinden bağımsız olup ayrı birer davayı oluşturmaktadır. Bu sebeple her bir talep bakımından dava şartı arabuluculuk ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKSOY, Elif: “Objektif Dava Birleşmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, Sayı 117, s. 201-232.
- AKTÜRK, İpek Yücer: “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 20, Sayı 2, s. 103-128.
- ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 20. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2015.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: *Ticari İşletme Hukuku*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- AYİTER, Nomer: *İhtira Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968.
- BAHTİYAR, Mehmet: *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- BOLAYIR, Nur: *Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Resen Uygulaması İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- BOZER, Ali / GÖLE, Celal: *Ticari İşletme Hukuku*, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2015.
- BOZKURT, Tamer: *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- BÖRÜ, Levent / KOÇYİĞİT, İlker: *Ticari Dava*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- CEBE, Rohat / SUÇİN, Hayrettin: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Kısa Tarihçesi ve Eser Üreticileri Açısından Önemi”, *Rast Müzikoloji Dergisi*, 2014, Cilt 2, Sayı 1, s. 120-127.
- ÇELİK, Aytakin: *Ticaret Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- DELİDUMAN, Seyithan / ORUÇ, Yakup: “Ticari Davalar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 2, s. 99-110.
- DURAN, Osman: *Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ERCAN, İsmail: *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- ERDİL, Engin: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- ERYİĞİT, Harun: “Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 7, Sayı 2, s. 259-288.
- GÜNEŞ, İlhami: *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: “Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 3, Sayı 2, s. 83-157.
- KARAMAN ODABAŞI, Fatma: *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- KENDİGELEN, Abuzer: “Yeni Türk Ticaret Kanununun Genel Olarak Değerlendirilmesi ve Başlangıç Hükümleri”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 16, Sayı 3, s. 1-29.
- KIYAK, Emre: *Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- KORKMAZ, Cansu: “Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2022, Sayı 2, Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, s. 1365-1406.
- KURT KONCA, Nesibe: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Asliye Ticaret Mahkemesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2013, Sayı 15, s. 79-125.
- KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt II, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder: *Medeni Usul Hukuku*, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- MANDICH, Giulio: “Venetian Patents (1450-1550)”, *Journal of the Patent Society*, 1948, Cilt 30, Sayı 3, s. 166-224.
- MERİÇ, Nedim: “Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 2, s. 23-63.

- MUŞUL, Timuçin: *Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- OĞUZ, Arzu: “Fikri Mülkiyet Hakları ve Geleneksel (Yerel) Bilgi ve Folklorun Hukuki Korunması”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 2009, Cilt 9, Sayı 3, s. 10-52.
- ÖZEKES, Muhammet: “Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 745-781.
- ORTAN, Ali Necip: “Teknik Ekonomik ve Sosyal İlerleme Açısından Patent Sisteminin Yeri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1985, Cilt 13, Sayı 2, s. 63-101.
- ÖZDEN MERHACI, Selin: “Sınai Mülkiyet Kanunu Bakımından Geleneksel Ürün Adları ve Bu Adlar Üzerindeki Korumanın Niteliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2023, Sayı 54, s. 289-314.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: *Ticari İşletme Hukuku*, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- SULUK, Cahit: “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 2001, Cilt 1, Sayı 3, s. 43-72.
- SULUK, Cahit: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 2, s. 157-174.
- SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2014.
- ŞENER, Oruç Hami: *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- TANRIVER, Süha: “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, Sayı 147, s. 111-142.
- TEKİNALP, Ünal: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / KENDİGELEN, Abuzer / NOMER ERTAN, Nedret Füsün: *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO): *WIPO intellectual property handbook*, WIPO Publication, Cenevre, 2004 (<https://tind.wipo.int/record/28661>, ET: 18.04.2023).
- YILDIZ, Burçak: “Sınai Mülkiyet Kanunu Açısından Geleneksel Ürün Adları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 1, s. 27-60 (Geleneksel Ürün Adları).
- YILDIZ, Ozan Ali: “Telif Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku Çerçevesinde Eser Adlarının Korunması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2020, Cilt 26, Sayı 2, s. 1371-1387 (Eser Adlarının Korunması).
- YILMAZTEKİN, Hasan Kadir / İNCE, Zeliha: “Dava Şartı Arabuluculuk Ekseninde Bazı Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2019, Cilt 14, Sayı 159, s. 2171-2185.

Kitap İncelemesi



Tasarrufun İptali Davasında Nakden Tazmin (İİK m. 283/2)^(*)



Cash Compensation in the Annulment of Disposition (Article 283/2 of EBL)

[Köroğlu, Anıl: *Tasarrufun İptali Davasında Nakden Tazmin (İİK m. 283/2)*,
Yetkin Yayınları, Ankara, 2022]

Umut ALTINMAKAS



Yüksek Lisans Öğrencisi

Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Tasarrufun İptali,
İcraya Katlanma
Borcu,
Nakden Tazmin,
Tali Nitelik,
Değer.*

Keywords

*Cancellation of Such
Act of Disposal,
Debt to Enforce,
Cash Compensation,
Secondary Attribute,
Value.*

Öz

İnsan doğası gereği sıklıkla karşılaşılan alacak-borç ilişkisi kimi zaman birtakım uyuşmazlıklara yol açabilmektedir. Bu uyuşmazlıkların giderilmesi ve alacaklının alacağına kavuşabilmesi noktasında çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelerden birisi de 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 277. ve devamındaki maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davasına ilişkindir. İnceleme konusu olan eserde ise İİK'nın 283. maddesinin 2. fıkrasında yer alan tasarrufun iptali davasında nakden tazmin konusu ele alınmıştır. Tek bir fıkra hükmünden yola çıkılarak hazırlanan bu kitap, kanun koyucu tarafından gerekli detaylandırma yapılmaması nedeniyle birtakım anlaşmazlıklara yol açabilen ilgili fıkra hükmüne farklı bakışlar ortaya koyarak çeşitli hukuk sistemlerinde nasıl değerlendirildiğine odaklanmıştır. Bu kapsamda ortaya çıkan çeşitli uyuşmazlıklarda farklı hukuk sistemleri içerisinde nasıl bir yol izlendiği gözetilerek yazarın kendi görüşlerine de yer verilmiştir. Bu çalışmada ise bahse konu olan kitabın incelemesi gerçekleştirilmiştir.

Abstract

Due to human nature, the debit -credits relationship, which is frequently encountered, can sometimes lead to some disputes. There are various regulations to resolve these disputes and ensure that the creditor receives his credits. One of these regulations is related to the action for annulment of disposition regulated in the 277th and subsequent articles of the Enforcement and Bankruptcy Law. In the work under review, the issue of cash compensation in the annulment of disposition case in the second paragraph of Article 283 of the İİK is discussed. This book, prepared based on a single paragraph provision, focuses on how it is evaluated in various legal systems by revealing different perspectives on the relevant paragraph provision, which may lead to some disputes due to the lack of necessary detailing by the legislator. In this context, the author's own views are also included, taking into account the course of action followed in different legal systems in various disputes that arise. In this study, the book in question was reviewed.

(*) Kitap İncelemesi.

Gönderim Tarihi: 24.11.2023, Kabul Tarihi: 24.01.2024.

İnceleme konusu olan ‘‘Tasarrufun İptali Davasında Nakden Tazmin (İİK m. 283/2)’’ adlı 209 sayfa uzunluğundaki eser Dr. Öğr. Üyesi *Anıl Köroğlu* tarafından kaleme alınarak 2022 yılında yayımlanmıştır. Adı geçen bu eserin inceleme konusu olarak seçilmesinin temelinde, İcra ve İflâs Kanunu’nda yer verilmiş olan nakden tazmin kurumunun kanun koyucu tarafından yeterli ölçüde detaylandırılmaması hasebiyle çeşitli uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması noktasında tarafların ihtilafa düşmesini engelleyici nitelikteki yaklaşımları ihtiva etmesi bulunmaktadır. Bu eserin incelenme safhasında, doküman analizi yapılarak yazarın yer verdiği farklı görüşler arasındaki karşılaştırmalara odaklanılmıştır. Bunun akabinde yazarın vardığı sonuçlara yaklaşımı da gözetilerek çok taraflı fikir gözlemi sağlanmıştır.

Özel ve/veya tüzel kişilerin girdikleri ilişkiler neticesinde borçlu olmaları durumunda alacaklı tarafın alacağına kavuşması bakımından önemli bir niteliğe sahip olan iptal davası 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nun¹ 277. ve devamındaki maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun koyucunun bu düzenlemeler ile bir tür güvence verme amacı taşıdığı söylenebilir.

Bu yolla asıl borçlunun gerçekleştirmiş olduğu tasarrufların belirli şartlar altında iptal edilmesi suretiyle sanki tasarruf işlemi hiç gerçekleşmemişçesine alacaklının alacağını elde etme imkânı sağlanmaktadır.

Bu konuya istinaden tasarrufun iptaline yönelik bir kararın verilmesiyle birlikte alacaklı taraf alacağını tahsil maksadıyla üçüncü kişinin yahut kötü niyetli dördüncü kişinin elinde bulunan tasarruf konusu malı haczettirerek satışını istemek suretiyle alacağına kavuşma imkânı elde eder.

Ancak bazı durumlarda alacaklının alacağını icra yoluyla elde etmesine imkân bulunmayabilir. Bu gibi durumlarda İcra ve İflâs Kanunu’nun 283. maddesinin 2. fıkrası tarafından nakden tazmin düzenlenmesi getirilerek, icraya katlanma borcunun yerine getirilemediği hallerde alacaklıya bir miktar tazminat ödenmesiyle bu borcun yerine getirilmesi amaçlanmıştır.

Anıl Köroğlu, İcra ve İflâs Kanunu’nda yer alan bir fıkra hükmünden yola çıkarak hazırlamış olduğu ‘‘Tasarrufun İptali Davasında Nakden Tazmin’’ adlı kitabıyla Türk hukukunda daha önce üzerinde durulmamış birçok noktaya değinmiş olup bu hususlara ilişkin yabancı hukuk sistemlerinde hangi yöntemlerin uygulandığına ilişkin detaylı ve yol gösterici bir çalışma ortaya koymuştur. 2022 yılında ilk baskısı çıkan ve toplamda 209 sayfadan oluşan bu eserde 91 yerli ve 89 yabancı olmak üzere 180 farklı eserin kaynakçada gösterildiği göze çarpmaktadır. Böylesi geniş bir kaynak yelpazesi bulunan eserde atf yapılan yabancı kaynakların özellikle Alman ve İsviçre doktrini içerisinde seçilmesi, Türk-Alman ve İsviçre hukuku ekseninde karşılaştırmalı bir çalışma yürütülmesine imkân tanımıştır. İnceleme konusu eser yalnızca tasarrufun iptali davasında nakden tazmin konusunu içermekle kalmayıp, aynı zamanda eserin birinci bölümünde okuyucunun konuya daha kolay vakıf olabilmesi adına tasarrufun iptali davasında borç kavramına ilişkin genel bir değerlendirmeye de yer verilmiştir. Kitabın birinci bölümünde ‘‘Tasarrufun İptali Davasında Üçüncü Kişinin Borcu’’ başlığı altında icraya katlanma borcu ve tazminat borcu kavramlarına yer verilmiş, aynı zamanda bu kavramların birbiri ile karşılaştırılmasına değinilmiştir. Bu karşılaştırmanın temelinde tali nitelik arz eden tazminat borcunun, asli nitelikteki icraya katlanma borcunun gölgesinde kalması gösterilebilir. Bu karşılaştırmanın devamında hangi hallerde asli borçtan uzaklaşarak tali nitelikte olan tazminat borcunun gündeme geleceği başlıklar halinde sıralanmıştır. Birinci bölümde son olarak tazminat borcunun taraflarına değinilerek bu kişilerin tazminat alacaklısı ve tazminat borçlusu olarak adlandırıldığı, hiçbir surette asıl borçlunun tazminat borçlusu olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

Kitabın ikinci bölümünde ise ‘‘Tazminat Borcunun Ortaya Çıkması’’ başlığına yer verilerek bu haller; genel bakımdan icraya katlanma borcunun ifasının mümkün olmadığı haller, icraya katlanma borcunun ifasının mümkün olmasına rağmen tazminat borcunun ortaya çıktığı haller ve tazminat borcunun doğrudan çıktığı haller olarak kendisini göstermektedir.

¹ 19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete.

Tazminat borcunun ortaya çıkması konusunda ilk olarak bahsi geçen icraya katlanma borcunun ifasının mümkün olmadığı haller, esasında tasarruf konusu şeyin herhangi bir surette haczedilerek paraya çevrilmesinin mümkün olmaması durumunu anlatmaktadır. İptal davasının asıl amacı, iptale konu tasarruf işlemi hiç gerçekleşmemişçesine tasarruf konusu şeyin alacaklı tarafından haczedilerek paraya çevrilebilmesidir. Bu sebeple ortada haczedilebilecek bir şeyin bulunmadığı durumlarda haciz yoluyla paraya çevirme imkânsız hâle gelecektir. Böyle bir durumda alacaklının alacağına kavuşması bakımından İİK m. 283/2 kapsamında tazminat kavramına başvurulması gerekilecektir ki hâlihazırda bu konuya ilişkin olarak yazar tarafından öncelikle “imkânsızlık” kavramının ne anlama geldiğine değinilerek okuyucunun konuyu daha rahat kavrayabilmesi sağlanmıştır. Yazar, tazminat borcunun ortaya çıkması durumuna ilişkin olarak İcra ve İflas Kanunu’nun 283. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “elden çıkarmak” ifadesine eleştiri getirmiş ve imkânsızlığın her zaman elden çıkarmak suretiyle gerçekleşmeyeceğini bu sebeple daha geniş bir yorumlamanın zaruri olduğunu ifade etmiştir.

Kitap içerisinde icraya katlanma borcunun imkânsızlığı fiilen ve hukuken imkânsızlık olarak ikiye ayrılmıştır. Fiili imkânsızlık halleri, tasarruf konusu şeyin yok olması; tüketilmesi ve terk edilmesi; işlenmesi, birleşmesi ve karışması olarak üç ana başlığa ayrılmıştır. Hukuki imkânsızlık konusunda ise tasarruf konusu şeyin devri hali gösterilerek bu devrin iradi ve cebri icra suretiyle gerçekleştiği gösterilmiştir.

Kanımca bu başlık altında en ilgi çekici kısım yazarın, bu başlıklara binaen yine İcra İflas Kanunu’nda düzenleme altına alınmamış olan tasarruf konusu şeyin yok olması durumuyla kusurun varlığı arasındaki ilişkiye dikkat çekmesidir. Bu değerlendirmeyi Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemleri ekseninde ele alan *Köroğlu*, tasarruf konusu şeyin yok olması durumunda tazminattan dolayı sorumluluğun ancak üçüncü kişinin kusurunun varlığı halinde mümkün olacağını ifade etmiştir. İcra katlanma borcunun fiilen imkânsızlığı konusunda üçüncü kişinin kusurunun varlığının tespitine ilişkin bir istisna da tasarruf konusu şeyin tüketilmesine ilişkin olup yazar, tüketmenin hâlihazırda irade dışında gerçekleştirilebilecek bir eylem olmaması sebebiyle kusurun tespiti gerekmeksizin tazminat sorumluluğunun doğduğunu ifade etmiştir.

Köroğlu, icraya katlanma borcunun fiilen imkânsızlığı başlığının ertesinde hukuki imkânsızlık hallerine de geniş yer ayırmıştır. Yazar, kanun hükmünden yola çıkarak hukuki imkânsızlık hallerini yalnızca İİK m. 283/2’de sayılan tasarruf konusu şeyin devredilmesi ile sınırlı tutmayarak iptale tâbi tasarrufla temlik edilen alacağın tahsil edilmesi ve tasarruf konusu şeyin devrinin kanun gereği yasaklanması durumlarında da bir tür hukuki imkânsızlık hali oluşacağını belirtmiştir.

Tasarruf konusu şeyin devredilmesi konusu yazar tarafından iradi devir ve cebri icra yoluyla devir şeklinde iki ayrı başlık altında değerlendirilmiş olsa da tazminatın gündeme gelmesi bakımından devrin hangi yolla meydana geldiğinin bir önemi bulunmadığını vurgulanmıştır. Bunun akabinde hem iradi devir hem de cebri icra yoluyla devir alt başlıklara ayrılmış olup ilk olarak iradi devir başlığı altında tasarruf konusu şeyin asıl borçlu ve alacaklı dışında bir kimseye devredilmesine değinilmiştir. Burada bahsi geçen devir İİK m. 283/2’de bahsi geçen devir olup bunun temel olarak üçüncü kişinin tasarruf konusu şey üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmesinden kaynaklı icraya katlanma borcunu yerine getiremeyecek olmasından kaynaklandığı da ayrıca belirtilmiştir. Söz konusu devrin hangi suretle gerçekleştiğinin bir önemi olmadığını birçok kez belirten *Köroğlu*, bu duruma örnek olarak devrin satım sözleşmesi, trampa sözleşmesi yahut bağışlama şeklinde gerçekleşebileceğine ve önemli olanın tasarruf konusu şey üzerindeki mülkiyet hakkının kaybedilmesi olduğuna dikkat çekmiştir.

Yazarın, eserde her bir başlık altında yalnızca başlık lafzı ile sınırlı kalmadığı, ilgili başlığa dair okuyucunun kafasında oluşabilecek her tür soruya ilişkin bir değerlendirme yaptığı söylenebilir. Buna ilişkin olarak yazar, iradi devir başlığı altında yalnızca devir konusu ile sınırlı kalmayarak devre konu olan şeyin özelliklerine istinaden farklı çıkarımlarda bulunmuştur. İlk olarak devre konu olan tasarruf konusu şeyin kolaylıkla yerine koyulabilir nitelikte bir çeşit borcu olduğu halde nasıl bir yol izleneceğine dair açıklamalarda bulunan *Köroğlu*, bunun akabinde ilgili şeyden semerelere yönelik de çıkarım-

larda bulunmuştur. Buna göre tasarruf konusu şeyin bir tür çeşit borcu olduğu hallerde dahi tazminat borcunun doğacağını, üçüncü kişiden bu şeyin yerinin doldurularak icraya katlanma borcunu yerine getirmesinin beklenmesinin doğru olmadığını ifade etmiştir. Buna ek olarak semere konusuna ilişkin ayrı bir parantez açan *Köroğlu*, tasarruf konusu şeyin niteliğine bağlı olarak meydana gelebilecek her türlü semerenin nasıl değerlendirileceğine değinmiştir. Buna göre yazar, semerelerden dolayı da sorumluluk doğacağını, diğer bir tabirle tasarruf konusu şeyden elde edilen semerelerin devredilmesi durumunda üçüncü kişinin tazminatla sorumlu olacağını ifade etmiştir. İradi devir başlığı altında değinilen bir diğer konu ise paylı mülkiyet ve miras ortaklığına ilişkin olup özellikle iki kişiden oluşan paylı mülkiyet ve miras ortaklıklarında kişilerden birinin bir diğerine iptale tabi tasarrufla kendi payını devretmesi durumuna değinilmiştir.

İnceleme konusu kitabın belki de en önemli yanı bir konuya ilişkin olarak yürütülen detaylı çalışmaları ihtiva ediyor olmasıdır. Zira kitapta bahsi geçen çoğu konu Türk doktrininde daha önce ele alınmayan, üzerinde durulmayan varsayımları içermektedir. Bu açıklamaya örnek arz eden bir olay tasarruf konusu şeyin üçüncü kişi tarafından asıl borçluya devredilmesi durumuna ilişkindir. Zira tasarruf konusu şeyin üçüncü kişi tarafından asıl borçluya devredilmesi halinde, asıl borçlu aciz halinden kurtulacağından kesinleşen takiple birlikte söz konusu şeyin haczinin istenmesi mümkün kılınarak üçüncü kişinin tazminat borcundan söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak *Köroğlu*, bu duruma üstünkörü bir anlayışla yaklaşmamış, derinlemesine bir değerlendirme yapmıştır. Buna göre söz konusu tasarruf konusu şeyin asıl borçluya devredilse dahi üçüncü kişinin tazminat borcunun doğacağı dört farklı ihtimal sıralamıştır. Yazar, kafa karışıklığına yol açabilecek ihtimallerin okuyucunun zihnini bulandırmaması adına yer yer şema kullanmak suretiyle açıklama yoluna gitmiştir. Buna göre bu hallerden ilki iptale tabi tasarrufla üçüncüye kişiye geçen şeyin tekrardan asıl borçluya devredilmesinin ertesinde ilgili şeyin asıl borçlu tarafından da bir başka dördüncü kişiye devredilmesi durumudur. Bu halde iptale tabi tasarruf konusu şeyin üçüncü kişinin terekesinde bulunmaması sebebiyle icraya katlanma borcunu yerine getirmesi olası değildir. Hâlihazırda asıl borçluda da bulunmayan tasarruf konusu şeyin haczedilerek alacağın tahsili sağlanamayacağından asıl alacaklının alacağına kavuşması noktasında ya dördüncü kişinin icraya katlanması talep edilebilecek ya da üçüncü kişinin tazminat sorumluluğuna gidilecektir. Yazar ikinci ihtimalden bahsederken örnek Yargıtay kararına atıfta bulunarak tasarruf konusu şeyin üçüncü kişice tekrardan asıl borçluya devredilmesi durumunda her ne kadar asıl borçlunun aciz hali ortadan kalksa dahi alacaklının asıl borçluya yönelik haczinin iptale tabi tasarruftan önceye kıyasla zorlaşması halinde üçüncü kişinin tazminatla sorumluluğunun devam ettiğini ifade etmiştir. Üçüncü ihtimal ise tasarruf konusu şeyin değerinin üçüncü kişice azaltılarak asıl borçluya devredilmesine ilişkindir. Böyle bir durumda yazar, üçüncü kişinin kusuru ile meydana gelen değer azalması oranında üçüncü kişiye yönelik tazminat sorumluluğuna başvurulacağını belirtmiştir. Ancak üçüncü kişi tarafından değeri azaltılarak asıl borçluya devredilen şey o haliyle dahi haczedilerek alacaklının alacağı karşılanabiliyorsa artık üçüncü kişinin tazminat sorumluluğuna gidilemeyeceği de ayrıca belirtilmiştir. Dördüncü ve son ihtimalde ise tekrar asıl borçlunun terekesine dönen şeyin herhangi bir semeresi üçüncü kişide olduğu müddetçe ve dahi asıl borçludaki asıl şeyin haczi ile alacaklı alacağına kavuşamıyorsa bu halde de semere miktarınca üçüncü kişinin tazminat sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere *Köroğlu*, ortaya koymuş olduğu eserde, iradi yolla devir hakkında meydana gelebilecek neredeyse her tür olasılığı ve olası çözüm yollarını gözler önüne sermiştir.

İradi yolla devir başlığının hemen ertesinde cebri icra yoluyla devir başlığına yer veren yazar, esasında tasarruf konusu şeyin devrinin iradi yahut cebri yolla gerçekleşmesinin kural olarak bir fark yaratmayacağını tekrar ifade etse de cebri icra yoluyla gerçekleştirilen devirde bu devrin asıl borçlunun alacaklıları tarafından gerçekleştirilen takip yoluyla mı yoksa üçüncü kişinin alacaklıları tarafından yapılan takip sonucu mu gerçekleştiği arasında bir ayrım bulunduğunu belirtmiştir. Normal şartlar altında üçüncü kişinin terekesinde bulunan mala yönelik asıl borçlunun borcu adına cebri icra işlemleri yürütülemez de yazar, bu duruma örnek mahiyetinde rehinli malları göstermektedir. Zira rehinli ola-

rak üçüncü kişiye devredilen malların asıl borçlunun alacaklıları tarafından cebri icra suretiyle haczedilmesi mümkün olmaktadır. Böylesi bir durumda ilgili şeyin haczedilerek paraya çevrilmesi neticesinde eğer üçüncü kişinin elinde bir miktar para kalıyorsa elinde kalan miktarı kadarı sorumluluğunun devam edeceği ifade edilmiştir.

Tasarruf konusu şeyin üçüncü kişinin borcundan dolayı devredilmesi durumunda asıl borçlunun alacağı, üçüncü kişinin kusurlu olması sebebiyle üçüncü kişiden tazminat yoluyla elde edilecektir.

“Tazminat Borcunun Ortaya Çıkması” başlığını dört alt başlığa ayıran *Köroğlu*, icraya katlanma borcunun ifası mümkün olmasına rağmen tazminat borcunun ortaya çıktığı durumlara da bir başlık ayırmış ve böylece tasarrufun iptali davasında nakden tazminat kavramını İİK m. 283/2 dışına çıkarılmayı başarmıştır. Böylece yazar, tasarruf konusu şeye üçüncü kişi tarafından bir zarar verilmesi hali ve icraya katlanma borcunun ifasının taraflar için güçlük/ölçüsüzlük teşkil etmesi durumlarında da tazminat borcunun ortaya çıkacağı yönünde bir yaklaşım sergilemiştir.

Yazar, zarar kavramının fiilen ve hukuken gerçekleşebileceğini belirtmek suretiyle üç alt başlığa yer vermiştir. Buna göre konuyu; tasarruf konusu şeye zarar verilmesi, tasarruf konusu şey üzerinde rehin tesis edilmesi, tasarruf konusu şeyin üçüncü kişinin borcu sebebiyle haczedilmesi ve tasarruf konusu şeyin kısmen devredilmesi olarak incelenmiştir. Adı geçen bu alt başlıklardan ilk ikisi konu bakımından birbirine benzerlik göstermekte olup ikisinde de iptal hakkı sahibi alacaklı ile diğer hak sahipleri arasındaki öncelik ilişkisi incelenmiştir. Hâlihazırda tasarruf konusu şeye verilen zarardan kasıt iptal hakkı sahibi alacaklının ancak diğer hak sahiplerinden sonra hakkını alabilme ihtimaline yöneliktir. Bu konuda görüş bildiren *Köroğlu*, doktrin ve Yargıtay kararlarının yer yer birbiri ile çeliştiğine; Yargıtay’ın iptal hakkı sahibi alacaklının öncelik sahibi olduğunu ifade etmesine karşın doktrinde karşıt görüşlerin var olduğuna dikkat çekmektedir. *Köroğlu*, tasarruf konusu şey üzerinde rehin tesis edilmesi durumunu İİK m. 282 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu² m. 1023 hükümleri çerçevesinde değerlendirmiş olup rehin alacaklısının iptal hakkı sahibine göre önceliği bulunduğunu bu sebeple iptal hakkı sahibi alacaklının alacağına kavuşması noktasında üçüncü kişinin tazminat sorumluluğuna gidilmesinin gündeme gelebileceğini ifade etmiştir. Tasarruf konusu şeyin üçüncü kişinin borcu sebebiyle haczedilmesi durumunda ise Yargıtay’ın kararlarının yerinde olmadığını, iptal hakkı sahibi alacaklının haciz alacaklısına yönelik bir önceliği bulunmadığını bu sebeple haciz ile birlikte zarara uğrayan iptal hakkına sahip alacaklının üçüncü kişinin tazminat sorumluluğuna başvurması gerektiğini ifade etmiştir. “Tasarruf Konusu Şeyin Kısmen Devredilmesi” başlığı ise herhangi bir fikir çatışması içermemekte, bu başlık altında devredilen kısım kadar tazminat sorumluluğun meydana gelebileceği gösterilmektedir.

İcraya katlanma borcunun ifasının anlamsız/güç/ölçüsüz olması hali de yazar tarafından ele alınarak esasında kanunda belirtilmeyen bir konuya parmak basılmıştır. Yazar, bu başlığı alacaklı bakımından ve üçüncü kişi bakımından şeklinde ikiye ayırarak her birini alt başlıklar altında inceleme ihtiyacı duymuştur. Bu başlık, esas borç olan icraya katlanma borcunun taraflar açısından gerekli faydayı sağlamaması durumunu göz önüne alarak ele alınmıştır. İcraya katlanma borcu neticesinde haczedilen malın satılması ile alacağının tamamını elde etme imkânının ortadan kalktığı durumlar için öngörülen bu durum, alacaklı bakımından anlamsız/güç/ölçüsüz olması ve üçüncü kişi bakımından anlamsız/güç/ölçüsüz olması olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir.

İnceleme konusu eserde tazminat borcunun ortaya çıktığı son ana başlık ise borcun doğrudan ortaya çıkması meselesidir. Yazar bu başlığı, asıl borçlunun üçüncü kişi için bir işi ücretsiz yapması, asıl borçluya ait bir şeyin üçüncü kişi tarafından ücretsiz kullanılması ve tasarruf konusu şeyin para olması durumu olmak üzere üç alt başlığa ayırarak tazminat borcunun bazı durumlarda direkt olarak meydana gelebileceğini belirtmiştir.

² 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete.

Yazar, toplamda beş ayrı bölüme ayırdığı eserin üçüncü bölümünde tazminatın hesaplanması başlığına yer vererek tarafların söz konusu olay dâhilinde meydana gelebilecek ihtilaflarının çözümüne yol gösterici bir tutum sergilemiştir.

Tazminatın hesabı yönünden ana olarak iki kriter belirleyen *Köroğlu*, ilk olarak tazminat miktarında esas alınacak şeyin belirlenmesi gerektiğine dikkat çekmiş olup devamında ilgili tazminat hesabında göz önüne alınacak tarihin tespitine ilişkin bir çalışma ortaya koymuştur.

Tazminat miktarında esas alınacak şeyin belirlenmesi konusunda genellemeden sıyrılmaya çalışan *Köroğlu*, her durumda asıl borçlunun malvarlığından çıkan değer ile üçüncü kişinin malvarlığına giren değer aynı olmayacağına işaret etmiştir. Bu konuya ilişkin olarak Alman doktrininde yer alan iki farklı görüşün yanı sıra Türk doktrini ve kanun ekseninde bir değerlendirme yapan *Köroğlu*, tazminat hesabında asıl borçlunun malvarlığından çıkan değer esas alınması gerektiğini savunmuştur.

Bu tartışmanın ötesinde ikame değer ve malın gerçek değeri ayırımına eğilen yazar, üçüncü kişinin elden çıkardığı mala yönelik esas değer mi göz önüne alınması gerektiği yahut elden çıkarıldığında ele geçen miktar oranının mı önemli olduğu konusuna ayrıca önem vermiştir. Zira *Köroğlu*'nun da belirttiği gibi bir malın üçüncü kişi tarafından değerinin altında yahut üstünde elden çıkarılması mümkün olabilmektedir. İşte böyle bir durumda tazminatın hesaplanmasında hangi ölçütün ele alınması gerektiğini Türk hukukunun yanı sıra İsviçre ve Alman hukuku bakımından da değerlendiren yazar, İsviçre hukukunda doktrinde ikili bir ayırım olduğunu, malın değerinin üstünde satılması durumunda bu değeri geçen meblağın elde edilmesinde üçüncü kişinin gayretinin göz önünde bulundurulması gerekliliğini ifade eden bir görüş bulunduğunu belirtmiştir. İsviçre hukukunda yer alan ve Alman hukukunda da kabul edilen başka bir görüşe göre ise malın değerinin üstünde satılması durumunda üçüncü kişiden ancak malın esas değeri oranında miktarı talep edilebilir. Adı geçen malın değerinin altında satılması durumunda ise yine malın esas değerinin talebe konu edileceği ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere taraflar arasında kafa karışıklığına ve dahi ihtilafa yol açabilecek bu konuyu İsviçre ve Alman hukuku ekseninde değerlendiren *Köroğlu*, Türk hukukunda ise kanun ve Yargıtay kararları düzleminde bir açıklama yoluna gitmiştir. Bu konuda İcra ve İflas Kanunu 283. maddesinin 2. fıkrasına eleştiri getiren *Köroğlu*, fıkranın yoruma açık olduğundan bahisle net bir dil kullanılmadığını belirtmiştir. Ancak yine de fıkra hükmünde yer alan “gerçek değer” ifadesinin sorunu çözmeye esas alınması gerektiğine işaret etmiştir. Buna göre özellikle satım bedelinin, malın gerçek değerinin altında olduğu durumlarda üçüncü kişinin gerçek değer nispetinde sorumlu tutulması gerektiği yazar tarafından vurgulanmıştır. Buna ek olarak satım bedelinin gerçek değerinin üstünde olduğu durumlarda ne yapılması gerektiği konusunda Yargıtay kararlarında farklı görüşler bulunduğu ifade edilerek bir görüşte satım bedelinin değil, gerçek değerinin göz önüne alınacağına; bir diğer görüşte ise malın gerçek değerinin satım bedelinden az olamayacağına yönelik örnekler sunulmuştur.

Tüm bu görüşler ve örnekler sonucunda ayrıca kendi fikrini bildiren *Köroğlu*, görüşünü tek bir pencereden incelemeyi seçmiş olup diğer bir tabirle malın değerinin altında yahut üstünde satılması durumlarına ilişkin ayrıca bir ayırma gitmeyerek toptan bir değerlendirme yapmıştır. Özetle tazminat miktarının malın gerçek değeri oranında olduğunu, ilgili malın esas değerinin üzerinde yahut altında satılması durumlarının hiçbir değişiklik arz etmeyeceğini hatta ilgili malın bağışlanması, icra yoluyla elden çıkarılması durumlarında da malın gerçek değeri oranında tazminat miktarı talep edileceğini ifade etmiştir.

Tazminat hesabında esas alınacak değer tespitinin ertesinde bu değer ne zamana ilişkin olduğunun kararlaştırılması da mühim olup söz konusu bu iki kriter birbirleri ile doğal olarak bağlantılıdır. Zira ilgili malın değerinin zaman içerisinde farklı sebeplerle değişikliğe uğraması olasıdır. Bu konuya ilişkin olarak hangi tarihin dikkate alınması gerektiğine dikkat çeken *Köroğlu*, mevcut beş farklı görüşe değinmiş olup en sonunda kendi görüşünü bildirerek, tazminat miktarının hesaplanmasında esas alınacak tarih olarak iptal davasında hükme en yakın tarihteki değer esas alınması gerektiğini belirtmiştir.

Tazminatın hesaplanması konusunda çeşitli kıstasları ve olası çözüm yollarını ele alan yazar, konuyu geçen tazminat adına üçüncü kişiden faiz talep edilemeyeceği konusuna da bir alt başlık ayırmıştır. Bu konu İsviçre ve Alman hukukundaki durum ve Türk hukukundaki durum olarak ayrı ayrı ele alınmış olup en sonunda yazarın kendi görüşüne yer verilmiştir. Türk hukukunda bu konunun çözümü bakımından her ne kadar İcra ve İflas Kanunu'nun 143. maddesinin 4. fıkrasının esas alınması gerektiğine dikkat çekilerek faiz istenmesinin mümkün olmadığına yönelik fikirler sunulsa da *Köroğlu*, bu konunun çözümünün İİK m. 143/4'te yer almadığını belirterek iptal davasının amacının ilgili tasarrufun hiç gerçekleşmemişesine işlem tesis edilmesi olmasından dolayı aciz vesikası düzenlenmeseydi asıl borçlunun borcuna yönelik faiz talebinin mümkün olduğundan yola çıkarak üçüncü kişiye karşı da tazminata yönelik faiz istenmesi gerektiği yönünde fikrini beyan etmiştir.

Tazminatın hesaplanmasında konu şeyin belirlenmesi, tarihin saptanması ve faiz meselesine değinen yazar, bu konularla direkt bağlantılı olan tasarruf konusu şeyden elde edilen semerelerin tazminat hesabındaki rolüne de ayrı bir parantez açmıştır. Önceki konu başlıklarında olduğu gibi bu konuda da yazar pek tabii kendi görüşü ile sınırlı kalmayarak Türk, İsviçre ve Alman hukukunda yer alan ihtilaflara da değinme ihtiyacı duymuştur. Türk hukukunda iki farklı görüşün savunulduğunu belirten *Köroğlu*, bir grup yazarın semerelerin doğrudan asıl borçlunun malvarlığından çıkmaması sebebiyle tazminat hesabında dikkate alınmaması gerektiğini savunduğunu ancak İsviçre ve Alman doktrinine paralellik gösteren karşıt grubun üçüncü kişinin semerelerden dolayı alacaklıya karşı sorumluluğunun doğduğunu kabul ettiğini belirtmektedir. *Köroğlu* da ikinci görüşe katıldığını ifade etmiş olup bunun gerekçesi olarak bu sorunun iptal davasının amacından hareketle çözümlenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Yazar, iptale tabii tasarruf yapılmamış olsaydı semerelerden de istifa edebileceğinden hareketle üçüncü kişinin semerelerden sorumluluğunun bulunduğu çıkarımını yapmaktadır.

Üçüncü kişinin iptale konu tasarruf konusu şeyin semerelerinden sorumlu tutulacağı yaklaşımını benimseyen *Köroğlu*, adı geçen semerelerden dolayı sorumluluğu da belirli zaman aralığına sıkıştırarak "Üçüncü Kişinin Semerelerinden Sorumlu Olduğu Zaman Aralığı" adlı yeni bir alt başlık açmıştır. Bu alt başlık içerisinde İsviçre ve Türk hukukuna atıf yapmak suretiyle bu zaman aralığı bakımından iptal davasının açıldığı anın kıstas olarak alındığını ifade eden *Köroğlu*, semerelerden dolayı sorumluluğun iptale tabii tasarrufun gerçekleştiği andan itibaren başlayacağı, yönünde görüş bildirmektedir. *Köroğlu*, ortada elde edilmiş olan herhangi bir semerenin bulunmaması durumunda ise Alman hukukunda uygulanan üçüncü kişinin semereyi elde etmede ihmali oranında sorumluluğu doğduğu görüşünü kabul etmeyerek Türk hukuk sisteminde üçüncü kişinin elde etmeyi ihmal ettiği semerelerden sorumluluğunun doğmayacağını kabul etmenin yerinde olacağını ifade etmiştir.

Tazminat hesabı ana başlığı altında yer verilen son alt başlık ise mahsup konusuna ilişkin olmakla birlikte üçüncü kişinin tasarruf konusu şeye dair yapmış olduğu giderlerin tazminat miktarından indirilmesini konu almaktadır. Bu konuyu; doktrin görüşü, Yargıtay'ın yaklaşımı ve kendi görüşü olmak üzere üç ayrı koldan inceleme altına alan *Köroğlu*, bu hususun iptal davasının amacı göz önüne alınarak çözülmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Yazar, iptal davasına konu olan tasarruf gerçekleşmeseydi borçlunun elinde bulunan mala yapılan giderlerin alacaklıdan talep edilmesinin mümkün olmayacak olması durumunun, iptal davasına konu mala üçüncü kişi tarafından yapılan giderlerin alacaklıdan istenmesini imkânsız kıldığını savunmaktadır.

Köroğlu, kaleme almış olduğu kitabın kapağında eser ismi altında parantez içinde İİK m. 283/2 ibaresini koyarak eserin İcra ve İflas Kanunu'nun 283. maddesinin 2. fıkrası ile sınırlı kalacağı izlenimini verse de kitabın dördüncü bölümünü İİK m. 283/6 fıkrasına ayırarak üçüncü kişinin iyi niyetli olması durumuna da bir bakış ortaya koymuştur. Bu çerçevede iyi niyetli üçüncü kişinin borcunun sınırlandırılması konusuna ilişkin bir değerlendirme yapan *Köroğlu*, borcun hangi şartlar altında sınırlandırılacağını açıklayarak ve yalnızca İİK m. 278'de yer alan bağışlama adı altındaki tasarrufların bu kapsamda kabul edileceğini ifade ederek farklı görüşlerden de bahsetmiştir. Borcun sınırlandırılmasının boyutunun değerlendirilmesini de ikili bir ayrımla inceleyen *Köroğlu*, asıl borç olan icraya kat-

lanma borcunun mümkün olduğu durumlarda ve icraya katlanma borcunun mümkün olmadığı durumlarda olmak üzere tasnifte bulunmuştur.

Köroğlu, kaleme aldığı eserin son bölümünde ise bir diğer önemli husus olan ve İİK m. 281’de ayrıca düzenleme altına alınan ihtiyati haciz kurumuna değinme ihtiyacı duymuş olup bu kurumun genel manada ne anlama geldiğini açıklayarak tasarrufun iptali davasında ihtiyati haciz için gerekli şartları ele almıştır. Aynı bölümün devamında ise tazminat borcunun sona ermesi başlığıyla esere son veren *Köroğlu*, tazminat borcunun sona ermesini; tazminat borcuna özgü sebeplerle borcun sona ermesi, iptal hakkının sona ermesi ile tazminat borcunun ortadan kalkması ve diğer durumlar olarak üç ana grup halinde irdeleyerek alt başlıklar ile konuyu desteklemiştir.

Kitaba geniş bir bakış atıldığında İcra ve İflas Kanunu’nda yer alan tek bir fıkra hükmünden 209 sayfalık bir eser ortaya çıkarılması, eserin etkileyici bir çalışma ürünü olduğunu aşikâr kılmaktadır. Tasarrufun iptalinde nakden tazmin kavramı konusunda doktrinde ve Yargıtay kararlarında yer alan ihtilafların yazar tarafından çözümlenmesi genel olarak tasarrufun iptali davasının amacı paralelinde ele alınmıştır. Diğer bir deyişle iptale konu olan tasarruf gerçekleşmemiş olsaydı alacaklının hangi şartlarda ve ne miktarda bir alacak elde edeceği sorusuna yoğunlaşarak asıl borçludan talep edilebilecek şartlar dâhilinde üçüncü kişiden talepte bulunabileceği yönünde bir yaklaşım sergilenmiştir.

Hem teorik bakımdan hem de uygulama bakımından oldukça faydalı olan bu eserin Türk hukuk camiası için önemli kaynaklar arasında yer alacağı şüphe götürmemektedir.