



Cilt/Vol: 13 Sayı/Issue: 1 Temmuz/July-2025



**SAKARYA
HUKUK DERGİSİ
(SHD)**

**THE SAKARYA
JOURNAL OF LAW
(THE SJL)**

CILT/VOLUME: 13 SAYI/ISSUE: 1
E-ISSN 3023-6894

JULY/TEMMUZ 2025
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/shd>

SAKARYA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

THE SAKARYA JOURNAL OF LAW/SJL



SAKARYA
ÜNİVERSİTESİ

The Owner on Behalf of Sakarya University

Sakarya Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi

Prof. Dr. Hamza Al
Sakarya University, Sakarya-Türkiye

Editor in Chief / Baş Editör

Kemal Erdoğan
Private Law Department
Sakarya University, Sakarya-Türkiye
kemalerdogan@sakarya.edu.tr

Associate Editor / Yardımcı Editör

Muammer Fatih Öztürk
Private Law Department
Sakarya University
Sakarya-Türkiye
fatihozturk@sakarya.edu.tr

Fatih Eraslan
Private Law Department
Sakarya University
Sakarya-Türkiye
fatiheraslan@sakarya.edu.tr

Cemre Edip Yalçın
Department of Public Law
Sakarya University, Sakarya-Türkiye
cemreyalcin@sakarya.edu.tr

Yunus Emre Bozcu
Department of Public Law
Sakarya University
Sakarya-Türkiye
yunusbozcu@sakarya.edu.tr

Kübra Şen Aktaş
Private Law Department
Sakarya-Türkiye
kubrasen@sakarya.edu.tr

Ebrar Sena Oruçan
Department of Public Law
Sakarya University, Sakarya-Türkiye
ebraroruchan@sakarya.edu.tr

Sinan Can Avcı
Public Law Department
Sakarya-Türkiye
sinanavci@sakarya.edu.tr

Görkem Kayacık
Department of Public International Law
Sakarya University
Sakarya-Türkiye
gorkemkayacik@sakarya.edu.tr

Mustafa Taş
Department of Islamic Law
Sakarya-Türkiye
mustafatas@sakarya.edu.tr

Editorial Board / Editör Kurulu

Şafak Narbay
Private Law Department
Sakarya University
Sakarya-Türkiye
safaknarbay@sakarya.edu.tr

İbrahim Özbay
Private Law Department
Tokat Gaziosmanpaşa University
Tokat-Türkiye
ibrahim.ozbay@gop.edu.tr

Ayhan Döner
Department of Public Law
Erzincan Binali Yıldırım University
Erzincan-Türkiye
adoner@erzincan.edu.tr

Murat Doğan
Department of Private and Civil Law
Erciyes University
Kayseri-Türkiye
murat.dogan@erciyes.edu.tr

Field Editor / Alan Editörü

Gizem Coşgun Yıldırım
Department of Commercial Law
Sakarya-Türkiye
gizemcosgun@sakarya.edu.tr

Ceren Karagözoğlu
Public International Law
Sakarya University
Sakarya-Türkiye
ckaragozogl@sakarya.edu.tr

Turkish Language Editor / Türkçe Dil Editörü

Ebrar Sena Oruçhan
Department of Public Law
Sakarya University, Sakarya-Türkiye
ebraroruchan@sakarya.edu.tr

Görkem Kayacık
Department of Public International Law
Sakarya University
Sakarya-Türkiye
gorkemkayacik@sakarya.edu.tr

English Language Editor / İngilizce Dil Editörü

Cemre Edip Yalçın
Department of Public Law
Sakarya University, Sakarya-Türkiye
cemreyalcin@sakarya.edu.tr

Muammer Fatih Öztürk
Private Law Department
Sakarya University
Sakarya-Türkiye
fatihozturk@sakarya.edu.tr

Ethics Editor / Etik Editörü

Kübra Şen Aktaş
Private Law Department
Sakarya-Türkiye
kubrasen@sakarya.edu.tr

Mustafa Taş
Department of Islamic Law
Sakarya-Türkiye
mustafatas@sakarya.edu.tr

Preflight Editor / Ön Kontrol Editörü

Yunus Emre Bozcu
Department of Public Law
Sakarya University
Sakarya-Türkiye
yunusbozcu@sakarya.edu.tr

Fatih Eraslan
Private Law Department
Sakarya University
Sakarya-Türkiye
fatiheraslan@sakarya.edu.tr

Sinan Can Avcı
Public Law Department
Sakarya-Türkiye
sinanavci@sakarya.edu.tr

Indexing



Contents

Research Article

- 1 ABD Marka Hukuku'nda Kamu Düzenine ve Ahlaka Aykırı Markalar
Trademarks Contrary to Public Policy and Morality in the U.S. Trademark Law
Muhammed Yakup Altun 1–27
- 2 “Müşterilerle Kendisinin Bizzat Sözleşme Yapabilmesi İçin, Onları Başkalarıyla Yapmış Oldukları Sözleşmelere Aykırı Davranmaya Yöneltilme” Suretiyle Haksız Rekabet (TTK m.55/ I/ b, 1)
Unfair Competition By “Instructing Customers to Conduct Contracts in Contract with Others in Contract to Enable Himself to Contract with Them” (TTK Art. 55/ I/ b, 1)
Dursun Saat 28–48
- 3 Legal Security in Algeria: Between Constitutional Enshrinement and Legislative Instability
Bouzid Benmahmoud, Hamza Selam 49–61
- 4 Yargı Kararları Işığında Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk
Law Applicable to Employment Contracts with Foreign Elements in the Light of Judicial Decisions
Esra Yıldız Üstün 62–79
- 5 Yapay Zekânın Hukuk Alanındaki Uygulamaları ve Hukuk Alanında Kullanılmasının Olası Sonuçları
Applications of Artificial Intelligence in the Field of Law and Possible Consequences of Its Use in the Field of Law
Sedat Ayaz 80–108
- 6 Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin İdari İşlem Niteliği Taşıyan İşlemleri
The Administrative Procedures of the Grand National Assembly of Türkiye
Emin Koç 109–137
- 7 16. Yüzyıl Üsküdar'ında Evliliğin Sona Erme Halleri
Termination of Marriage in 16th Century Üsküdar
Seval Kılıç 138–165
- 8 H.L.A. Hart'ın Hukuk Teorisi Bağlamında Hâkimin Takdir Yetkisi ile İdarenin Takdir Yetkisinin Karşılaştırmalı Analizi
A Comparative Analysis of the Judge's Discretionary Power and the Administration's Discretionary Power in the Context of H.L.A. Hart's Legal Theory
Seyithan Kaya 166–187
- 9 Özel Sağlık Sigortası Sözleşmelerinde Yenidoğan Bebeğin Sigorta Himayesinden Faydalanma Hakkı (TTK md. 1517)
The Right of a Newborn to Benefit from Insurance Coverage in Private Health Insurance Contracts (TCC Art. 1517)
Tekinca Akif Karaarslan 188–209

- 10 Uluslararası Yatırım Tahkiminde Dava Hakkının Kötüye Kullanılması ve Cascade v Türkiye ICSID Kararının Değerlendirilmesi
Abuse of Process in International Investment Arbitration and Evaluation of Cascade v Türkiye ICSID Award
Ahmet Dülger 210–244
- 11 İsrail’in Gazze’deki İşgalci Statüsü ve İsrail-Hamas Savaşında Uluslararası İnsancıl Hukukun Sivillere Sağladığı Korumalar
Israel’s Occupant Status in Gaza and the Protections Provided to Civilians by International Humanitarian Law in the Israel-Hamas War
Naim Demirel 245–266
- 12 Müteselsil Borçlulukta Kanunda Belirtilen Sebeplerin Varlığı Nedeniyle Borcun Doğmadığına Yönelik İtirazlar
Objections to the Non-Emergence of the Obligation Due to the Existence of the Reasons Specified in the Law in Joint Obligation
Burak Doğan 267–295
- 13 Hizmet Sözleşmesi Sonrası Rekabet Yasağı Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Görevli Mahkeme: Türk ve Fransız Hukuku Bakımından Bir İnceleme
Court of Material Jurisdiction in Cases Arising from Prohibition of Competition Agreements After Employment Contract: A Review of Turkish and French Law
İlknur Kaya 296–316
- 14 The Case of Jamal Khashoggi and the Right to Life
Murat Balcı, Kerim Çakır 317–329
- 15 Kurumsal Yatırımcıların Pay Sahibi Aktivizmi: Hedef Şirketlere Yönelik Fayda ve Sakıncalar
Shareholder Activism by Institutional Investors: Benefits and Drawbacks for Target Companies
Cansu Cindoruk 330–349
- 16 Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Zamanaşımı Sürelerini Değiştirme Yasağı
The Prohibition on Changing of the Prescription Periods in Turkish, Swiss and German Law
Harun Mirsad Günday 350–386
- 17 Eşit İşlem İlkesinin Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Dışındaki Kişiler Yönünden Uygulanabilirliği
Enforceability of the Equal Treatment Principle in Joint Stock Companies for Persons Other Than Shareholders
Habibe Dinç Doğan 387–407
- 18 Alternatif Yargısal Denetim Modeli Olarak Zayıf Form Yargısal Denetimin Uygulamadaki Örnekleri
Examples of Weak-Form Judicial Review in Practice as an Alternative Judicial Review Model
Nurullah Görgeç 408–438
- 19 Dürüst Kullanım ve Tükenme İlkesi Kapsamında Markanın Figüratif (Logo) Unsurunun Kullanılması
Use of the Figurative (Logo) Element of the Trademark within the Scope of Honest Use and Principle of Exhaustion of the Trademark Right
Mehmet Emin Yıkar 439–452

- 20 Limited Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri ve Yetki Devri Halinde Üst Gözetim Yükümlülüğü

The Delegation of Management Power and the Superior Supervision in Case of the Delegation of Management Power in Limited Companies

Bahar Oral

453–477

Case Review

- 21 Sır Saklama Yükümlülüğünü Aykırılık Halinde Kararlaştırılan Tek Taraflı Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu

The Validity of Unilateral Penalty Clauses Stipulated for Breaches of Confidentiality Obligations

Sema Deniz Özkan Koç

478–492

ABD Marka Hukuku'nda Kamu Düzenine ve Ahlaka Aykırı Markalar

Trademarks Contrary to Public Policy and Morality in the U.S. Trademark Law

Muhammed Yakup Altun 

Kalifornia Barosu ve İstanbul Barosu,
Amerika Birleşik Devletleri,
m_altun@u.pacific.edu



Öz: Türk ve Avrupa Hukuku'nda yer alan kamu düzenine ve ahlaka aykırı markaların tescil edilemeyeceğini düzenleyen hükümlerin benzeri, ABD Hukuku'nda ahlaka aykırı, skandal ve aşağılayıcı markaların tescilini yasaklayan hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak Türkiye'de ve Avrupa Birliği'nde bu tescil yasakları halen yürürlükteyken, ABD Yüksek Mahkemesi, bu tescil yasaklarını düzenleyen hükümleri ABD Anayasası'na aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme, markaların fikir ve mesajlar ifade edebilen anlamlı semboller olduğunu, bu sebeple iletişim kurma işlevi görebileceğini belirlemiş ve söz konusu hükümlerin bakış açısı ayrımcılığı yaparak ABD Anayasası'nın İfade Özgürlüğü maddesine aykırılık yarattığını belirtmiştir. ABD Yasama Meclisi tarafından iptal edilen bu hükümlerin yerine henüz yeni bir düzenleme getirilmemiştir. Bu boşluk, iptal edilen hükümler uyarınca tescil edilmemesi gereken birçok markanın tesciline imkân tanımış ve Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi'nin (USPTO) başvuruları değerlendirirken işlev görmeme doktrinini daha sık kullanmasına neden olmuştur.

Bu çalışmada öncelikle ABD Marka Hukuku'nun temel ilkeleri ve iptal kararları öncesinde iptal edilen hükümlerin uygulanma şekli incelenecektir. Ardından, Yüksek Mahkeme'nin iptal kararları, karşı görüşler de dikkate alınarak ayrıntılı olarak analiz edilecektir. Son olarak, işlev görmeme doktrini çerçevesinde iptal kararları sonrası USPTO uygulamaları değerlendirilecek; ABD Kongresi'nin yalnızca saldırgan ifade biçimlerini hedef alan yeni bir düzenleme yaparak marka tescilindeki bu boşluğu Anayasa'ya uygun biçimde doldurma olasılığı tartışılacaktır. Ayrıca ABD Hukuku'nda ilgili hükümlerin iptal edilmesine karşın Türk ve AB Hukuku'nda bu hükümlerin yürürlükte kalmasının anayasal farklılıklardan kaynaklandığı açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Lanham Yasası, Ahlaka Aykırı Markalar, Skandal Markalar, Aşağılayıcı Markalar, İfade Özgürlüğü

Geliş Tarihi/Received: 31.10.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 14.01.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
04.02.2025

Abstract: US trademark law bars the registration of immoral, scandalous, and disparaging trademarks, and these provisions are similar to those in Turkish and European Union law that prevent the registration of trademarks contrary to public order and morality. However, while these registration bars remain active in Türkiye and the European Union, the U.S. Supreme Court has found the corresponding provisions in U.S. law to be unconstitutional. The Court reasoned that trademarks serve as meaningful symbols capable of conveying ideas and messages, thereby functioning as a form of communication, and concluded that these restrictions constituted viewpoint discrimination, thus violating the Free Speech Clause of the U.S. Constitution. The annulled provisions have not yet been replaced with new regulations by the Congress. This gap has allowed for the registration of many trademarks that would otherwise have been denied under the annulled provisions and has led the United States Patent and Trademark Office (USPTO) to rely more frequently on the failure to function doctrine when evaluating trademark eligibility.

This paper first discusses the fundamental principles of U.S. trademark law and the application of the annulled provisions prior to the Supreme Court's decisions. Next, the Supreme Court's decisions will be analyzed in detail, taking into account the dissenting opinions. Finally, USPTO practices following the annulments will be evaluated within the scope of the failure-to-function doctrine, and the possibility of Congress filling this legal gap with a new regulation targeting only offensive expressions, in line with the Constitution, will be discussed. Additionally, the retention of similar provisions in Turkish and EU law, in contrast to their annulment in the U.S., will be explained through differences in constitutional frameworks.

Keywords: Lanham Act, Immoral Trademarks, Scandalous Trademarks, Disparaging Trademarks, Freedom of Speech

Extended Abstract

Trademarks are essential for brand awareness and consumer confidence. While businesses usually avoid immoral, scandalous, or disparaging marks to align with public sentiment, some seek to register these marks to attract attention or appeal to rebellious consumers, despite potential public disapproval. Countries often refuse these marks from registration to maintain public morality, protect underrepresented groups from disparaging or racist marks, prevent consumer deception, and uphold the integrity of the marketplace. The provision in Turkish and European law that bars trademarks contrary to public policy or morality resembles provisions in U.S. law that previously prevented the registration of immoral, scandalous, and disparaging trademarks, which have been annulled by the U.S. Supreme Court.

Federal trademark law in the United States is regulated under the Lanham Act, enacted in 1946. This act originally barred the registration of trademarks consisting of immoral or scandalous matter, or trademarks that may disparage any person, institution, belief, or national symbol. However, these regulations were annulled by the U.S. Supreme Court in the landmark cases of *Matal v. Tam* (2017) and *Iancu v. Brunetti* (2019), leading to significant changes in the landscape of trademark law.

In the instances where these regulations were used, the United States Patent and Trademark Office (USPTO) evaluated whether a substantial composite of the general public (or the referenced group in the case of disparaging marks) perceived the mark as shocking to the sense of truth, decency, or propriety; giving offense to the conscience or moral feelings; calling out for condemnation; disgraceful; offensive; disreputable; or vulgar. Marks such as MARIJUANA COLA, BABY AL QAEDA, and REDSKINS were denied under these rules. While the refusal of REDSKINS trademark, which is claimed to be disparaging Native Americans, was challenged in *Pro-Football, Inc. v. Blackhorse* with claims of unconstitutionality of the regulation, and the case was in the appeal court, the Supreme Court in *Matal v. Tam* determined that Section 1052(a) violates the free speech clause of the First Amendment.

In the *Matal v. Tam* case, the controversial trademark was THE SLANTS, a term historically used to disparage Asian-Americans. The Supreme Court unanimously decided that Section 2(a)'s ban on disparaging trademarks infringed upon the Free Speech Clause of the First Amendment. The majority's rationale was that a trademark serves as a concise method of communication, and the approval or rejection of trademark registration constitutes regulation of speech. Regardless of whether it is commercial speech, the Court found that the provision was not narrowly tailored to eliminate trademarks that promote invidious discrimination. The Court concluded that the provision acted like a "happy talk" clause, extending far beyond what was necessary to serve the interest of avoiding offensive marks. Therefore, it constituted viewpoint discrimination.

In the *Iancu v. Brunetti* case, the controversial trademark was FUCT, a term that can be interpreted as the past participle of a well-known profanity. The USPTO initially denied its registration, citing that it consisted of or comprised immoral or scandalous matter, and was highly offensive, vulgar, or carried decidedly negative connotations. While reviewing the case, the Supreme Court acknowledged that the mark was indeed offensive but found that the provision itself was unconstitutional.

The Supreme Court was divided in this case. The majority ruled that the provision, similar to the one in the *Tam* case, disfavored certain ideas and discriminates on the basis of viewpoint discrimination. The majority also rejected the government's argument to narrowly interpret the restriction to apply only to vulgar marks, stating that such an interpretation would effectively rewrite the law rather than merely interpret it. However, some justices supported a narrow interpretation, suggesting that targeting only marks that are offensive in their expression, specifically those that are obscene, vulgar, or profane, would eliminate viewpoint discrimination without rewriting the law.

As of today, Congress has not enacted a new provision to replace the invalidated provisions of the Lanham Act. Consequently, since these landmark decisions, the USPTO lacks a direct statutory basis to reject marks that are immoral, scandalous, or disparaging. However, the use of the failure to function doctrine has become more frequent. This doctrine primarily examines whether consumers will perceive the matter being registered as a trademark. It derives mostly from the definition of a trademark under Section 45 of the Lanham Act. For example, the USPTO has started refusing some marks under this doctrine when a mark does not fulfill its trademark functions due to its semantic implications. An instance of this is the refusal of the term NIGGA, which is widely used by various sources and merely communicates a well-recognized sentiment, rather than identifying and distinguishing the source of goods or services.

However, even when marks are distinctive and function as trademarks, they may still be highly offensive, suggesting that this doctrine alone may not fully address the government's interest in restricting such marks. Additionally, it risks inconsistent, arbitrary, and unclear application by the USPTO. Therefore, this paper concludes by proposing a new statute focused specifically on expression modes or marks that are obscene, vulgar, or profane, as suggested by the Supreme Court, which might better align with governmental interests. For disparaging marks, any new provision inherently risks viewpoint discrimination; however, if narrowly tailored with a clear legislative intent for limited application, it may withstand constitutional scrutiny. We also note that, while the Turkish Constitution and the European Convention on Human Rights allow for free speech limitations in the interest of public policy, the U.S. Constitution lacks any provision permitting such restrictions. Therefore, a carefully crafted statute targeting only the most offensive expressions could effectively balance free speech rights with governmental interests.

Giriş

Marka, satıcı ve alıcılar arasında kısa ve öz bir iletişim şekli olarak hizmet etmektedir. Başka bir deyişle marka, satıcının mal veya hizmetlerin kendisine ait olduğunu onayladığını göstermekte ve böylece bunları rakiplerin benzer mal veya hizmetlerinden ayırmaktadır.¹ Markaların bu iletişim veya ifade yönü marka hukuku ile ifade özgürlüğü hakkının kesişmesine yol açmakta² ve bir ülkeden diğerine önemli ölçüde farklılık gösterebilecek zorlu hukuki, etik ve toplumsal sorunları ortaya çıkarmaktadır.

Bu kesişme, ABD Hukuku'nda yer alan "*ahlaka aykırı*", "*skandal*" ve "*aşağılayıcı*" işaretlerin tescilini engelleyen hükümlerin iptal edilmesiyle sonuçlanmıştır.³ Bu hükümler aslında Türk ve Avrupa Hukuku'nda yer alan "*kamu düzenine ve ahlaka aykırı*" markaların tescil edilemeyeceğini düzenleyen hükmün karşılığı olan hükümlerdir. Lanham Yasası'nın yürürlüğe girmesinden 71 yıl sonra, "*aşağılayıcı*" işaretleri engelleyen kural, 2017 yılında *Matal v Tam* davasında Yüksek Mahkeme'nin kararıyla ABD Anayasası'na aykırı bulunmuştur.⁴ Ardından, "*ahlaka aykırı*" ve "*skandal yaratan*" işaretleri engelleyen kurallar, 2019 yılında *Iancu v Brunetti* davasında Yüksek Mahkeme tarafından ABD Anayasası'na aykırı bulunmuştur.⁵ Kararın gerekçesi olarak bu düzenlemelerin ABD Anayasası'nın İfade Özgürlüğü Maddesi'ne (*the Free Speech Clause*) aykırı olarak "*bakış açısı*" (*view-point*) ayrımcılığına sebep olduğu belirtilmiştir.⁶

¹ Tyler T. Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, (Durham: Carolina Academic Press, (2020), 467.

² Lisa P. Ramsey, "Trademark Law Institute for Intellectual Property & Information Law Symposium: Free Speech Challenges to Trademark Law After *Matal v. Tam*", *Houston Law Review* 56 (2018), 401, 415.

³ Ned Snow, "Immoral Trademarks after *Brunetti*", *Houston Law Review* 58 (2020), 401, 403.

⁴ *Matal v Tam* 582 US 218, 247 (2017).

⁵ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2302 (2019).

⁶ Ilhyung Lee, "Tam Through the Lens Of *Brunetti*: The Slants", *Emory Law Journal* 69 (2019), 2002.

Buna karşılık, Türkiye’de ve Avrupa Birliği’nde (AB), bazı ifade özgürlüğü endişeleri olsa da⁷ “*kamu düzeni ve ahlaka aykırı*” işaretler için tescil engeli hala yürürlüktedir.⁸ Bu bağlamda, Paris Sözleşmesi’nin 6. ve mükerrer 6. maddeleri üye devletlere marka tescili için belirli bir özerklik tanırken, bir ülkede tescil edilmiş bir markanın diğer üye ülkelerde de “aynı şekliyle” kabul edilmesi gerektiği ilkesini (telle quelle) benimsemektedir. Sözleşmenin mükerrer 6 maddesi, “Her bir markanın menşe ülkesinde usulüne uygun olarak tescil edilmesi halinde, diğer ülkelerde aynı şekilde başvuru ve koruma hakkı kazanacağı” ilkesini ortaya koymaktadır. Ancak “kamu düzenine veya ahlaka aykırılık” gibi gerekçelere dayanarak, devletlere bu tür markaların tescilini reddetme yetkisi tanınmıştır. Öte yandan, TRIPS Anlaşması’nın 27(2) maddesi, üyelerin “kamu düzenini veya ahlakını korumak amacıyla” patentleri koruma kapsamı dışında bırakmasına olanak tanıyan bir hüküm içerse de, bu özel istisnayı markalar için genişletmemiştir.

Bu doğrultuda, marka hukukunun uluslararası düzeyde uyumunun yüksek olduğu bir alan olması, ABD’de bu konuda yaşanan gelişmelerin ayrıntılı bir şekilde ele alınmasını daha da önemli hale getirmektedir. ABD’deki bu yasal değişimlerin analizi ticaret, ifade özgürlüğü ve toplumsal normlar arasındaki karmaşık etkileşimin nasıl düzenlendiğine dair değerli bir bakış açısı sunmaktadır. Çalışmanın ileriki bölümlerinde yapılacak analizin kolaylaştırılması adına, bu makalede öncelikle ABD Marka Hukuku’nun temel ilkelerinden ve marka tescil engellerinden bahsedilecektir. Daha sonra, kamu düzenine ve ahlaka aykırı markaların Yüksek Mahkeme’nin kararından önce ele alınışından, düzenlemenin iptal edilme sürecinden ve iptalin etkisinden bahsedilecektir. Her ne kadar makale ABD Hukuku’nu merkeze alsın da bu çalışmada ABD’de yaşanan gelişmelerin Türk Hukuku’na potansiyel yansımaları ve temel anayasal farklılıklar da değerlendirilecektir.

Bu çalışmada, yalnızca ABD Yüksek Mahkemesi’nin çoğunluk kararı değil, bireysel olarak yargıçların yorumları ve hukuki gerekçelendirmeleri de merkeze alınacaktır. Anglo-Sakson Hukukunun (*Common Law*) yapısı gereği, Yüksek Mahkeme yargıçları, yasaları uygulamaktan öteye geçerek hukuki meseleleri bağımsız yorumlarıyla analiz etme ve her bir davaya özgü doktrinel katkılar sunma imkânına sahiptir. Bu kapsamda, mahkeme kararlarında çoğunluk görüşünün dışında kalan, alternatif veya muhalif yorumların analiz edilmesi, ABD Hukuku’nun dinamik yapısını anlamak adına önemlidir. Zira yargıçların yorumları, Anglo-Sakson hukuk geleneğinde yalnızca ilgili olduğu kararı etkilemeyip gelecekteki hukuki meselelerde kullanılabilecek derinlikli bir doktrinel altyapı yaratmaktadır. Dolayısıyla, ABD’deki marka hukukunda yaşanan bu dönüşümlerin geniş bir perspektifle ele alınması, karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında özgün ve zengin bir referans alanı sunacaktır.

I. ABD Marka Hukuku’nun Temel İlkeleri

Marka hukuku, bir işletmenin ürünlerini veya hizmetlerini belirtmek için kullanılan ve onları rakiplerinden ayıran sembol ve ifadeler üzerindeki fikri mülkiyet haklarını koruma amacı taşımaktadır.⁹ Telif hakları ve patentlerin aksine marka hukuku, işletmeleri yenilik yapmaya değil, mal ve hizmetlerinde belirli standartları korumaya teşvik etmeyi amaçlamaktadır.¹⁰ Bu yaklaşım, tüketicilerin daha önce beklentilerini karşılayan işletmelerin ürün ve hizmetlerini kolayca tanıyıp seçmelerini sağlayarak rekabeti teşvik etmekte ve tüketici menfaatlerini koruyarak ekonomik verimliliği artırmaktadır.¹¹

ABD Federal Marka Hukuku’nun merkezinde, 1946 yılında yürürlüğe giren ve markaları düzenleyen federal yasaları bir araya getiren Lanham Yasası (*the Lanham Act*) bulunmaktadır. Bu kapsamlı mevzuat,

⁷ Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2023), 264.

⁸ Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK), *Resmi Gazete* 29944 (10 Ocak 2017), Kanun No. 6769, md. 5/1-ı ve Avrupa Birliği Marka Tüzüğü (EUTMR) 2017/1001 md. 7/1-f.

⁹ Jon J. Lee, “Racism and Trademark Abandonment”, *The George Washington Law Review* 91 (2023), 932, 956.

¹⁰ Vincent Chiappetta, “Trademarks: More Than Meets the Eye”, *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy* 1 (2003), 35, 93.

¹¹ Chiappetta, “Trademarks: More Than Meets the Eye”, 93.

marka tescili ve koruması için gerekli kuralları, markanın ihlali halinde başvuru yollarını ve markanın ticarete kullanımını güçlendiren yasal korumaları düzenlemektedir.¹²

Lanham Yasası kapsamında, markalar birkaç temel işlevi yerine getirmektedir. Öncelikle, mal ve hizmetlerin kaynağının veya menşeinin tanımlayıcısı olarak hareket etmekte ve bir kaynağı diğerlerinden ayırmaktadırlar.¹³ Bu ikili rol, tüketicilerin yalnızca ürünlerin menşeiini tespit etmelerini değil, aynı zamanda piyasada mevcut sayısız seçenek arasında ayırım yapmalarını sağlayarak bilinçli satın alma kararı vermelerini sağlar.¹⁴ Bu işlevlerin yasal temelini Lanham Yasası oluşturmaktadır. Lanham Yasası'nın 45. bölümü bir markayı, bir kişi tarafından "*benzersiz bir ürün de dahil olmak üzere mallarını tanımlamak ve başkaları tarafından üretilen veya satılanlardan ayırt etmek ve kaynağı bilinmese bile malların kaynağını belirtmek için*" kullanılan "*herhangi bir kelime, isim, sembol veya cihaz veya bunların herhangi bir kombinasyonu*" şeklinde tanımlayarak bu işlevleri ortaya koymuştur.¹⁵ Hizmet markaları için de tanım hemen hemen aynıdır.¹⁶ Bu tanım aracılığıyla Yasa, markaların kaynağın belirlenmesi ve mal veya hizmetlerin ayırt edilmesindeki önemini vurgulamakta ve tüketici menfaatlerinin korunması ve piyasada adil rekabetin teşvik edilmesindeki temel işlevlerinin altını çizmektedir.¹⁷

Bu işlevlere ek olarak, markalar kalite güvencesi sağlamada, marka sadakati veya müşteri bağlılığını geliştirmede ve ürün veya hizmetlerin tanıtımını kolaylaştırmada önemli bir rol oynamaktadır. Bu sayede marka sahibinin yatırımı korunmakta ve değer kazanmaktadır.¹⁸ Markaların işletmeler için önemi, olumlu itibar anlamında bir "*iyi niyet*" (*goodwill*) oluşturmaları ve bu itibarı işletmelerine yönlendirme yeteneğinden gelmektedir.¹⁹ Bu sayede, markanın oluşturduğu güven, tüketicilerin aynı işletmenin ürün veya hizmetlerini tekrar tercih etme olasılığını artırmaktadır. Sonuç olarak, bir marka hakkı ihlal edildiğinde, tehlikeye giren asıl unsur, halkın yanıltılmama beklentisi ve marka sahibinin ürünlerinin itibarını yönetme konusundaki münhasır hakkıdır.

Yukarıda belirtilen işlevler, markanın bir tacirin müşterilerine yönelik özlü bir iletişim yöntemi olarak işlev yaptığını da göstermektedir.²⁰ Aşağıda açıklanacağı üzere, markaların bu iletişim ve ifade işlevi marka hukuku ile anayasal ifade özgürlüğü hakkının kesişim noktasıdır.

Markaların fonksiyonlarını etkin bir şekilde yerine getirebilmeleri için ayırt edici olmaları, ancak doğrudan işlevsel özellik taşıyamamaları gerekmektedir. Başka bir deyişle, markanın ürünün kullanımı veya amacı için temel bir özelliği içermemesi gerekmektedir.²¹ Ayırt edicilik iki şekilde ortaya çıkmaktadır: İşaretin doğasında var olan ayırt edicilik, yani "*hayal ürünü*" (*fanciful*), "*rastgele seçilmiş/nedensiz*" (*arbitrary*) veya "*çağrışım yapan/ima edici*" (*suggestive*) markalarda olduğu gibi, markanın kendiliğinden ayırt edici olması ya da kullanım yoluyla kazanılan ayırt edicilik, yani markanın zamanla kullanımı sayesinde ayırt edici hale gelmesi.²² Markanın ayırt ediciliği kadar sık analiz edilmese

¹² Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, 466; Yasin Dinçer – Muhammed Yakup Altun, "Survey Evidence in Trademark Law: Use and Evidential Value in the United States and Turkey", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/3 (2024), 804.

¹³ Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, 467.

¹⁴ Roger E. Schechter – John R. Thomas, *Principles of Trademark Law* (St. Paul: West Academic Publishing, (2021), 11. Türk doktrini bakımından markanın işlevlerine ilişkin olarak bkz. Hamdi Yasaman vd., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi* Cilt 3, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), Cilt 3, 52-58; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 16-19.

¹⁵ Benzer şekilde SMK marka olabilecek işaretleri tanımlarken bu iki işlev üzerinde durmuştur: SMK md. 4 markayı "*bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir*" şeklinde tanımlamıştır.

¹⁶ Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, 466.

¹⁷ Uli Widmaier, "Use, Liability, and the Structure of Trademark Law", *Hofstra Law Review* 33 (2004), 603, 619.

¹⁸ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 11.

¹⁹ Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, 466.

²⁰ Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, 466.

²¹ Mary LaFrance, *Understanding Trademark Law* (Durham: Carolina Academic Press, 2020), 17.

²² Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 52.

de markayı tanımlayan 45. bölüm kapsamında, bir markanın tescil edilebilmesi için gerekli olan "kullanım" zorunluluğu da çok önemlidir. Bu kullanım gerekliliğinin yerine getirilmesi, bir markanın ancak genel standartlarına uygun bir şekilde kullanılması ile mümkündür.²³ Marka ile tescil edilmek istenen mal veya hizmetler arasındaki ilişki de markanın tüketiciler için etkili bir kaynak gösterici olarak hizmet edip etmediğinin değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır.²⁴ Ayrıca, markanın kaynak gösterici işlevinin ve marka ile elde edilen hakların zaman içinde kaybolmasını önlemek için markanın ayırt ediciliğinin tescilden sonra da korunması gereklidir.²⁵ Son olarak, bir ürünün işlevselliğine katkıda bulunan özellikler, adil rekabeti sağlamak için marka korumasından hariç tutulmaktadır. Böylece rakipler faydalı özellikleri serbestçe kendi ürünlerine dahil edebilmektedirler.²⁶

II. Federal Tescil Sistemi

Federal düzeyde marka koruması, Lanham Yasası tarafından oluşturulmuş olan tescil sistemine dayanmaktadır. Bu sistem kapsamında bir markayı tescil ettirmek isteğe bağlıdır. Zira bir markayı taşıyan ürün veya hizmet kamuya sunulurken fiilen satışa çıkarıldığında veya ticari amaçlarla kullanıldığında, federal tescil yapılmasa bile eyalet hukuku (*state common law*) kapsamında o eyalette koruma altına alınır.²⁷

Her ne kadar bir markanın korunması için Lanham Yasası'nın 43. bölümü uyarınca federal olarak veya eyalet yasaları yoluyla tescil edilmesi zorunlu olmasa da Marka Ana Sicili'nde (*the Principal Registrar*) bir yer edinmek marka sahibine önemli avantajlar sunmaktadır.²⁸

İlk olarak, Lanham Yasası'nın 7(b) ve 33(a) bölümlerine göre, tescil, markanın geçerliliği ve mülkiyeti konusunda karine oluşturarak tescil sahibine, ilgili mal veya hizmetlerde markayı ticari olarak kullanma konusunda münhasır haklar tanımaktadır.²⁹

İkinci olarak, Yasa'nın 7(c) bölümü, başarılı bir tescil başvurusunun markanın yapıcı/aktif kullanımı (*constructive use*) olarak kabul edileceğini ve başvurucuya başvuru tarihinden itibaren ülke çapında geçerli bir öncelik hakkı sağladığını belirtmektedir. Bu hak, markayı daha sonra kullanacaklara karşı üstünlük tanımaktadır.³⁰

Üçüncü olarak, Yasa'nın 22. bölümü, markanın tescilinin yapıcı/aktif bildirim (*constructive notice*) işlevi görerek, markanın fiilen kullanılmadığı bölgelerde dahi koruma sağlamasını ve sonraki kullanıcıların tescilden habersiz olduklarını veya kötü niyet taşımadıklarını öne sürmesini engellemektedir.³¹

Dördüncü olarak, Sicil'de beş yıl boyunca yer alan bir marka, tartışılmaz bir statü kazanmakta ve geçerliliğine yönelik hukuki itirazlara karşı güçlenmektedir.³² Ayrıca, Yasa'nın 42. bölümü, marka sahibinin, haklarını ihlal edenlerin mallarının ithalatını durdurma kapasitesini artırmaktadır.³³ Son olarak, tescilli bir marka sahibi, tescilsiz marka sahibine kıyasla, ihlal davalarında, 34(d), 35(b) ve 35(c) bölümlerinde belirtilen daha geniş yasal çözümlerden yararlanabilmektedir.³⁴

²³ Lanham Yasası'nın 45. bölümü kapsamında kullanımın olmadığı durumlarda "ticarete iyi niyetle kullanım amacı" da yeterli olmaktadır.

²⁴ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 52.

²⁵ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 51.

²⁶ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 18.

²⁷ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 30.

²⁸ Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, 503.

²⁹ Lanham Yasası Bölüm 1057(b).

³⁰ Lanham Yasası Bölüm 1057(c).

³¹ Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property* 504. *The Value House v Phillips Mercantile Co* 523 F 2d 424, 429 (10th Cir 1975).

³² Lanham Yasası Bölüm 1065.

³³ Lanham Yasası Bölüm 1124.

³⁴ Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, 506. Türk hukuku bakımından marka tescilinden doğan hakların kapsamı için bkz. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 593 vd.

Yukarıda bahsedilen faydaları elde etmek için, federal marka tescili iki ana temel üzerine yapılabilir. İlk seçenek, Yasa'nın 1(a) bölümünde detaylandırılan "*kullanıma dayalı*" başvurdur.³⁵ İkinci seçenek olarak, 1(b) bölümünde belirtildiği üzere, markayı "ticarete iyi niyetle kullanma amacı" (*bonafide intent use*) temelinde de bir başvuru yapılabilir.³⁶ Ayrıca, yabancı başvuru sahipleri için Paris Sözleşmesi kapsamında rüçhan hakkına dayalı üçüncü bir başvuru yolu da mevcuttur.

Lanham Yasası'nın Bölüm 45'i kapsamında yapılan marka tanımı, markanın ticarete kullanılmasını bir ön koşul olarak belirlemektedir. Bu koşul, markanın yalnızca ticarete kullanılmasını değil, aynı zamanda ABD Anayasası'nın Ticaret Maddesi (*the Commerce Clause*) uyarınca ABD Federal Yasama Meclisi olan Kongre'nin düzenleme yetkisi kapsamındaki ticari faaliyetleri etkileyebilecek bir yapıda olmasını ifade etmektedir.³⁷ Bu düzenleme gereği, bir markanın tescil edilebilmesi için, eyaletler arası ticaretin bir parçası olması ya da eyalet sınırlarını aşarak ticari etkileşime katkı sağlaması, yani federal düzeyde ticari faaliyetlerde kullanılacak kapasitede olması beklenir. Dolayısıyla, 'ticarete kullanım' şartı, markanın yalnızca yerel düzeyde değil, federal ticari faaliyetleri de etkileme potansiyeline sahip olmasını zorunlu kılmaktadır.³⁸

ABD'de marka tescili sürecinin şekli yönden ilk adımı Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi'ne (USPTO) elektronik ortamda başvuru yapılmasıdır. Başvuru sahibi, başvurunun dayanağını, örneğin ticarete fiili kullanım veya kullanım niyeti gibi, belirtmelidir.³⁹ Bu başvuru dosyasında markanın belirli mal veya hizmetlerle bağlantılı olarak kullanımına veya iyi niyetle kullanım amacına (*bonafide intent to use*) dair yeminli bir beyan bulunmalıdır. Ayrıca markanın ticarete nasıl kullanıldığını gösteren en az bir örneğe (*specimen*) yer verilmelidir.⁴⁰ Başvuru, münhasıran USPTO'da görev yapan inceleme avukatları tarafından değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme sırasında, önerilen markanın yasal gereklilikleri -ayırt edicilik, kullanım gibi genel gereklilikler ve aşağıda analiz edilecek özel ve mutlak tescil engelleri dahil- karşılayıp karşılamadığı ve tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış markalarla karıştırılma tehlikesinin bulunup bulunmadığı incelenmektedir.⁴¹ Avrupa ve Türk Hukuku'ndan farklı olarak, benzer markalarla karıştırılma ihtimali, başvuru mal ve hizmetler de göz önüne alınarak re'sen değerlendirilmektedir.⁴²

USPTO inceleme avukatının marka başvurusunu onaylamasının ardından, başvuru Resmî Gazete'de yayımlanır.⁴³ Başvuruya üçüncü bir kişi tarafından itiraz edilmesi halinde, bu süreç USPTO'ya bağlı uzman bir idari mahkeme olan Marka Yargılama ve Temyiz Kurulu (TTAB) tarafından yönetilmektedir. TTAB'den çıkan karar federal mahkemelerde temyiz edilebilmektedir.⁴⁴ Marka tescilinin süresi 10 yıldır ve gerekli yenileme belgeleri sunularak her 10 yılda bir yenilenme imkânı bulunmaktadır. Böylece marka için sürekli bir koruma sağlanmaktadır.⁴⁵

III. Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler

Lanham Yasası'nın 2. bölümü bir markanın federal tescili için temel kriterleri ortaya koymaktadır.⁴⁶ Bu bölüm başvuru sahibinin mal veya hizmetlerini başkalarınınkinden ayırt edebilen ve marka olarak

³⁵ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 32.

³⁶ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 32.

³⁷ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 81.

³⁸ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 82.

³⁹ Mark D. Janis, *Trademark and Unfair Competition in a Nutshell* (St. Paul: West Academic Publishing, 2021), 143, 144. Madrid Protokolü kapsamında yapılan uluslararası başvurularda veya Paris Konvansiyonu kapsamında rüçhan hakkı ile yapılan başvurularda bu koşul aranmayabilir.

⁴⁰ Janis, *Trademark and Unfair Competition*, 143.

⁴¹ 'Trademark Process' <<https://www.uspto.gov/trademarks/basics/trademark-process#step1>> Erişim Tarihi 10.06.2024.

⁴² Janet Shiffler Thomas, "Likelihood of Confusion Under the Lanham Act: A Question of Fact, a Question of Law, or Both?", *Kentucky Law Journal* 73 (1984), 237.

⁴³ 'Trademark Process' <<https://www.uspto.gov/trademarks/basics/trademark-process#step1>> Erişim Tarihi 10.06.2024.

⁴⁴ Janis, *Trademark and Unfair Competition*, 150.

⁴⁵ Janis, *Trademark and Unfair Competition*, 156.

⁴⁶ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 80.

kullanılan herhangi bir işaretin, 2(a) ile 2(e) bölümlerinde özel olarak belirtilen tescile uygun olmayan işaretler kategorisine girmemesi koşuluyla tescil edilebilir olduğunu genel bir ilke olarak ifade etmektedir.⁴⁷

Lanham Yasası'nın 45. bölümü ise federal marka tanımını yaparak, markaların tescil edilebilmesi için karşılması gereken genel şartları açıklamaktadır. Bu bağlamda, ayırt edicilik ve markanın ticari kullanımı her zaman bulunması gereken temel gereklilikler olarak öne çıkmaktadır. Söz konusu bölüm, bir markayı şu şekilde tanımlamaktadır: "(1) Bir kişi tarafından kullanılan veya (2) Bir kişinin ticarete kullanmak için iyi niyetli bir amaca sahip olduğu ve bu bölüm tarafından oluşturulan ana sicile tescil ettirmek için başvurduğu, benzersiz bir ürün de dahil olmak üzere mallarını tanımlamak ve başkaları tarafından üretilen veya satılanlardan ayırt etmek ve kaynağı bilinmese bile malların kaynağını belirtmek için herhangi bir kelime, isim, sembol veya cihazı veya bunların herhangi bir kombinasyonunu içerir" şeklinde tanımlamaktadır.⁴⁸ Önceki bölümde açıklandığı üzere, kaynak gösterme ve ayırt etme gerekliliklerine ek olarak, markanın, ABD Anayasası'nın Ticaret Maddesi'nde tanımlanan Kongre'nin ticareti düzenleme yetkisi kapsamında ticarete kullanılması gerekmektedir.⁴⁹

Son olarak, Yasanın 2(f) bölümü, tamamen tescile uygun olmayan markalar ile ikincil anlam (*secondary meaning*) kazanarak bazı tescil engellerini aşabilecek markalar arasında bir ayrım yapmaktadır. Yasanın bu yönü, ticaretin markaların değişen doğasına uyum sağlama kapasitesini göstermektedir.⁵⁰ Ancak, bu istisna aşağıda analiz edilecek olan "ahlaka aykırı" (*immoral*), "skandal" (*scandalous*) veya "aşağılayıcı" (*disparaging*) olarak kategorize edilen işaretler ve yazılı rızası dışında "belirli bir yaşayan bireyi tanımlayan bir isim, portre veya imzadan oluşan veya bunları içeren" markalar için geçerli değildir.⁵¹

IV. Yüksek Mahkeme'nin İptal Kararları Öncesi Ahlaka Aykırı, Skandal ve Aşağılayıcı Markaların Değerlendirilmesi

Lanham Yasası'nın 2(a) bölümü ilk kabul edildiğinde, "ahlaka aykırı" veya "skandal" olarak nitelendirilen ya da herhangi bir kişiyi, kurumu, inancı veya ulusal sembolleri "aşağılayan" veya onları "küçümseyen veya itibarsızlaştıran" markaların tescilini engellemekteydi (TTAB, kişileri küçümseyen veya itibarsızlaştıran içeriği de aşağılayıcı olarak kabul etmekteydi).⁵² Ancak, 19 Haziran 2017'de, Yüksek Mahkeme tarafından, *Matal v Tam* davasında, 2(a) bölümünün "aşağılayıcı" marka kısmının başvuru sahibinin bakış açısına dayalı ayrımcılık (*view-point discrimination*) yaptığına ve ABD Anayasası'nın Birinci Değişiklik'in (*the First Amendment*) İfade Özgürlüğü Maddesi (*the Free Speech Clause*) uyarınca Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiştir.⁵³ Bu karardan yaklaşık iki yıl sonra, 24 Haziran 2019'da, Yüksek Mahkeme, *Iancu v Brunetti* davasında, benzer gerekçelerle; bakış açısına dayalı ayrımcılık ve Anayasa'ya aykırılık nedeniyle Lanham Yasası'nda yer alan "ahlaka aykırı" ve "skandal" markalara yönelik tescil engellerini de kaldırmıştır.⁵⁴

Lanham Yasası'nın bu bölümleri, kabul edilmesinden sonraki 50 yıl boyunca nadiren kullanılmıştır.⁵⁵ Çünkü işletmeler doğal olarak genellikle müşterilerini memnun etmeye çalışmakta, kamuoyu ile uyumlu hareket etmekte ve ahlaksız, skandal veya aşağılayıcı olarak kabul edilebilecek markalardan kaçınmaktadır. Ancak, başvuru sahiplerinin kışkırtıcı markaları koruma altına almak istedikleri

⁴⁷ Janis, *Trademark and Unfair Competition*, 161.

⁴⁸ Trademark Manual of Examining Procedure 2017, Bölüm 1207.01(c)(ii).

⁴⁹ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 83.

⁵⁰ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 73.

⁵¹ Lanham Yasası Bölüm 1052(a).

⁵² Janis, *Trademark and Unfair Competition*, 161. Ayrıca bkz: LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 90. "Bu maddede yer alan 'küçümseyen veya itibarsızlaştıran' markalar ile ilgili kısım *Matal v. Tam* davasından sonra muhtemelen artık uygulanamaz, çünkü bir markanın kişileri, kurumları, inançları veya ulusal sembolleri küçümseme veya itibarsızlaştırma eğilimi, hükümetin bastırmasına izin verilmeyen bir bakış açısının ifadesi olacaktır."

⁵³ *Matal v Tam* 582 US 218, 247 (2017).

⁵⁴ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2302 (2019).

⁵⁵ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 92.

durumlar da vardır.⁵⁶ Bu başvuru sahipleri, kamuoyunun onaylamama riskine rağmen, bu tür markaların dikkat çekebileceğini, sıra dışı kitlelere hitap edebileceğini veya kendilerini asi olarak tanımlayan tüketicilerin ilgisini görebileceğini düşünmektedir.⁵⁷

A. Ahlaka aykırı veya skandal markalar

Ahlaka aykırı veya skandal olarak kabul edilen markaların tescil edilmesine yönelik yasak, 1905 tarihli Marka Yasası'na dayanmakta olup, bu yasak 1946 tarihli Lanham Yasası'nın 2(a) bölümü altında da devam ettirilmiştir.⁵⁸ Bu yasağın getirilmesine ilişkin yasama amacı, yasağın uygulanışına dair net bir bilgi sunmadığından, yorumlar çoğunlukla bu terimlerin "*olağan ve yaygın*" anlamına dayanmaktadır.⁵⁹

USPTO, bu yasağı tek bir üniter hüküm olarak ele almaktadır⁶⁰ ve bir markanın bu kategoriye uygunluğunu değerlendirirken, "*genel halkın önemli bir kesiminin*" (*substantial composite of the general public*) markayı genel ahlak ve yerleşik değerlere açıkça aykırı (*shocking to the sense of truth, decency, or propriety*), "*vicdani ve ahlaki duyguları zedeleyen*" (*giving offense to the conscience or moral feelings*), "*kınamayı gerektiren*" (*calling out for condemnation*), "*utanç verici*" (*disgraceful*), "*saldırgan*" (*offensive*), "*itibarsız*" (*disreputable*) veya "*terbiyesizce/kaba*" (*vulgar*) olarak algılayıp algılamadığını değerlendirmektedir.⁶¹

USPTO ayrıca, MARIJUANA COLA (Esrar Kola) ve KO KANE (Kokain) gibi uyuşturucu kullanımını onaylayan markaların yanı sıra, kasalar için AGNUS DEI (Tanrı'nın Kuzusu) ve şarap için MADONNA (Meryem Ana) gibi dini sembolleri ürünlere bağlayan ticari markaların tescilini, Hristiyan inancını uygulayan bireylerin çoğunu rahatsız edebilecekleri gerekçesiyle reddetmiştir.⁶² Ayrıca, tişörtlerdeki BABY AL QAEDA (Bebek El-Kaide) ve AL-QAEDA (El-Kaide) örneklerinde olduğu gibi terörist gruplara destek verdiği düşünülen ticari markalar da reddedilmiştir.⁶³

Bir markanın skandal olup olmadığının tespiti, başvuruda belirtilen mal veya hizmetler için ilgili piyasa bağlamında yapılmaktaydı.⁶⁴ Ayrıca, markanın anlamı, değerlendirme sırasında hâkim olan toplumsal tutumlar temelinde değerlendirilmekteydi. İnceleme avukatı, markanın genel halkın önemli bir kesimi için saldırgan olduğunu kanıtlamak amacıyla sözlük tanımları, gazete ve dergi makaleleri gibi çeşitli delilleri kullanabilmekteydi.⁶⁵

Yasa'nın yetki alanı, skandal olarak değerlendirilebilecek malları kapsamamaktaydı. Başka bir deyişle ahlaka aykırı veya skandal olarak kabul edilen markaların tescil yasağı işaretlerle ilgiliyken, markayı taşıyan malları kapsamamaktadır. Örneğin bir davada, TTAB, Yasa'nın 2(a) bölümü uyarınca skandal markaların tescilini reddetme yetkisinin, malların kendileri hakkında bir yargıya varmayı kapsamadığını belirtmiştir. Örneğin, potansiyel olarak pornografik içeriği olabileceğine bakılmaksızın WEEK-END SEX (Hafta Sonu İlişkisi) adlı derginin tesciline izin verilmiştir.⁶⁶

Hükmün ifade özgürlüğü ile kesişimi açısından, Birleşik Devletler Gümrük ve Patent Temyiz Mahkemesi'nin (*United States Court of Customs and Patent Appeals*) In re McGinley davasındaki kararı,

⁵⁶ Enrico Bonadio, "Brands, Morality and Public Policy: Some Reflections on the Ban on Registration of Controversial Trademarks", *Marquette Intellectual Property Law Review* 19 (2015), 39, 49-50.

⁵⁷ Bonadio, "Brands, Morality and Public Policy", 49.

⁵⁸ Trademark Manual of Examining Procedure 2017, Bölüm 1203.01.

⁵⁹ In re Riverbank Canning Co 95 F 2d 327 (CCPA 1938).

⁶⁰ Iancu v Brunetti 139 S Ct 2294, 2298 (2019).

⁶¹ Örneğin, TTAB, In re Wilcher Corp davasında, restoranlar ve barlar için burun yerine penis ve altında "Dick Heads" yazısı bulunan bir adam logosunun tescilini reddetme kararını onaylamış ve markanın anlamlarının genel halkın önemli bir kesimi için saldırgan olduğunu ve bu nedenle Lanham Yasası'nın skandal markalara karşı getirdiği yasağa girdiğini belirlemiştir. Jasmine Abdel-khalik, 'Disparaging Trademarks: Who Matters' (2015) 20 Michigan Journal of Race and Law 287, 296.

⁶² Iancu v Brunetti 139 S Ct 2294, 2300 (2019).

⁶³ Iancu v Brunetti 139 S Ct 2294, 2300 (2019).

⁶⁴ Trademark Manual of Examining Procedure 2017, Bölüm 1203.01.

⁶⁵ Trademark Manual of Examining Procedure 2017, Bölüm 1203.01.

⁶⁶ In re Fox 702 F 3d 633, 638 (Fed Cir 2012).

Lancu v Brunetti davasına kadar ahlaka aykırı ve skandal markaların anayasal geçerliliğini analiz eden en önemli kararlar arasında yer almıştır.⁶⁷ Bu davada, Birleşik Devletler Gümrük ve Patent Temyiz Mahkemesi, Lanham Yasası'nın 2(a) bölümü uyarınca ahlaka aykırı ve skandal olarak kabul edilen çıplak bir erkek ve kadının fotoğrafını içeren bir haber bülteni için marka tescilinin reddedilmesini ele almıştır. Mahkeme, bu madde ile yasaklanan markaların tescilinin engellenmesinin başvuru sahibinin ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmediğini belirterek başvurunun reddini onamıştır. Bu kararın gerekçesinde, söz konusu yasağın markanın kullanımını veya ifade biçimini sınırlamadığı; yalnızca federal tescil avantajlarını reddettiği vurgulanmıştır.⁶⁸ Kararda, skandal teriminin, genel ahlak ve yerleşik değerlere açıkça aykırı veya saldırgan olan materyalleri de içerecek şekilde yeterince kesin bir ortak anlamı olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme, Lanham Yasası'nın amacının yasal ahlak kuralları koymak değil, federal hükümetin kamu standartlarına aykırı markalara kaynak harcamasını önlemek olduğunu vurgulamıştır.⁶⁹ Bu nedenle, ahlaka aykırı veya skandal olarak değerlendirilen markaların tescilinin reddedilmesinin anayasal ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmediği belirtilmiştir.

B. Aşağılayıcı markalar

Lanham Yasası'nın 2(a) bölümü uyarınca aşağılayıcı işaretler bir markanın reddedilmesi veya iptal edilmesi için diğer nedenlerden bağımsız bir neden olarak kabul edilmiştir.⁷⁰ Kanun koyucu bu düzenlemenin ardındaki yasama amacını açıkça belirtmemiş olsa da ABD Federal Temyiz Mahkemesi (*the United States Court of Appeals for the Federal Circuit*) örnek bir davada, hükmün markaların veya ticaret unvanlarının geleneksel amacının ötesinde kullanılmasını önleyerek, kuruluşların veya bireylerin isimlerini korumayı amaçladığını belirtmiştir.⁷¹ Bu yorum, marka hukukuna mahremiyet hakları (*privacy rights*) korumalarını dahil etme yönünde erken bir çaba olarak görülmektedir. Mahkeme, mahremiyet veya aleniyet/yayın haklarının (*privacy and publicity rights*) ihlalinin, ürün onayı veya kökeniyle ilgili herhangi bir karışıklıktan bağımsız olarak ortaya çıkabileceğini vurgulamış ve bu yasal çerçevede gizlilik korumasının belirgin bir yönünü öne çıkarmıştır.⁷²

Bu hüküm, 1990'ların başında bir grup Amerikan Yerlisinin bir Washington D.C. Ulusal Futbol Ligi takımı tarafından kullanılan REDSKINS (Amerikan Yerlilerine yönelik hakaret içerdiği iddia edilen bir terimdir.) markasını iptal ettirmeye çalışmasıyla marka topluluğu ve genel kamuoyu için çok daha görünür bir hale gelmiştir.⁷³ Bu markaya birçok kez itiraz edilmiş ve inceleme sonucu iptaline karar verilmiş olsa da aşağılayıcı markaları yasaklayan hükmün iptalinden dolayı hala tescillidir ve 2020 yılına kadar söz konusu Amerikan futbol takımı tarafından aktif olarak kullanılmıştır.⁷⁴

Aşağılayıcı markaların yasaklanmasına ilişkin hükmün iptal kararından önceki işleyiş dinamiklerini kavramak için, REDSKINS markasıyla ilgili iki önemli davayı incelemek gerekir. Bu davaların diğer bir önemi de bu davalar içerisinde de Anayasallık iddialarının ileri sürülmüş olmasıdır. Bu sebeple bu davalar Tam ve Brunetti davalarından önce, yasağın Anayasallık incelemesi geçmişini anlamak açısından da önemlidir. İlk dava olan *Pro Football Inc. v. Harjo* davasında, ünlü bir Amerikan futbolu

⁶⁷ *In re McGinley*, 660 F 2d 481, 482 (CCPA 1981).

⁶⁸ *In re McGinley*, 660 F 2d 481, 484 (CCPA 1981).

⁶⁹ *In re McGinley*, 660 F 2d 481, 486 (CCPA 1981).

⁷⁰ *Harjo v Pro-Football Inc* 50 USPQ 2D (BNA) 1705, 1737 (1998).

⁷¹ *University of Notre Dame Du Lac v JC Gourmet Food Imports Co* 703 F 2d 1372 (1983).

⁷² "Bölüm 2(a)'nın yasama geçmişine bakıldığında, 2(d) uyarınca itiraz edilebilecek teknik bir "marka" ya da "ticari ünvan" olmayan bir kişi ya da kurumun adının korunmasının, yasa tasarısını hazırlayanları ilgilendirdiği görülmektedir." *University of Notre Dame Du Lac v JC Gourmet Food Imports Co* 703 F 2d 1372, 1375 (1983).

⁷³ Graeme B. Dinwoodie – Mark D. Janis, *Trademarks and Unfair Competition: Law and Policy* (New York: Wolters Kluwer, 2018), 756.

⁷⁴ Wikipedia, "Washington Commanders" (Erişim 18 Temmuz 2024). Redskins takımı daha sonra markasıyla ilgili önemli toplumsal tartışmalardan dolayı adını değiştirmiştir. On yıllar boyunca bu isim bir tartışma konusu olmuştur. 2020 Yılında, Kızılderili maskot tartışmaları ve George Floyd protestolarının ardından artan farkındalığın ortasında, NFL ve takım sponsorlarının baskısı Redskins adının kullanımdan kaldırılmasına yol açmıştır. Takım, iki sezon boyunca Washington Futbol Takımı olarak faaliyet gösterdikten sonra, 2022'de yeni adı olan Commanders'ı benimsemiştir.

takımının tescil ettirmeye çalıştığı REDSKINS markalarına karşı, Yerli Amerikalı bir grubun bu markaların aşağılayıcı ve skandal olduğu yönündeki itirazları incelenmiştir.⁷⁵ Dava mahkemeye ulaşmadan önce USPTO bünyesinde yapılan incelemeler de bu süreçte önemli bir yer tutmaktadır. TTAB 1999 yılında, bu markaların Amerikan yerlilerini aşağılayıcı nitelikte oldukları ve potansiyel olarak hor görülmeye veya itibarsızlığa yol açabilecekleri gerekçesiyle iptal edilmesine karar vermiştir. TTAB bu kararını, markaların skandal olduğu iddialarını reddederken, "aşağılamak" (*disparage*) teriminin düz ve tarihsel anlamlarının ayrıntılı bir incelemesinden sonra vermiştir. Bu incelemede, Webster ve Oxford gibi sözlüklere başvurulmuş, etimoloji, sosyoloji ve tarih alanlarında uzmanlardan görüş alınmış, halkın algısını ölçmek için anketler yapılmış ve kanunda geçen "olabilir" (*may*) ifadesinden, belirli bir niyetin kanıtlanmasına gerek olmaksızın bir aşağılama algısının yeterli olduğu tespiti yapılmıştır.⁷⁶

TTAB incelemesi sırasında Pro Football Inc. (PFI) adlı başvuru sahibi şirket, tescilli markalarının iptal edilmesinin ABD Anayasası'nın Birinci Değişiklik kapsamında sahip olduğu haklarını ihlal edeceğini öne sürerek, TTAB incelemesi sırasında Lanham Yasası'nın 2(a) bölümünün Anayasa'ya uygun olmadığını iddia etmiştir. Gerekçe olarak "skandal" (*scandalous*) ve "aşağılayıcı" (*disparaging*) terimlerinin, Anayasa'ya aykırı bir şekilde aşırı geniş ve muğlak olduğunu ve bu muğlaklığın Birinci Değişiklik haklarının ihlaline yol açtığını savunmuştur. Ayrıca, aynı maddenin Birinci Değişiklik'e aykırı biçimde bakış açısına dayalı ayrımcılığa neden olduğunu da ileri sürmüştür. Ancak TTAB, 2(a) bölümüne ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetimi yapma yetkisinin bulunmadığını belirterek markaların iptaline karar vermiştir.

Marka sahibi şirket tarafından TTAB'in kararına itiraz edilmiş; Amerika Birleşik Devletleri Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi (United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit), delillerin değerlendirilmesinde herhangi bir hata bulunmadığını belirledikten sonra, davanın hakkın düşmesi doktrini (*doctrine of laches*) uyarınca esastan incelenemeyeceğine karar vermiştir.⁷⁷ Mahkeme, en genç davacı reşit olduktan sonra, dava açmak için yedi yıl dokuz ay gecikmesi sebebiyle, aşağılayıcı marka iddiasında bulunan tarafın iddialarının dinlenemeyeceğini belirtmiş ve TTAB kararının iptaline hükmetmiştir. Böylece, temyiz incelemesi yalnızca hakkın düşmesi meselesiyle sınırlı kalmıştır.⁷⁸

Her ne kadar Pro Football Inc. v. Harjo davasında mahkeme aşağılayıcı marka konusunun esasını incelememiş ve bunun yerine markanın aşağılayıcı olduğu iddiasını hakkın düşmesi doktrini nedeniyle reddetmiş olsa da REDSKINS markası Pro-Football Inc v Blackhorse davasında tekrar gündeme gelmiştir.⁷⁹ Bu davada, TTAB, PFI'nin altı REDSKINS markasını, Yerli Amerikalıları aşağılayabilecek ve onları hor görülmeye veya itibarsızlığa maruz bırakabilecek içerikler barındırdığı ve hakkın düşmesi savunmasının bu iddiaları engellemediği gerekçesiyle iptal etmiştir.⁸⁰ Bu karar, Birleşik Devletler Doğu Virginia Bölge Mahkemesi (*the United States District Court for the Eastern District of Virginia*) tarafından onaylanmış ve PFI tarafından temyiz edilmiştir.⁸¹ Ancak bu dava Amerika Birleşik Devletleri Dördüncü Temyiz Mahkemesi'nde (*the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit*) temyiz sürecindeyken, Yüksek Mahkeme Matal v Tam davasını inceledikten sonra Lanham Yasası'nın 2(a) bölümünün, Birinci Değişiklik'in İfade Özgürlüğü Maddesi'ni ihlal ettiğine karar vermiştir.⁸² Bu karar üzerine dava, Dördüncü Temyiz Mahkemesi tarafından bozularak geri gönderilmiştir.⁸³ Bu nedenle, yukarıda açıklandığı gibi, REDSKINS markası şu an aktif ve tescilli bir markadır. Ancak önemle belirtmek gerekir

⁷⁵ *Pro Football Inc v Harjo* 565 F 3d 880 (2009).

⁷⁶ *Harjo v Pro-Football Inc* 50 USPQ 2D (BNA) 1705,1707 (1998).

⁷⁷ *Pro Football Inc v Harjo* 385 US App DC 417, 418, 565 F 3d 880, 881 (2009).

⁷⁸ *Pro Football Inc v Harjo* 385 US App DC 417, 418, 565 F 3d 880, 886 (2009).

⁷⁹ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439 (ED Va 2015).

⁸⁰ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 447 (ED Va 2015).

⁸¹ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 448 (ED Va 2015).

⁸² *Matal v Tam* 582 US 218, 247 (2017).

⁸³ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 709 F App'x 182, 184 (4th Cir 2018).

ki, PFI hukuki engelleri aşmış olsa da toplumsal baskı nedeniyle bu markayı artık kullanmamaktadır ve futbol takımının ismini 2020 yılında Washington Commanders olarak değiştirmiştir.⁸⁴

Hem iptal edilen hükmün iptal öncesindeki uygulanışını hem de Tam ve Brunetti davalarına giden yolu anlamak için Birleşik Devletler Doğu Virginia Bölge Mahkemesi'nin verdiği kararın temel noktalarını kısaca incelemek faydalı olacaktır. Bu davada marka sahibi şirket PFI, TTAB kararına aşağıdaki argümanlarla itiraz etmiştir: (1) Lanham Yasası'nın 2(a) bölümü, ifade özgürlüğünü koruyan Birinci Değişiklik bölümünü ihlal etmektedir; çünkü marka tesciliyle sağlanan çeşitli federal avantajlar, markanın içeriğine göre kısıtlanmakta, bu da marka sahiplerinin yalnızca belirli ifadeleri kullanmalarına izin vererek ifade özgürlüğünü sınırlamaktadır. (2) Lanham Yasası'nın 2(a) bölümü, Anayasa'nın Beşinci Değişiklik'ini (*the Fifth Amendment*) ihlal edecek şekilde muğlaktır. Zira hangi markaların aşağılayıcı olabileceği konusunda açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca keyfi ve ayrımcı uygulamalara yol açabilir ve somut olaya uygulandığında kabul edilemez derecede bir belirsizliğe sebep olmaktadır. (3) TTAB Kararı, Beşinci Değişiklik'in Adil Yargılama ve El Koyma Maddeleri'ni (*Due Process and Takings Clauses*) ihlal etmiştir. Çünkü PFI'nin mülkiyetine usulüne uygun bir yargılama yapılmadan el konulmuş ve bu el koyma Anayasa'ya aykırı maddelere dayanılarak gerçekleştirilmiştir. (4) Toplanan deliller sonucunda, Yerli Amerikalıların önemli bir kesiminin Redskins markalarının tescil zamanında (1967, 1974, 1978 ve 1990) aşağılayıcı içerikler olarak gördüğü, delillerin üstünlüğü (*preponderance of the evidence*) standardı ile ispatlanamamıştır. (5) Hakkın düşmesi savunması davalıların iddialarını engellemiştir.⁸⁵ İlk üç argüman anayasal geçerlilik sorunlarına, diğer iki argüman ise olgusal sorunlara dayanmaktadır.

Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddialarıyla ilgili ilk argümanı Lanham Yasası'nın 2(a) bölümünün, Birinci Değişiklik kapsamında ele alınmaması gerektiğini belirterek reddetmiştir. Birinci Değişiklik'te yer alan İfade Özgürlüğü Maddesi, özel kişilerin ifade özgürlüğünün hükümet veya devlet tarafından sınırlandırılmasını engellemektedir.⁸⁶ Bu maddenin, hükümetin kendi görüşlerini ifade ettiği durumları düzenlemediği genel kabul görmektedir ve bu kabul Hükümet İfadesi Doktrini (*Government Speech Doctrine*) olarak adlandırılmaktadır. Bu davada mahkeme, federal marka tescilinin hükümet ifadesi niteliğinde olduğunu ve bu nedenle Birinci Değişiklik denetimine tabi olmadığını vurgulamıştır. Zira hükümet ifadesi, yani hükümetin belirli görüşleri temsil etme veya etmeme durumu, bireylerin ifade özgürlüğü hakkından farklıdır. Bu davada mahkeme bir markayı tescil veya reddettiğinde, konuşan tarafın hükümet olduğu kabul etmiş ve dolayısıyla bu işlemin Birinci Değişiklik'in ifade özgürlüğü koruması kapsamına girmeyeceğini belirtmiştir.⁸⁷

İkinci ve üçüncü argümanlar da şu gerekçelerle reddedilmiştir: Birincisi, "Lanham Yasası'nın 2(a) bölümü belirsizlik nedeniyle geçersiz değildir. Çünkü: (1) 2(a) bölümünün uygulandığı her durumda Anayasa'ya aykırılık olacağını gösteren bir delil sunulmamıştır; (2) 2(a) bölümü, hangi davranışların yasak olduğu konusunda adil düzeyde bir açıklamaya yer vermektedir; (3) 2(a) bölümü, keyfi ve ayrımcı uygulamaları yetkilendirmez veya teşvik etmez; ve (4) 2(a) bölümü, PFI'ye uygulandığı şekliyle kabul edilemez derecede muğlak değildir. İkincisi, "*El Koyma Maddesi (the Takings Clause) ve Adil Yargılama Maddesi (the Due Process Clause) iddiaları yerinde değildir çünkü marka tescili, Beşinci Değişiklik kapsamında mülkiyet olarak kabul edilmez.*"⁸⁸

⁸⁴ Wikipedia, "Washington Commanders" (Erişim 18 Temmuz 2024). 2020 Yılında, Kızılderili maskot tartışmaları ve George Floyd protestolarının ardından artan farkındalığın ortasında, NFL ve takım sponsorlarının baskısı Redskins adının kullanımdan kaldırılmasına yol açmıştır. Takım, iki sezon boyunca Washington Futbol Takımı olarak faaliyet gösterdikten sonra, 2022'de yeni adı olan Commanders'ı benimsemiştir.

⁸⁵ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 454 (ED Va 2015).

⁸⁶ *Pleasant Grove City v Summum*, 555 U.S. 460, 467, 129 S. Ct. 1125, 1131 (2009).

⁸⁷ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 454 (ED Va 2015).

⁸⁸ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 452 (ED Va 2015).

Dördüncü argüman şu gerekçelerle reddedilmiştir: Sözlük delilleri, edebi, akademik ve medya referansları ile atıfta bulunulan topluluğu oluşturan bireylerinin ve gruplarının beyanları, Redskins markalarının ilgili dönemde Yerli Amerikalıların önemli bir kesimini aşağılayabilecek unsurlar içerdiğini göstermektedir.⁸⁹ Mahkeme ayrıca, Yasa'da geçen "*önemli bir kesimin*" (*substantial composite*) mutlaka çoğunluk olmak zorunda olmadığını ve bir markanın aşağılayıcı olup olmadığını değerlendirirken, markanın "*skandal*" marka değerlendirmesinde kullanılan "*genel halk*" perspektifi yerine "*ilgili grubun*" perspektifinden değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁰

Son olarak, Blackhorse davalılarının TTAB'ye dilekçe vermekte makul olmayan bir şekilde gecikmeleri söz konusu olmadığı için hakkın düşmesi argümanı da reddedilmiştir. Ayrıca, kamu yararı dikkate alındığı için zamanaşımının uygulanmayacağı belirtilmiştir.⁹¹

V. İfade Özgürlüğü ve Tam ve Brunetti Davaları

Markalar, diğer işlevlerine ek olarak fikir ve mesajlar ifade edebilen anlamlı semboller olarak işlev görmektedir.⁹² Lanham Yasası'nın temel amacı marka sahiplerini ihlal ve haksız rekabete karşı; aynı zamanda halkı da karışıklık ve yanlış bilgilendirmeden korumaktır. Bununla birlikte, bir önceki bölümde açıklandığı üzere, Yasa, kamuya ulaşan içeriği de düzenleyen hükümler içermektedir. USPTO, bir markanın bölüm 2(a) kapsamında uygunluğunu değerlendirirken, "*genel halkın önemli bir kesiminin*" bir markayı "genel ahlak ve yerleşik değerlere açıkça aykırı", "*vicdani ve ahlaki duyguları zedeleyen*", "*kınama gerektiren*", "*utanç verici*", "*saldırgan*", "*itibarsız*" veya "*terbiyesizce/kaba*" olarak algılayıp algılamadığını değerlendirmektedir.⁹³

Bu yönüyle Lanham Yasası birincil hedeflerinin ötesinde, belirli içeriklerin geniş kitlelere ulaşmasını da düzenlemeyi amaçlamaktadır.⁹⁴ Bu durum, ABD Anayasası'nın Birinci Değişiklik bölümünde yer alan ve hem Kongre'yi hem Devlet'in diğer organlarını ifade özgürlüğünü kısıtlamaktan alıkoyan İfade Özgürlüğü Maddesi ile Lanham Yasası'nın çatışmasına neden olmaktadır.⁹⁵

Matal v. Tam ve Iancu v. Brunetti davalarında Yüksek Mahkeme, bu konuyu doğrudan ele alarak Lanham Yasası'nın ahlaka aykırı, skandal ve aşağılayıcı markalara getirdiği kısıtlamaların İfade Özgürlüğü Maddesi ile uyumlu olmadığı sonucuna varmış ve bu hükümleri iptal etmiştir.⁹⁶ Mahkeme, bazı markaların iptal edilen hükümler uyarınca tescilden men edilmesinin anlaşılır bir şekilde reddedildiğini kabul ederken, Kongre'nin ifade özgürlüğünü ihlal etmeden bu endişeleri ele alan daha açık ve nitelikli bir yasa çıkarabileceğini belirtmiş ve mevcut hükümlerin kaldırılmasının ardından ortaya çıkabilecek potansiyel sorunlu sonuçları kabul etmiştir.⁹⁷ Ancak Yüksek Mahkeme, ne mahkemelerin Lanham Yasası'nın ifade özgürlüğü hakkıyla uyumlu olup olmadığını değerlendirmesi için bir yöntem belirtmiş ne de daha önce reddedilmiş olan markaların nasıl ele alınacağına dair bir karar vermiştir.⁹⁸

⁸⁹ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 453 (ED Va 2015).

⁹⁰ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 468 (ED Va 2015).

⁹¹ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 448 (ED Va 2015).

⁹² Christine Haight Farley – Lisa P. Ramsey, "Raising the Threshold for Trademark Infringement to Protect Free Expression", *American University Law Review* 72 (2023), 1225, 1226.

⁹³ Michael Stephenson, "The Lanham Act's Immoral or Scandalous Provision: Down but not Out", *University of Pittsburgh Law Review* 82 (2021), 973, 974.

⁹⁴ Yargıç Kennedy'nin Matal v. Tam davasında belirttiği gibi: "Bu davada ilgili kitlenin ifadeyi saldırgan bulup bulmayacağına karar vermeye çalışan hükümetin kendisidir."

⁹⁵ *Matal v Tam* 582 US 218, 247 (2017).

⁹⁶ *Matal v Tam* 582 US 218, 247 (2017) ve *Iancu v Brunetti*, 139 S Ct 2294 (2019).

⁹⁷ *Iancu v Brunetti*, 139 S Ct 2294, 2303 (2019). "Kararımız ahlaki göreceliğe değil, hükümet yetkilileri tarafından "ahlaka aykırı" veya "skandal" olarak nitelendirilen ifadeleri yasaklayan bir yasanın gayrimeşru amaçlar için kolayca istismar edilebileceğinin kabulüne dayanmaktadır. Kararımız, Kongre'nin, fikirlerin ifade edilmesinde gerçek bir rol oynamayan terbiyesizce/kaba terimler içeren markaların tescilini engelleyen daha dikkatli bir şekilde odaklanmış bir yasa kabul etmesini engellemez. Bu davada söz konusu olan markanın tescili böyle bir yasa kapsamında reddedilebilir."

⁹⁸ Farley – Ramsey, "Raising the Threshold", 1229-1231.

Bu bağlamda, Yüksek Mahkeme'yi oluşturan ve yaşam boyu atanmış yargıçların bu konudaki bireysel görüşleri büyük önem taşımaktadır. Hem çoğunluk kararında hem de muhalefet eden görüşlerde farklı gerekçelere sahip yargıçlar vardır. Yargıçların bu ayrıntılı ve farklılaşan bireysel görüşleri, hem gelecekte anayasal denetim altına alınabilecek benzer hükümlerin yorumlanmasında bir rehber işlevi görmekte hem de yeni yasal düzenlemelere ışık tutmaktadır. Amerikan mahkemelerinin federal yasaları yorumlarken hangi ifadelerin korunması gerektiğine ve ifade özgürlüğünün sınırları konusunda ne ölçüde bir esneklik tanınacağına dair önemli bir çerçeve sunan bu görüşler, ilerleyen bölümlerde kapsamlı bir şekilde ele alınacaktır. Yargıçların bireysel görüşlerine yer verilmesi, yalnızca kararların ardındaki düşünce yapısını anlamak için değil, aynı zamanda federal yasaların ifade özgürlüğü açısından nasıl ele alınması gerektiğine dair uzun vadeli bir doktrinel rehber sunmak açısından da kritik önem taşımaktadır. Ayrıca bu görüşlerin Türk hukuk sistemi açısından faydalı bir kaynak oluşturabileceği de söylenebilir. Özellikle ifade özgürlüğü ile toplumsal değerler arasında denge kurmak için, Amerikan hukukundaki farklı yargıçların görüşleri, Türk hukuk sistemine karşılaştırmalı bir perspektif sunarak ilgili yasal düzenlemelerde daha kapsamlı bir analiz yapma olanağı sağlayabilir.

A. Matal v Tam davası

REDSKINS markası temyizdeyken, Asyalı-Amerikalı rock grubu THE SLANTS'ın (Bu kelime Asyalılara, göz şekillerinden hareketle hakaret etmek için kullanılan yaygın bir kelimedir.) solisti Simon Shiao Tam, eğlence hizmetleri için THE SLANTS⁹⁹ markasını tescil ettirmeye çalışmış, ancak grubun marka tescili ile terimin aşağılayıcı olarak değerlendirilme etkisinin azalacağını savunmasına rağmen¹⁰⁰ bu başvuru, terimin Asyalı-Amerikalıları aşağılayıcı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.¹⁰¹ Grup, bu kararı Federal Bölge Temyiz Mahkemesi'ne (*the Court of Appeals for the Federal Circuit*) taşımış ve burada 2(a) bölümünün aşağılayıcı markalara dair kısmının Anayasa'nın İfade Özgürlüğü Maddesi'ni ihlal ettiğini iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme, davayı incelemeyi kabul etmiş ve Matal v Tam davasında oybirliğiyle verdiği kararda, 2(a) bölümünde "aşağılayıcı" markalara getirilen yasağın Anayasa'da yer alan İfade Özgürlüğü Maddesi'ni ihlal ettiğine hükmetmiştir.¹⁰²

Yüksek Mahkeme oybirliğiyle karar vermiş olsa da görüşler bölünmüş ve kararın gerekçesi konusunda bir uzlaşma sağlanamamıştır. Çünkü yargıçlar, Birinci Değişiklik incelemesinin yapılma şekli ve kapsamı konusunda anlaşamamışlardır.¹⁰³ Yargıç Alito tarafından açıklanan ve diğer üç yargıcın da katıldığı karar ve görüşte, Yüksek Mahkeme ilk olarak markaların ifade edici işlevini tespit etmiştir.¹⁰⁴ Daha sonra marka tescilinin zorunlu olmadığını, ancak önemli faydalar sağladığını ve tescilin reddedilmesinin bu faydalardan yararlanmayı engellediğini, böylece marka sahibinin haklarının kısıtlandığını belirtmiştir.¹⁰⁵

Yüksek Mahkeme daha sonra Tam tarafından iddia edilen şu argümanı ele almıştır: Aşağılayıcı markalara ilişkin hüküm "gerçek veya tüzel kişilere" (*persons*) atıfta bulunmaktadır ve ırksal veya etnik gruplar, gerçek veya tüzel kişilik oluşturmadığı için bu olayda uygulanmaz.¹⁰⁶ Ancak Mahkeme, hükmün ne lafzının ne de genel kapsamının bu argümanı desteklemediği sonucuna varmış ve bu nedenle grubun talebini reddetmiştir.¹⁰⁷

⁹⁹ Şu an itibarıyla THE SLANTS markası 5332283 ABD tescil numarasıyla Simon Shiao Tam adı altında aktif olarak tescillidir.

¹⁰⁰ *Matal v Tam* 582 US 218, 223 (2017).

¹⁰¹ Dinwoodie – Janis, *Trademarks and Unfair Competition*, 378.

¹⁰² *Matal v Tam* 582 US 218, 223 (2017).

¹⁰³ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 89.

¹⁰⁴ *Matal v Tam* 582 US 218, 223 (2017).

¹⁰⁵ *Matal v Tam* 582 US 218, 226 (2017).

¹⁰⁶ *Matal v Tam* 582 US 218, 231 (2017).

¹⁰⁷ *Matal v Tam* 582 US 218, 231 (2017). "Bu argüman, hiçbir kişinin aşağılama maddesi anlamında "kişi" olmadığı gibi saçma bir sonuca yol açmaktadır. Bu böyledir çünkü her kişi "hukuksal olmayan" bir grubun üyesidir, örneğin sağ elini kullananlar, sol elini kullananlar, kadınlar, erkekler, tek sayılı günlerde doğanlar, çift sayılı günlerde doğanlar."

Daha sonra, hükmün Anayasa'ya uygunluğunun incelenmesi aşamasına geçilmiştir. ABD Hukuku'ndaki yaygın doktrine göre, Birinci Değişiklik'te yer alan İfade Özgürlüğü Maddesi, özel kişilerin ifadelerinin hükümet veya devlet tarafından sınırlandırılmasını engellemektedir.¹⁰⁸ Bu maddenin, hükümetin kendi görüşlerini ifade ettiği durumları düzenlemediği genel bir ilke olarak kabul görmüştür ve bu ilke Hükümet İfadesi Doktrini (Government Speech Doctrine) olarak adlandırılmaktadır. Yüksek Mahkeme, bu bağlamda ilk olarak marka başvurusunun reddedilmesinin hükümet ifadesi sayılıp sayılmayacağını değerlendirmiştir.

Mahkeme, Patent ve Marka Ofisi'nin (USPTO) Lanham Yasası kapsamındaki rolünün, bir hükümet ya da devlet mesajı iletmekten ziyade yalnızca başvuruları onaylamak veya reddetmek olduğunu belirterek, marka tescil işleminin hükümet ifadesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁰⁹ Hükümet ifadesi, devletin belirli bir mesajını veya görüşünü iletme yetkisini içermektedir; ancak USPTO'nun başvuruları kabul veya reddetmesi, bu işlemlerin hükümetin kendi görüşünü ifade ettiği anlamına gelmemektedir. Ayrıca, federal marka tescilinin hükümet tarafından sübvans edilen bir faaliyet veya hükümet programı olarak değerlendirilemeyeceğini; tescil işlemlerinde hükümetin rolünün daha sınırlı olduğunu ve bu gerekçeyle de marka ifadelerinin bireysel ifade olarak tam bir ifade özgürlüğü incelemesine tabi olması gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁰

ABD'de anayasallık iddialarına ilişkin davalarda, devleti temsilen hükümet müdahil olabilmekte ve hükümet, bu davalarda devletin menfaatlerini savunmak amacıyla delil ve argümanlar sunabilmektedir.¹¹¹ Bu davada da hükümet, ilgili markanın ifade ettiği mesajın "ticari ifade" kapsamında olduğunu ileri sürmüştür.¹¹² ABD hukukunda, ticari ifade, örneğin ticari reklamlar, ticari olmayan ifadelerle kıyasla daha fazla hükümet müdahalesine açık olarak kabul edilir ve bu nedenle ifade özgürlüğü denetiminde "ara denetim" (*intermediate scrutiny*) olarak adlandırılan daha esnek bir incelemeye tabi tutulur. Ticari ifadeler üzerindeki sınırlamaların Anayasa'ya uygun bulunabilmesi için hükümetin yalnızca "önemli bir devlet menfaatini" amaçlaması ve sınırlamanın bu amaca ulaşmada 'dar kapsamlı' olması yeterlidir. Diğer yandan, ticari olmayan ifadeler ise "katı denetim" (*strict scrutiny*) kapsamına girer ve bu tür düzenlemelerin meşru olabilmesi için devletin sınırlama için zorunlu bir amaca (*compelling government interest*) sahip olması ve bu amaca daha dar kapsamlı bir düzenleme ile ulaşmanın mümkün olmaması gerekmektedir.¹¹³

Hükümetin bu davada, düzenlemenin "yeterince temsil edilmeyen grupları koruma" veya "ticaretin düzenli akışını sağlama" gibi "önemli menfaatlere" hizmet ettiğini iddia etmesinin ardından Mahkeme, aşağılayıcı markalara ilişkin maddenin bu amaçlara ulaşmak ve kötü niyetli ayrımcılığı teşvik eden markaları ortadan kaldırmak için yeterince "dar kapsamlı" olarak düzenlenmediğine hükmetmiştir. Örneğin bu madde "kahrolsun ırkçılar", "kahrolsun cinsiyetçiler", "kahrolsun homofobikler" ("down with racists," "down with sexists," "down with homophobes") gibi tescil edilebilen markaları da kapsamaktadır. Mahkeme bu maddenin herhangi bir kişi, grup veya kurumu aşağılayan her türlü

¹⁰⁸ *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 467, 129 S. Ct. 1125, 1131 (2009).

¹⁰⁹ *Matal v. Tam* 582 US 218, 238 (2017). "Markalar bu özelliklerin hiçbirine sahip değildir. Markalar geleneksel olarak bir hükümet mesajını iletmek için kullanılmamıştır. Bir markanın ifade ettiği bakış açısı, 2(a)'nın uygulanması haricinde, markanın asıl sicile kaydedilip edilmeyeceği kararında bir rol oynamamıştır. Ayrıca halkın ticari markaların içeriğini Federal Hükümet ile ilişkilendirdiğine dair hiçbir kanıt bulunmamaktadır."

¹¹⁰ *Matal v. Tam* 582 US 218, 240 (2017). "Bir markanın federal tescili, bu davalarda söz konusu olan programlara benzemez. USPTO, bir markanın tescilini isteyen taraflara para ödemez. Tam tersine tescil için başvuran kişi, USPTO'ya 225-600\$ arasında bir başvuru ücreti ödemek zorundadır."

¹¹¹ "In any action, suit or proceeding in a court of the United States to which the United States or any agency, officer or employee thereof is not a party, wherein the constitutionality of any Act of Congress affecting the public interest is drawn in question, the court shall certify such fact to the Attorney General, and shall permit the United States to intervene for presentation of evidence, if evidence is otherwise admissible in the case, and for argument on the question of constitutionality." 28 U.S. Code § 2403 - Intervention by United States or a State; constitutional question.

¹¹² LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 89.

¹¹³ Anayasallık incelmesinin kriterlerinin belirlenmesinde dikkate alınan diğer ifade türleri için bkz. Congressional Research Service, "The First Amendment: Categories of Speech" (Erişim: 15 Ağustos 2024).

markayı hedef almadığını, bir ayrımcılık karşıtı hüküm olarak işlev görmediğini; daha çok, “*mutlu konuşma/olumlu ifade hükmü*” (*happy-talk clause*) olarak hareket ettiğini belirtmiştir. Bu sebeple, belirtilen menfaatlara hizmet etmek için ihtiyaç duyulandan çok daha ileriye gitmekte olduğu kanaatine varılmıştır.¹¹⁴ Böylece hüküm, ticari olan ifadeleri sınırlandıran hükümet düzenlemelerine ilişkin “*yumuşak denetim*” (*relaxed scrutiny*) kapsamına alındığında bile, bakış açısı ayrımcılığı teşkil etmektedir.

Yargıç Kennedy, aynı fikirde olan çoğunlukla birlikte, hükmün bakış açısı ayrımcılığına sebep olduğu konusunda hemfikir olmuş ve maddenin Anayasa’ya uygunluk açısından katı bir denetimden geçmesi gereken güçlü bir ifade baskılama biçimi olduğunu ve bu düzenlemenin, bu denetimden başarıyla geçemediğini belirtmiştir.¹¹⁵ Bu görüşü savunan üye yargıçlar, Birinci Değişiklik’in temel ilkesini tekrarlayarak “*Hükümet, ifadenin ilettiği fikirleri veya perspektifleri onaylamama temelinde ifadeyi cezalandıramaz veya bastıramaz.*” demişlerdir.¹¹⁶ İhtilafli hüküm uyarınca, başvuru sahibinin olumlu veya zararsız bir markayı tescil ettirebildiğini, ancak hükümetin aykırı gördüğü bir görüşü veya ifadeyi içeren bir markayı tescil ettiremeyeceğini belirtmişlerdir. Bu görüşteki üye yargıçlar, bu yönüyle yasanın, hükümetin aşağılayıcı bulduğu mesajların yalnızca bir alt kümesini onaylamadığını gösterdiğini ve böylece bakış açısı ayrımcılığına sebebiyet verdiğini belirtmişlerdir.¹¹⁷

Markaların ticari ifade olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği tartışmasına da değinen Yargıç Kennedy, “*Ticari ifade bir istisna değildir.*” diyerek, Mahkeme’nin hükümetin ilettiği mesaja katılmadığı için bir ifadeyi sınırlandırması halinde katı bir anayasallık denetiminin gerektiğini belirtmiştir. Sonuç olarak ticari ifadenin de içerik ve bakış açısına dayalı hükümet sansürüne karşı katı bir korumadan yararlanabileceğinin altını çizerek oyunu iptal kararı yönünde kullanmıştır.¹¹⁸

B. Iancu v Brunetti davası

Yüksek Mahkeme’nin Tam davasındaki emsal kararından yaklaşık iki yıl sonra, 2019 yılında Erik Brunetti isimli başvuru sahibi, İngilizce yaygın bir küfür sözcüğünün geçmiş zaman hali olarak okunabilecek FUCT markasının federal tescilini talep etmiştir.¹¹⁹ USPTO, “*son derece saldırgan*”, “*terbiyesizce/kaba*” ve “*olumsuz çağrışımlar*” içerdiği için, ahlaka aykırı veya skandal içerik barındıran markaların tescilini yasaklayan Lanham Yasası’nın 2(a) bölümü uyarınca başvuruyu reddetmiştir.¹²⁰ Tam davasında olduğu gibi, Brunetti de bu karara, ahlaka aykırı veya skandal markaları yasaklayan söz konusu kanun hükmünün, Anayasa’nın Birinci Değişiklik hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle Federal Mahkeme’de itiraz etmiştir. Mahkeme, bu itirazı haklı bularak hükmün iptaline karar vermiş ve bu karar daha sonra Yüksek Mahkeme tarafından onanmıştır. Yüksek Mahkeme, kararında somut olaydaki markayı son derece saldırgan olarak değerlendirmesine rağmen Anayasa’nın ifade özgürlüğü kapsamında iptal kararı vermiştir.¹²¹

Tam davasından farklı olarak bu davada, Yüksek Mahkeme oybirliğiyle karar vermemiş ve üç yargıç karşı oy kullanmıştır. Çoğunluk görüşü Yargıç Kagan tarafından sunulmuştur. Yargıç Kagan, Matal v Tam davasındaki aynı gerekçelerle, söz konusu hükmün İfade Özgürlüğü Maddesi’ni ihlal ettiğini vurgulamıştır. Gerekçe olarak bu tartışmalı hükmün de benzer şekilde belirli fikirleri hoş karşılamamakta olduğunu ve bakış açısı ayrımcılığı temelinde ayrımcılık yaptığını belirtmiştir.¹²²

¹¹⁴ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 246.

¹¹⁵ *Matal v Tam* 582 US 218, 231 (2017).

¹¹⁶ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 246

¹¹⁷ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 249

¹¹⁸ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 251.

¹¹⁹ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2297 (2019).

¹²⁰ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2298 (2019).

¹²¹ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2303 (2019).

¹²² *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2296 (2019). “*Lanham Yasası, mesajları toplumun edep ve ahlak anlayışına uygun olduğunda markaların tesciline izin vermekte, ancak bu mesajlar toplumun edep ve ahlak anlayışına aykırı olduğunda izin vermemektedir.*”

Davaya dahil olan Hükümet, söz konusu hükmün sadece terbiyesiz/kaba (yani "*müstehcen*", "*cinsel içerikli veya küfür*lü") markaları reddetmekle sınırlı tutulması gibi daha dar bir yorumla uygulanmasının bakış açısı ayrımcılığını ortadan kaldıracaklarını savunmuştur.¹²³ Ancak çoğunluk bu fikri reddetmiş ve bu yorumun yasanın lafzından saptığını vurgulamıştır. Gerekçe olarak ahlaka aykırı veya skandal olarak nitelendirilen markalara ilişkin hükmün; müstehcen, cinsel içerikli veya küfür

lu markalarla sınırlı olmadığını veya bakış açısından bağımsız olarak sadece saldırgan ifade biçimleriyle sınırlı olmadığını belirtmiştir.¹²⁴ Çoğunluk, ayrıca Hükümet'in bu görüşünü kabul etmenin yasayı yorumlamak değil, Kongre tarafından çıkarılan yasanın esasen yeniden yazılması olacağını ifade etmiştir. Son olarak, çoğunluk ahlaka aykırı veya skandal işaretlere ilişkin hükmün aşırı geniş bir yorumlamaya açık olduğunu ve "*dünyada birçok ahlaka aykırı veya skandal fikir olduğunu (küfürlerden daha fazla) ve Lanham Yasası'nın bunların hepsini kapsadığını*"; bu nedenle Birinci Değişiklik'i ihlal ettiğini belirtmiştir.¹²⁵ Ayrıca, hükmün Kongre tarafından yeniden yazılmadan düzeltilemeyeceğini çünkü mevcut halinin "*meşru olmayan amaçlar için kolayca istismar edilebileceği*" ifade edilmiştir.¹²⁶

Bu noktada, Brunetti davasında Yargıç Alito'nun ifadeleri dikkat çekmektedir. Yargıç, her ne kadar verilen çoğunluk kararına katılsa da ifade özgürlüğünü demokratik olarak korumak isteyen birçok ülkede bakış açısı ayrımcılığına artık müsamaha gösterildiğini belirtmiştir. Böylece, her ne kadar ülke ismi vermese de, Türk Anayasası ya da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi ifade özgürlüğüne istisna getirmiş düzenlemelere sahip ülkelere atıf yaptığı söylenebilir. Zira aşağıda inceleneceği üzere Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi, ifade özgürlüğüne ilişkin belirli sınırlandırmalara izin vermektedir.¹²⁷

Yüksek Mahkeme'deki diğer üç yargıç -Yargıç Roberts, Yargıç Breyer ve Yargıç Sotomayor- Hükümetin 2(a) hükmünün daha dar bir yorumla uygulanabileceği argümanını dikkate alarak karara muhalefet etmiştir.¹²⁸ Bu yargıçlar, Hükümet tarafından önerilen, hükmün düzenleme alanının dar yorumlanması yoluyla yalnızca belirli türdeki aşağılayıcı ve skandal ifadelerin hedef alınabileceği görüşüne olumlu bakmış ve mahkemenin geniş kapsamlı iptal kararıyla hemfikir olmamışlardır.

Yargıç Roberts, kısmen katıldığı ve kısmen karşı çıktığı görüşünde, Yasa'nın ahlaka aykırı markalara ilişkin bölümünün dar bir şekilde yorumlanarak bakış açısı ayrımcılığını ortadan kaldıramayacağı konusunda çoğunlukla aynı fikirde olduğunu ancak skandal markalara ilişkin kısmının daha dar bir yoruma izin verdiğini belirtmiştir. Böylece bu bölümün, ilettikleri fikirlerden ziyade ifade biçimleriyle saldırgan markaları, özellikle müstehcen, terbiyesiz/kaba veya küfür

lu olanları, hedef alabileceğini ifade etmiştir.¹²⁹ Yargıç Breyer benzer şekilde, "*skandal*" kelimesinin daha dar yorumlanması fikrini desteklemiştir. Çünkü yalnızca aşırı kaba veya müstehcen kelimelerin tescilinin kısıtlanmasının, bakış açısı ayrımcılığı oluşturmadığını ileri sürmüştür.¹³⁰ Bu tür kelimelerin güçlü duygular uyandırabileceğini ancak genellikle kendi başlarına belirli bir bakış açısını yansıtmadığını belirtmiştir. Yargıç Breyer, marka yasasının mevcut geçmiş içtihatlar

Yasa, ilk bakışta, iki karşıt fikir kümesi arasında ayrım yapmaktadır: Geleneksel ahlaki standartlarla uyumlu olanlar ve bunlara düşman olanlar; toplumsal onayı tetikleyenler ve güvenme ve kınamaya neden olanlar. Yasadaki bu bakış açısı ön yargısı, bakış açısı ayrımcı uygulamalarla sonuçlanmaktadır. USPTO, -diğer şeylerin yanı sıra- uyusturucu kullanımı, din ve terörizm hakkında "ahlaksız" veya "skandal" görüşler ileten markaları tescil etmeyi reddetmiştir. Ancak aynı konularda daha kabul gören görüşleri ifade eden markaların tescilini onaylamıştır."

¹²³ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2301 (2019).

¹²⁴ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2296 (2019).

¹²⁵ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2301 (2019).

¹²⁶ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2303 (2019).

¹²⁷ Sami Özgür Memişoğlu, *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri* (İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2018), 798.

¹²⁸ Janis, *Trademark and Unfair Competition*, 165.

¹²⁹ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2303 (2019).

¹³⁰ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2304 (2019).

düzenlemelerini değerlendirirken kullanılan ticari ifade veya katı denetim gerektiren ticari olmayan ifade gibi kategorilere tam olarak girmediğini belirterek, bu sınıflandırmalara kesin olarak bağlı kalmanın gerekliliğini sorgulamıştır. Bu bağlamda, ticari ifade ve ticari olmayan ifade gibi kategoriler yerine, Birinci Değişiklik ile korunan menfaatlere odaklanmayı savunmuş ve ifadeyi sınırlandıran bir düzenlemenin Birinci Değişiklik haklarına “orantısız olarak” zarar verip vermediğinin araştırılması gerektiğini belirtmiştir.¹³¹ Böylece, somut olaydaki düzenlemenin iptali yerine daha dar bir yorumunu haklı kılacak güçlü devlet menfaatleri olduğunu ve çoğunluk tarafından açıklanan potansiyel riskin yasayı tamamen iptal etmeyi haklı çıkarmadığını savunmuştur.¹³²

Yargıç Sotomayor ise Lanham Yasası’nın skandal markalara ilişkin hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesinin, geçmişte haklı olarak tescili reddedilebilecek birçok saldırgan markaların tesciline yol açabileceği konusunda uyarmıştır. “Skandal” teriminin, müstehcen, terbiyesiz/kaba veya küfürlü olan markaları hedef alacak şekilde daha dar bir yoruma tabi tutulmasını savunmuş; böylece hükmün, iletilen fikirlerin kendisinden ziyade iletilme biçimine odaklanacağını ileri sürmüş; “İletilen fikirlerden ziyade iletilme biçimine odaklanıldığında hükümdeki kısıtlama, bakış açısı yönünden tarafsız hale gelecektir.” demiştir. Bu yaklaşımın, hükümetin kamu ahlakı ile çatışan ifadeler ile anılmama ve bu tarz ifadelere federal koruma vermeme yönündeki menfaatleriyle de uyumlu olduğunu belirtmiştir. Yargıç Sotomayor, bu yaklaşımın “içerik temelli” (*content-based*) olduğunu ancak bakış açısı bakımından tarafsız bir yaklaşım olduğunu vurgulamış ve bunun ifade özgürlüğüne saygı gösterirken daha geniş hükümet menfaatlerine dayalı bazı içerik düzenlemelerine de izin verdiğini ifade etmiştir.¹³³ Böylece bu dar yorumu savunarak, fikirlerin kendisinden ziyade, yasanın bütünlüğünü korumayı amaçlamış ve ifadenin saldırgan doğasını düzenlemeye odaklanan bir yasama metninin anayasallık denetimini geçebileceğini öne sürmüştür.¹³⁴

VI. Tam ve Brunetti Kararları Sonrasında Ahlaka Aykırı, Skandal ve Aşağılayıcı Markaların Değerlendirilmesi: Marka Olarak İşlev Görmeme

Yargıç Sotomayor muhalefet şerhinde, karar sonrası dönem için “Yüksek Mahkeme’nin bugünkü kararı talihsiz sonuçlar doğuracaktır.” demiştir.¹³⁵ Yüksek Mahkeme’nin her çığır açan kararı gibi, Tam ve Brunetti kararları da gelecekteki etkileri hakkında sorgulamalara yol açmıştır.¹³⁶ Bugün itibarıyla Kongre, iptal edilen hükümlerin yerine başka bir hüküm, belki de sadece ifade biçimini hedef alan bir hüküm,¹³⁷ yürürlüğe koymamıştır ve iptal kararlarından beri USPTO’nun ahlaka aykırı, skandal veya aşağılayıcı markaları tescil etmeyi reddetmek için doğrudan yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Ancak USPTO’nun bu tür markalara karşı tamamen güçsüz olup olmadığı konusu, “işlev görmeme” (*failure to function*) doktrini gibi hukuki tartışmaları gerektirmektedir.

Kanunda açığa çıkan bu boşluk, devletlerin bu tür markaları reddetmekteki menfaatinin ne olduğu sorusunu tekrar gündeme getirmektedir. Bu soruya da yanıt sağlayan işlev görmeme doktrini, bazı işaretlerin marka olarak işlev göremeyeceğini öne sürmektedir. Bu tür işaretlerin korunması, makalemizin birinci bölümünde belirtilen marka hukukunun temel ilkelerine ve genel amacına

¹³¹ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2306 (2019).

¹³² *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2308 (2019).

¹³³ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2317 (2019).

¹³⁴ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2317,2318 (2019).

¹³⁵ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2308 (2019).

¹³⁶ Alfred C. Yen, “Choosing the Consequences of Tam and Brunetti”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property* 19 (2020), 396, 397.

¹³⁷ Snow, “Immoral Trademarks after Brunetti”, 408.

aykırıdır. İşlevsel olmayan bu tür işaretlerin marka olarak korunması, işletmeler arasındaki adil rekabeti zedeleyebilir ve kamuoyunun marka algısını zayıflatarak topluma zarar verebilir.¹³⁸

İşlev görmeme doktrininin detaylarına girmeden önce, daha önce iptal edilen hükümler uyarınca reddedilebilecek bazı markaların şu anda tescil edilebilir olmasının, bu tescillerin tavsiye edilir olduğu anlamına gelmediğini de önemle belirtmemiz gerekmektedir. Yukarıda açıklanan Pro-Football Inc v Blackhorse davasında görüldüğü gibi REDSKINS markalarının tescili defalarca reddedilmiş, PFI yıllarca markayı elinde tutmak için mücadele etmiş ve nihayetinde muktedir olduktan sonra ve günümüzde de bu markaların tescilli sahibi olmasına rağmen, markasıyla ilgili olarak kamuoyundan, halktan ve işletmelerden gelen tepkiler üzerine adını Commanders olarak değiştirmek zorunda kalmıştır.¹³⁹ Benzer şekilde, “Quaker Oats”, “B&G Foods” veya “Dixie Chicks” gibi örnekler aşağılayıcı ifadeler içeren markalara yönelik toplumsal kabulün azaldığı ve tepkinin arttığı durumları göstermektedir.¹⁴⁰ Bu örnekler, özellikle geniş kitlelere hitap eden ürün veya hizmetlerde kullanılan tartışmalı ifadeler karşısında, devlet yerine toplumun markaları sınırlandırma konusundaki etkisinin göstermektedir. Çünkü bu tür markalar devletin müdahalesine gerek kalmadan kamuoyu baskısının belirleyici bir rol oynayabildiğini ortaya koymaktadır.¹⁴¹ Ancak, genel olarak toplumun bir markayı kabul etmesi, reddetmesi veya bu konuda kamuoyu oluşturması her zaman hızlı ve tutarlı bir süreç değildir. Örneğin her ne kadar PFI, REDSKINS ismini kullanmaktan vazgeçmiş olsa bile bu kararını söz konusu ismi onlarca yıl kullandıktan sonra vermiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme’nin Brunetti davasında işaret ettiği gibi, USPTO tarafından ifade biçimine odaklanan, içeriğe ilişkin tarafsız bir inceleme marka hukukunun amaçlarına daha iyi hizmet edecektir. Son olarak, bazı girişimciler genel halk yerine belirli bir azınlığa hitap etmek isteyebilmekte ve bazı tüketiciler tartışmalı doğası nedeniyle bazı markalara, bu markalar belirli bir kesimi aşağılasa veya ahlaka aykırı veya skandal işaretler içerse bile ilgi duyabilmektedirler.

İşlev görmeme doktrini, Türk hukukunda SMK md. 5/1(a, b) hükümlerinde yer alan mutlak ret nedenlerine benzer nitelikte olup, resen inceleme kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁴² Bir marka olarak işlev görmeme doktrini öncelikle tescil aşamasında ortaya çıkmaktadır. Bu kavram altında USPTO, tüketicilerin bir işareti marka olarak algılayıp algılamayacağını sorgular. Bir marka olarak işlev görmeme doktrini öncelikle tescil aşamasında ortaya çıkmaktadır.¹⁴³ Bu kavram altında USPTO, tüketicilerin bir işareti marka olarak algılayıp algılamayacağını sorgular.¹⁴⁴ Doktrinin kökeni büyük ölçüde Lanham Yasası’nın 45. bölümündeki marka tanımından gelmektedir. Buna göre bir marka: “(1) Bir kişi tarafından kullanılan veya (2) Bir kişinin ticarette kullanmak için iyi niyetli bir amaca sahip olduğu ve bu bölüm tarafından oluşturulan ana sicile tescil ettirmek için başvurduğu, benzersiz bir ürün de dahil olmak üzere mallarını tanımlamak ve başkaları tarafından üretilen veya satılanlardan ayırt etmek ve kaynağı bilinmese bile malların kaynağını belirtmek için herhangi bir kelime, isim, sembol veya cihazı veya bunların herhangi bir kombinasyonunu içerir.” İnceleme avukatı, marka tescili için zorunlu olan kullanım gereksinimini doğrulamak amacıyla başvuruyu incelerken, sunulan marka örneğinin başvuru sahibinin mal veya hizmetlerini başarıyla tanımlayıp tanımlamadığını, onları diğerlerinden ayırt edip etmediğini ve kaynaklarını belirtip belirtmediğini değerlendirmelidir.¹⁴⁵ Marka örneği bu kriterleri

¹³⁸ Snow, “Immoral Trademarks after Brunetti”, 420.

¹³⁹ Jennifer M. Hetu – Jukie E. Reitz, “Intellectual Property Law: Disparaging, Immoral, and Scandalous Trademarks Just because You Can, Doesn’t Mean You Should”, *Michigan Bar Journal* 100 (2021), 22, 24.

¹⁴⁰ Quaker Oats markanın logosunda daha önce köleleştirilmiş Afro-Amerikan bir kadını basmakalıp bir şekilde tasvir etmektedir. B&G Foods’un Cream of Wheat markası, Afro-Amerikan bir şef figürünü kullanarak basmakalıp bir temsile yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmiş ve bu görsel 2020’de kaldırılmıştır. Dixie Chicks ise, “Dixie” teriminin Konfederasyon ve kölelikle bağlantılı geçmişi nedeniyle eleştirilmiş ve grup ismini 2020’de “The Chicks” olarak değiştirmiştir. Lee, “Racism and Trademark Abandonment”, 949.

¹⁴¹ Hetu – Reitz, “Intellectual Property Law”, 24.

¹⁴² Yasaman vd., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 101, 313.

¹⁴³ Alexandra J. Roberts, “Trademark Failure to Function”, *Iowa Law Review* 104 (2019), 1977, 1985.

¹⁴⁴ Roberts, “Trademark Failure to Function”, 2040.

¹⁴⁵ Dinwoodie – Janis, *Trademarks and Unfair Competition*, 561.

karşılamadığında, inceleme avukatı Lanham Yasası'nın 1., 2. ve 45. bölümlerini gerekçe göstererek, başvuruyu marka olarak işlev görmediği gerekçesiyle reddetme hakkına sahiptir.¹⁴⁶

Ayırt edicilik, çoğu markanın korunabilirliği için ana kriterdir.¹⁴⁷ Temel olarak bir markanın geçerli olabilmesi için, doğal olarak veya kullanım yoluyla, ilişkili olduğu mal veya hizmetleri diğer işletmeler tarafından sağlanan mal ve hizmetlerden ayırması gerekmektedir.¹⁴⁸ Genel olarak bir marka tanımlayıcı veya jenerik olarak kabul edilmiyorsa ve Lanham Yasası'nda belirtilen diğer yasaklar kapsamına girmiyorsa, eyaletler arası ticarete kullanıldığı andan itibaren korunmaya uygundur.¹⁴⁹

USPTO tipik olarak bir markanın ayırt ediciliğine, marka olarak kullanımından daha fazla öncelik vermektedir. Yani inceleme avukatları, "*markanın ne yaptığından ziyade markanın ne olduğuna*" odaklanmaktadır.¹⁵⁰ Ancak koruma için bir markanın aynı zamanda genel marka kullanımına uygun bir şekilde kullanılması da gerekmektedir. Örneğin markanın tüketicilerin onu bulmayı bekledikleri yerde konumlandırılması ve dikkat çekmek için bitişik metin ve görüntülerden belirgin bir şekilde farklılaştırılması gerekmektedir. Ayrıca Federal koruma için markanın, eyaletler arası ticaretin bir parçası olan veya satışları eyaletler arası ticareti etkileyen mal veya hizmetlerle ilgili olarak kullanılması gerekmektedir.¹⁵¹ Bu standartları karşılamadığı sürece, tüketiciler için bir marka olarak işlev göremez ve bu nedenle federal korumaya hak kazanamaz. Dolayısıyla ayırt edicilikle birlikte, bir markanın kullanım şekli, halkın işareti bir marka olarak algılamasının ne kadar olası olduğunu belirlemede kritik bir rol oynamaktadır.¹⁵² Bir marka yüksek derecede ayırt edici olduğunda -hayal ürünü, rastgele seçilmiş/nedensiz markalar gibi- minimal marka kullanımı bile tescil için yeterli olabilmektedir. Buna karşılık, daha az ayırt edici olan markalar -çağrışım yapan/ima edici (*suggestive*) markalar gibi- tescil için daha kapsamlı bir marka kullanımı gerektirebilir.¹⁵³ Öğretide bu doktrine bazen "*son savunma hattı*" olarak atıfta bulunmaktadır.¹⁵⁴ Yüksek Mahkeme'nin ahlaka aykırı, skandal ve aşağılayıcı markaların tescil edilmesine yönelik yasağı geçersiz kıldığı Tam ve Brunetti kararlarının ardından bu doktrin daha da önem kazanmıştır.

Son zamanlarda USPTO, anlamsal çağrışımları/içerikleri (*semantic implications*) nedeniyle marka rollerini etkin bir şekilde yerine getirmeyen markaların başvurularını reddetmek için işlev görmeme doktrini giderek daha fazla kullanmaktadır.¹⁵⁵ Bu yaklaşım, George Floyd olaylarından sonra yaygınlaşan, "I can't breathe (Nefes alamıyorum)" ifadesini bir marka olarak tescil ettirmek için yapılan ilk girişimin reddedilmesine yol açmış ve inceleme avukatı bu ifadenin sadece bilgilendirici olduğuna karar vermiştir.¹⁵⁶

Başka bir yakın tarihli örnek, bu analizi daha iyi açıklayabilir. 2021'de Snowflake Enterprises, LLC, giysiler için standart karakter markası olarak NIGGA (Siyah-Amerikalılara karşı kullanılan ırkçı bir hakarettir) markasını tescil ettirmek istemiştir.¹⁵⁷ Başvuru sahibi, genel halkın veya Siyah Amerikalıların bu kelimeye karşı duyduğu hoşnutsuzluğu kabul etmekle birlikte, Tam ve Brunetti davalarına dayanarak tescil talebinde bulunmuştur.¹⁵⁸ Ancak inceleme avukatı, Yüksek Mahkeme'nin iptal kararının aşağılayıcı, skandal veya ahlaka aykırı olarak kabul edilen markaların otomatik olarak

¹⁴⁶ Roberts, "Trademark Failure to Function", 2001.

¹⁴⁷ Roberts, "Trademark Failure to Function", 1980.

¹⁴⁸ Ochoa vd., "Understanding Intellectual Property", 468.

¹⁴⁹ Roberts, "Trademark Failure to Function", 1980.

¹⁵⁰ Roberts, "Trademark Failure to Function", 1977.

¹⁵¹ Roberts, "Trademark Failure to Function", 1981.

¹⁵² Roberts, "Trademark Failure to Function", 1981.

¹⁵³ Roberts, "Trademark Failure to Function", 1988.

¹⁵⁴ Lucas D. Cuatrecasas, "Failure to Function and Trademark Law's Outermost Bound", *NYU Law Review* 96 (2021), 1312, 1317.

¹⁵⁵ Michael Grynberg, "The Trademark Problem of 'TRUMP TOO SMALL'", *The Columbia Journal of Law and the Arts* 46 (2022), 47, 57.

¹⁵⁶ Grynberg, "The Trademark Problem of 'TRUMP TOO SMALL'", 57.

¹⁵⁷ *In re Snowflake Enters LLC* 2021 TTAB LEXIS 229, 2.

¹⁵⁸ *In re Snowflake Enters LLC* 2021 TTAB LEXIS 229, 11.

tescil edilmesi gerekliliği gibi bir zorunluluk getirmediğini, bu tür markaların 2(a) bölümü dışındaki yasal dayanaklarla da reddedilebileceğini belirterek başvuruyu reddetmiştir.¹⁵⁹ Ret gerekçesi bölüm 2(a) değil, önerilen markanın Lanham Yasası'nın 1., 2. ve 45. bölümlerinde belirtilen işlevsel gereklilikleri karşılamaması olmuştur. Böylece bakış açısı ayrımcılığı veya Birinci Değişiklik konularına ilişkin iddialardan kaçınılmıştır.¹⁶⁰

İnceleme avukatı bu kararda, anlamlı mesajların veya işaretlerin, yaygın olarak kullanılan terimler, mesajlar veya ifadeler olarak kabul edildiğinde tescil edilemeyeceğini belirtmiştir. İnceleme avukatının bu görüşü, temyiz makamı olan TTAB tarafından da onaylanmıştır. TTAB kararında, *"Lanham Yasası'nın 1., 2. ve 45. bölümleri uyarınca işlev görmeme reddinin dayanağı, başvuru sahibinin önerdiği markanın, sıradan, alışlageldik, iyi bilinen bir kavram veya duyguyu ileten yaygın bir terim olmasıdır."* denmiştir. Ayrıca aynı kararda *"Sıradan veya alışageldik kavramlar veya duygular ya da sosyal, politik, dini veya benzeri bilgi verici mesajlar iletmek için yaygın olarak kullanılan materyaller, kaynak belirtme olarak algılanmaz ve marka olarak tescil edilemez."* ifadesinde bulunulmuştur.¹⁶¹ TTAB, "Nigga" kelimesinin Amerika Birleşik Devletleri'nde, giysiler için bile yaygın olarak kullanılan bir argo terim olduğunu ve ticari marka olmayan bir materyal olarak yaygın kullanımı göz önüne alındığında, potansiyel alıcıların, bunu başvuru sahibinin ürünlerinin kaynağı olarak algılaması olasılığının düşük olduğu sonucuna varmıştır.¹⁶² Başka bir örnek Eric Brunetti'nin diğer marka başvurusu olan FUCK olabilir. Bu başvuru da neredeyse aynı gerekçelerle TTAB tarafından reddedilmiştir.¹⁶³

Sonuç olarak işlev görmeme doktrini, her ne kadar iptal edilen 2. bölüm yasakları altında reddedilecek olan tüm markaların veya Yüksek Mahkeme'nin önerdiği gibi¹⁶⁴ yalnızca ifade biçimine veya müstehcen, kaba veya küfürlü markalara odaklanan potansiyel yeni bir yasa kapsamında reddedilecek markaların tescilini tamamen engellemese de marka hukukunun temel ilkelerini korumak için etkili bir doktrindir. Bu nedenle, doktrine karşı yapılan *"tutarsız ve netlikten yoksun"* olduğu yönündeki eleştirilere rağmen¹⁶⁵ USPTO'nun bu doktrini yaygın olarak kullanılan sıradan ifadeler temelinde daha fazla kullanması muhtemeldir.¹⁶⁶

VII. ABD'deki İptallerin Karşısında Türk ve AB Hukukunun Sürekliliği

ABD'de "ahlaka aykırı," "skandal" ve "aşağılayıcı" markalara getirilen tescil yasağı, Yüksek Mahkeme'nin Tam ve Brunetti kararlarıyla iptal edilmiş olmasına rağmen, Türk ve Avrupa Birliği (AB) hukuk sistemlerinde benzer düzenlemeler halen yürürlüktedir. SMK md. 5(1)(ı) ve Avrupa Birliği Marka Tüzüğü (EUTMR) 2017/1001 md. 7(1)(f), bu hükümlere yer vermekte ve kamu düzeni ve genel ahlak ilkelerine aykırılığı mutlak ret sebebi olarak öngörmektedir. Bu bölümde, söz konusu düzenlemelerin ABD'den farklı olarak Türk ve AB hukukunda geçerliliğini koruma nedeni ele alınacaktır.

Türk marka hukuku, büyük ölçüde EUTMR 7(1)(f) maddesini yansıtarak, kamu düzenine ve genel ahlak kurallarına aykırı markaların tesciline izin vermemektedir.¹⁶⁷ Bu tescil engeli, 1886'dan beri Türk hukukunda yer almakta olup bireylerin maddi, manevi ve toplumsal bütünlüğünü korumayı amaçlayan; kimi zaman dönemin dini ve görgü kurallarını da içeren ve toplumsal değerleri yansıtan bir

¹⁵⁹ *In re Snowflake Enters LLC* 2021 TTAB LEXIS 229, 16.

¹⁶⁰ *In re Snowflake Enters LLC* 2021 TTAB LEXIS 229, 16.

¹⁶¹ *In re Snowflake Enters LLC* 2021 TTAB LEXIS 229, 36,37.

¹⁶² *In re Snowflake Enters LLC* 2021 TTAB LEXIS 229, 69.

¹⁶³ *In re Brunetti* 2022 TTAB LEXIS 297.

¹⁶⁴ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2302 (2019).

¹⁶⁵ Cuatrecasas, "Failure to Function", 1319.

¹⁶⁶ Christina S. Loza, "Feature: Iancu v. Brunetti: Immoral and Scandalous Marks May Now Be Registered with the USPTO without Limitation", *Orange County Lawyer Magazine* 61 (2019), 31, 34.

¹⁶⁷ Özge Özsoy, "Yargı Kararları Işığında Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka Aykırı Avrupa Birliği Markaları", *TAAD* 11/43 (Temmuz 2020), 356-359; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 258-266; Mukayeseli hukuk bakımından bkz. İlknur Kaya, "İsviçre ve Fransız Hukuku Bakımından Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka Aykırı Markalar", *TBB Dergisi* 175 (2024), 393-422, 401 vd.

düzenlemedir.¹⁶⁸ Bu şekilde, demokratik toplumların temel değerleri ile uyumlu olmayan markaların devletin marka sahiplerine tanıdığı hukuki koruma ile gelen ekonomik ve yasal faydalardan yararlandırılmaması sağlanmaktadır.¹⁶⁹ Özellikle, şiddeti, uyuşturucu kullanımını, terörizmi, otoriter rejimleri ya da dini veya etnik grupları aşağılayan ifadeleri teşvik eden markaların ticarileştirilmesinin önlenmesi hedeflenmektedir.¹⁷⁰ Böylece, piyasa temelli özgürlüklerin sınırlandırılarak kamu düzeni ve toplumsal ahlakın korunması sağlanmaktadır.

Türk ve AB hukukunda, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markaların reddi, geniş bir yelpazeye sahiptir. SMK 5(1)(ı) ve EUTMR 7(1)(f) maddeleri sadece ahlaka aykırı markaları değil, aynı zamanda kamu düzeninin işleyişini engelleyen ve toplumda çatışma yaratma potansiyeli taşıyan markaları da kapsamına almaktadır.¹⁷¹ Bu sebeple ABD’de iptal edilen hükümlere kıyasla daha geniştir çünkü yalnızca “genel ahlak” ilkelerine değil, kamu düzenine ilişkin tüm normları da içermektedir. Böylece devletin güvenliği, istikrarı ve kamu hizmetlerinin düzgün işleyişini koruma amacını da taşımaktadır.

ABD ile kıyaslandığında, Türk ve Avrupa hukuk sistemlerindeki bu düzenlemelerin anayasal olarak kabul edilmesi, ifade özgürlüğüne ilişkin yaklaşımlardaki temel farklılıklardan kaynaklanmaktadır. ABD Anayasası’nın Birinci Değişiklik hükmü, ifade özgürlüğünü mutlak bir hak olarak tanımakta ve devletin bu hakkı sınırlayan herhangi bir yasa yapmasını izin verecek herhangi bir istisnaya yer vermemektedir. Buna karşın, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 26. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesi, ifade özgürlüğüne ilişkin belirli sınırlandırmalara izin vermektedir.¹⁷² Türk Anayasası’na göre ifade özgürlüğü; “millî güvenlik,” “kamu düzeni,” “kamu güvenliği,” “Cumhuriyetin temel nitelikleri,” “Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması” ve “başkalarının şöhret veya haklarının korunması” gibi gerekçelerle sınırlandırılabilir. Türk ve Avrupa hukukundaki bu hükümler, ifade özgürlüğü ve toplumsal düzen arasında bir denge kurmaya çalışarak, bu özgürlüğü koruma amacıyla hareket etmekle birlikte toplumsal değerler ve kamu yararının korunması gerekliliği nedeniyle ABD’deki yaklaşıma göre daha geniş bir sınırlandırma çerçevesi sunmaktadır.

Doktrinde, Türk ve AB hukukunda yer alan bu düzenlemelerin ifade özgürlüğü üzerinde kısıtlayıcı bir etkisi olduğu kabul edilmekle birlikte bu durum ne SMK md. 5(1)(ı)’nin ne de EUTMR md. 7(1)(f)’nin yürürlükten kaldırılmasını gerektirmektedir.¹⁷³ Hem Türk Anayasası hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kamu düzeni ve genel ahlakın korunması adına ifade özgürlüğüne belirli sınırlar getirilmesine açıkça izin vermektedir.¹⁷⁴ Dolayısıyla bir marka tescilinin reddedilmesi bazen kuralın yanlış uygulanması yoluyla ifade özgürlüğünü ihlal edebilirken, tescil engellerinin kendileri yasal olarak geçerli kalmaktadır.

ABD’de ahlaka aykırı, skandal ve aşağılayıcı markalara ilişkin yasakların kaldırılmasının ardından daha sık kullanılmaya başlanan “işlev görmeme” doktrini, Türk hukukunda SMK md. 5/1(a) ve (b); AB hukukunda ise EUTMR md. 7(1)(a) ve (b) hükümlerinde düzenlenen mutlak ret nedenleri ile benzer niteliktedir. Söz konusu maddeler, bir işaretin marka tanımına girmemesi veya ayırt edici karakterinin bulunmaması durumunda tescil edilmemesini öngörmektedir.¹⁷⁵ Ancak Türk ve AB hukukunda kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalar açısından bu tür bir doktrinin doğrudan uygulanmasına gerek

¹⁶⁸ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 259.

¹⁶⁹ Memişoğlu, *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri*, 749. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 259.

¹⁷⁰ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 259.

¹⁷¹ Yasaman vd., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 491.

¹⁷² Memişoğlu, *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri*, 798.

¹⁷³ Çolak, “Türk Marka Hukuku” (2023), 264.

¹⁷⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, *Resmî Gazete* 17863 (9 Kasım 1982), Kanun No. 2709, md. 26 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, md. 10.

¹⁷⁵ Yasaman vd., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 101, 313.

duyulmamaktadır.¹⁷⁶ Zira bu tür markalar doğrudan SMK ve EUTMR'nın mutlak ret nedenleri kapsamında değerlendirilmektedir ve bu çerçevede tescile uygun bulunmamaktadır.

Sonuç

ABD Federal Marka Kanunu, azınlık gruplarını aşağılayıcı veya ırkçı işaretlerden; halkı genel ahlaka aykırı, saldırgan ya da küfürlü terimlerden korumak ve suça teşvik eden, terörist organizasyonları ya da demokratik yargılamalar sonucunda mahkûm edilen teröristleri ticarileştiren markaları engellemek amacıyla “ahlaka aykırı,” “skandal” ve “aşağılayıcı” markaların tesciline yönelik yasaklar getirmiştir. Ancak bu yasaklar, Matal v. Tam ve Iancu v. Brunetti kararlarıyla, ifade özgürlüğüne aykırılık gerekçesiyle ABD Yüksek Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Yüksek Mahkeme, bu düzenlemelerin, tescil mercilerinin bir markanın kabul edilip edilmeyeceğine karar verirken “bakış açısına dayalı ayrımcılık” yapmasına imkan verdiğini tespit etmiştir. ABD Anayasası, ifade özgürlüğüne herhangi bir istisna getirmemektedir. Bu nedenle düzenlemelerin anayasallık incelemesi Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla belirlenen katı bir incelemeyle yapılmaktadır. Bu kapsamda İfade Özgürlüğü ile çatıştığı iddia edilen bir düzenlemenin “zorunlu bir amaca” hizmet etmesi ve bu amaca ulaşmanın “daha dar kapsamlı bir düzenleme” ile mümkün olmaması gerekmektedir. Yüksek Mahkeme bu yasakların yukarıda belirttiğimiz kamu yararlarına hizmet ettiğini kabul etmekle birlikte, dar kapsamlı olmadığı ve gereğinden fazla geniş düzenlendiği sonucuna varmıştır.

Türk ve AB hukuk sistemlerinde ise kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markaların tescilini engelleyen düzenlemeler hâlâ yürürlüktedir. Her ne kadar ifade özgürlüğüne ilişkin endişeler bu hukuk sistemlerinde de mevcut olsa da Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve AİHS, ifade özgürlüğüne; “millî güvenlik,” “kamu düzeni” ve “başkalarının haklarının korunması” gibi gerekçelerle sınır getirilebileceğini öngörmektedir. Bu nedenle Türk ve AB hukukundaki bu düzenlemelerin yürürlükte kalması anayasal ve yasal çerçevede mümkündür.

ABD’de, Yüksek Mahkeme kararlarından sonra ABD Kongre’si tarafından yeni bir düzenleme yapılmamış, USPTO’nun ahlaka aykırı, skandal ya da aşağılayıcı markaların tesciline ilişkin doğrudan bir yasal dayanağı kalmamıştır. Bu durum yeni bir düzenleme yapılana kadar bu tür markaların nasıl engellenebileceği sorusunu doğurmuştur. Her ne kadar yukarıda açıklanan REDSKINS markasında ya da Quaker Oats ve Dixie Chicks marka örneklerinde görüldüğü gibi iptal edilmiş olan düzenlemeler ile reddedilebilecek markalardan bazıları, kamuoyu tarafından tepki ile karşılandığı için kullanımdan kalkmışsa da bu tür markaların kamuoyu tarafından reddedilmesi, genellikle yavaş ilerlemiş ve yalnızca geniş kitlelere hitap eden markalar üzerinde etkili olabilmektedir. Ayrıca her işletme kamuoyu tepkisine önem vermemekte, tam tersine bazı işletmeler saldırgan ya da ahlaka aykırı içerikler taşıyan ürünlere ilgi gösterebilecek tüketicilere hitap etmeyi amaçlayabilmektedir.

Uygulamada, iptallerin ardından “işlev görmeme” doktrini tartışmalı markaların filtrelenmesi için sıkça kullanılmaya başlanmış ancak bu doktrinin bazı durumlarda yetersiz kaldığı görülmüştür. Bu doktrin, sahip olduğu anlamlar ya da yaygın olarak kullanılan terimler ve mesajlar nedeniyle markanın ayırt edicilik işlevini yerine getirememesi veya markanın genel marka kullanımına uygun olarak kullanılmaması halinde etkili olabilmektedir. Ancak ayırt edici ve genel marka kullanımına uygun olan

¹⁷⁶ Örneğin, yukarıda belirtildiği üzere ABD’de hem bu makalede incelediğimiz Yüksek Mahkeme kararları hem de 2020’de yaşanan George Floyd olaylarının ardından, “I Can’t Breathe.” markası bu doktrin çerçevesinde reddedilmiştir. Grynberg, “The Trademark Problem of ‘TRUMP TOO SMALL’”, 57. Buna karşılık, Fransa’da 2015 yılında meydana gelen terör olaylarının ardından tescil edilmek istenen “Pray for Paris” ve “Je suis Paris” gibi markalar, kamu düzenine aykırılık teşkil ettikleri gerekçesiyle tescil edilmemiştir. Bu durum, terör olaylarıyla ilgili olarak toplumda oluşan algının dikkate alınması ve belirtilen ifadelerin ekonomik bir aktör tarafından sahiplenilmesinin uygun görülmemesi nedeniyle ortaya çıkmıştır. Kaya, “İsviçre ve Fransız Hukuku Bakımından Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka Aykırı Markalar”, TBB Dergisi 175, 408.

birçok marka, aynı zamanda saldırgan, aşağılayıcı, skandal veya ahlaka aykırı olabilmektedir. Ayrıca yukarıda açıklandığı gibi bu doktrin, tutarsız veya şeffaf olmayan uygulamalara yol açmaktadır.

Yeni bir düzenleme yapılması, bu boşluğu gidermek açısından önemlidir. İptal edilen yasaklar ile korunmak istenen menfaatlerin birçoğu, bakış açısına dayalı ayrımcılık yapmayan, sadece ifade etme biçimini ele alarak müstehcen, terbiyesiz/kaba veya küfürlü markaları ele alan hükümlerle sağlanabilir. Bu durum, Yüksek Mahkeme'nin kararlarının sebebi olan birçok faktörü ortadan kaldıracaktır. Ancak bu menfaatlerden bazılarının bakış açısı ayrımcılığına sebebiyet vermeden düzenlenmesi doğası gereği zordur. Örneğin demokrasiyi ve yeterince temsil edilmeyen grupları, onları aşağılayan markaları reddederek korumak, doğası gereği bakış açısı ayrımcılığı içermekte veya bir düzeyde *“happy-talk (mutlu konuşma/olumlu ifade)”* işlevi görmektedir.

Brunetti davasında Yargıç Alito, her ne kadar verilen karara katılsa da ifade özgürlüğünü koruma iddiasında olan demokratik ülkelerin anayasalarında, bazı durumlarda bakış açısı ayrımcılığına müsamaha gösterildiğini belirtmiştir. Böylece, her ne kadar spesifik olarak ülke isimleri vermese de Türk Anayasası ve AİHS gibi düzenlemelere atıfta bulunduğu söylenebilir. Karara muhalif kalarak düzenlemenin daha dar yorumunu destekleyen Yargıç Breyer ise katı anayasal kriterler yerine, mahkemenin Birinci Değişiklik ile korunan menfaatlere bakarak iptal edilen düzenlemenin düzenleniş amacının Birinci Değişiklik ile korunan haklara orantısız bir şekilde zarar verip vermediğini incelemesi gerektiğini savunmuştur.

Yargıç Breyer'in bu pragmatik yaklaşımının benimsenmesi, dar ve detaylı bir şekilde hazırlandığında dahi bakış açısı ayrımcılığına sebep olacak bir düzenlemenin anayasa aykırılık incelenmesinden geçmesini sağlayabilir. Dil, bir menfaati diğerini ihlal etmeden koruyan bir hüküm çizmekte başarısız olduğunda, vaka özelinde olgusal analizler yapmak daha etkili olabilir; böylece menfaatler arasında denge sağlanabilir.

Kaynakça

- Bonadio, Enrico. "Brands, Morality and Public Policy: Some Reflections on the Ban on Registration of Controversial Trademarks". *Marquette Intellectual Property Law Review* 19 (2015), 38-61. <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1270&context=iplr>
- Chiappetta, Vincent. "Trademarks: More Than Meets the Eye". *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy* 1 (2003), 35-104. <https://illinoisjltp.com/file/126/chiappetta.pdf>
- CRS, Congressional Research Service. "The First Amendment: Categories of Speech". Erişim: 15 Ağustos 2024. <https://sgp.fas.org/crs/misc/IF11072.pdf>
- Cuatrecasas, Lucas D. "Failure to Function and Trademark Law's Outermost Bound". *NYU Law Review* 96 (2021), 1312-1372. <https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2021/10/Cuatrecasas-ONLINE.pdf>
- Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2023.
- Dinçer, Yasin – Altun, Muhammed Yakup. "Survey Evidence in Trademark Law: Use and Evidential Value in the United States and Turkey". *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/3 (2024), 795-836. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.140>
- Dinwoodie, Graeme B. – Mark D. Janis. *Trademarks and Unfair Competition: Law and Policy*. New York: Wolters Kluwer, 2018.
- Farley, Christine Haight – Lisa P. Ramsey. "Raising the Threshold for Trademark Infringement to Protect Free Expression". *American University Law Review* 72 (2023), 1225-1292. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4396913
- Grynberg, Michael. "The Trademark Problem of 'TRUMP TOO SMALL'". *The Columbia Journal of Law and the Arts* 46 (2022), 47-60. <https://journals.library.columbia.edu/index.php/lawandarts/article/view/11015/5500>
- Harjo v. Pro-Football, Inc., 50 U.S.P.Q.2D (BNA) 1705, (1998). <https://ipwatchdog.com/wp-content/uploads/2022/08/TTAB-opinion.pdf>
- Hetu, Jennifer M. – Reitz, Jukie E. "Intellectual Property Law: Disparaging, Immoral, and Scandalous Trademarks Just because You Can, Doesn't Mean You Should". *Michigan Bar Journal* 100 (2021), 22-25. https://www.honigman.com/media/publication/2469_Disparaging%20Immoral,%20and%20Scandalous%20Trademarks,%20Michigan%20Bar%20Journal,%20Sept%202021.pdf
- Iancu v. Brunetti, 139 S.Ct. 2294, 2302 (2019). https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-302_e29g.pdf
- In re Fox, 702 F.3d 633, 638 (Fed.Cir. 2012).
- In re McGinley, 660 F.2d 481, 482 (C.C.P.A. 1981).
- In re Riverbank Canning Co. 95 F.2d 327, (C.C.P.A. 1938).
- Janis, Mark D. *Trademark and Unfair Competition in a Nutshell*. St. Paul: West Academic Publishing, 2021.
- Kaya, İlknur. "İsviçre ve Fransız Hukuku Bakımından Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka Aykırı Markalar", *TBB Dergisi* 175 (2024), 393-422. <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2024-175-2234>
- LaFrance, Mary. *Understanding Trademark Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2020.

- Lee, Ilhyung. "Tam Through the Lens Of Brunetti: The Slants". *Emory Law Journal* 69 (2019), 2001-2017. <https://scholarlycommons.law.emory.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=elj-online>
- Lee, Jon J. "Racism and Trademark Abandonment". *The George Washington Law Review* 91 (2023), 932-1008. <https://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2023/09/91-Geo.-Wash.-L.-Rev.-932.pdf>
- Loza, Christina S. "Feature: Iancu v. Brunetti: Immoral and Scandalous Marks May Now Be Registered with the USPTO without Limitation". *Orange County Lawyer Magazine* 61 (2019), 31-38.
- Matal v. Tam, 582 U.S. 218, 247 (2017). https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1293_1o13.pdf
- Memişoğlu, Sami Özgür Memişoğlu. *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri*: İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2018.
- Ochoa, Tyler T. vd. *Understanding Intellectual Property*. Durham: Carolina Academic Press, 2020.
- Pro Football, Inc. v. Harjo, 385 U.S. App. D.C. 417, 418, 565 F.3d 880 (2009).
- Pro-Football, Inc. v. Blackhorse, 112 F. Supp. 3d 439, 448 (E.D. Va. 2015).
- Pro-Football, Inc. v. Blackhorse, 709 F. App'x 182, 184 (4th Cir. 2018). <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca4/15-1874/15-1874-2018-01-18.html>
- Ramsey, Lisa P. "Trademark Law Institute for Intellectual Property & Information Law Symposium: Free Speech Challenges to Trademark Law After Matal v. Tam". *Houston Law Review* 56 (2018), 401-470. <https://houstonlawreview.org/article/6779-free-speech-challenges-to-trademark-law-after-i-matal-v-tam-i>
- Roberts, Alexandra J. "Trademark Failure to Function". *Iowa Law Review* 104 (2019), 1977-2054. <https://ilr.law.uiowa.edu/sites/ilr.law.uiowa.edu/files/2022-10/Trademark%20Failure%20to%20Function.pdf>
- Schechter, Roger E. – Thomas, John R. *Principles of Trademark Law*. St. Paul: West Academic Publishing, 2021.
- SMK, Sınai Mülkiyet Kanunu (Kanun No. 6769), Resmi Gazete 29944 (10 Ocak 2017). Erişim 15 Temmuz 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6769&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
- Snow, Ned. "Immoral Trademarks after Brunetti". *Houston Law Review* 58 (2020), 401-451. https://houstonlawreview.org/article/18017-immoral-trademarks-after-_brunetti_
- Stephenson, Michael. "The Lanham Act's Immoral or Scandalous Provision: Down but not Out". *University of Pittsburgh Law Review* 82 (2021), 973-995. <https://lawreview.law.pitt.edu/ojs/lawreview/article/view/807>
- The Value House v. Phillips Mercantile Co., 523 F.2d 424, 429 (10th Cir. 1975).
- Thomas, Janet Shiffler. "Likelihood of Confusion Under the Lanham Act: A Question of Fact, a Question of Law, or Both?". *Kentucky Law Journal* 73 (1984), 234-253. <https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2033&context=klj>
- Trademark Trial and Appeal Board. No. 1,606,810 (02.04.1999). <https://ttab-reading-room.uspto.gov/efoia/efoia-ui/>
- Trademark Trial and Appeal Board. No. 87496454 (24.06.2021). <https://plus.lexis.com/>

- Trademark Trial and Appeal Board. No. 88308426, 88308434, 88308451, ve 88310900 (22.08.2022). <https://ipwatchdog.com/wp-content/uploads/2022/08/TTAB-opinion.pdf>
- Tsisis, Alexander. "Justice Breyer's Balanced Reasoning on Free Speech: A Comparative Analysis". *First Amendment Law Review* 21 (2023), 395-422. <https://journals.law.unc.edu/firstamendmentlawreview/wp-content/uploads/sites/8/2023/08/tsisis-piece-.pdf>
- TTAB, Trademark Trial and Appeal Board, In re Brunetti, 2022 TTAB LEXIS 297.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Kanun No. 2709), *Resmi Gazete* 17863 (9 Kasım 1982). Erişim 12. Temmuz 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
- United States Patent and Trademark Office, "Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP)", (Erişim Tarihi 15.06.2024), <https://tmept.uspto.gov/RDMS/TMEP/Apr2017>
- University of Notre Dame Du Lac v. J.C. Gourmet Food Imports Co., 703 F.2d 1372, 1375 (1983). <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/703/1372/12104/>
- Widmaier, Uli. "Use, Liability, and the Structure of Trademark Law". *Hofstra Law Review* 33 (2004), 602-709. <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2433&context=hlr>
- Yasaman, Hamdi vd. *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Yen, Alfred C. "Choosing the Consequences of Tam and Brunetti". *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property* 19 (2020), 396-406. <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ckjip>

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

“Müşterilerle Kendisinin Bizzat Sözleşme Yapabilmesi İçin, Onları Başkalarıyla Yapmış Oldukları Sözleşmelere Aykırı Davranmaya Yöneltilme” Suretiyle Haksız Rekabet (TTK m.55/ I/ b, 1)

Unfair Competition By “Instructing Customers to Conduct Contracts in Contract with Others in Contract to Enable Himself to Contract with Them” (TTK Art. 55/ I/ b, 1)

Dursun Saat 

Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
Eskişehir, Türkiye,
dursunsaat@anadolu.edu.tr,
ror.org/05nz37n09



Geliş Tarihi/Received: 29.10.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 19.12.2024
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
07.02.2025

Öz: Sözleşmeyi, taraflar her zaman ihlal etme ve/veya sona erdirmeye özgürlüğüne sahiptir. Ancak bazı hallerde sözleşenler tarafından değil de bu ilişkiye yabancı olan üçüncü kişiler tarafından sözleşenler arasındaki hukuki ilişkiye müdahale edilerek sözleşme ilişkisinin sona ermesine ya da ihlaline sebebiyet verilmektedir. Bu çalışmamızda yasa koyucu tarafından haksız rekabet hallerinden sayılan ve TTK m. 55/I/b ile de yasaklanan sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltilmek eylemi özel olarak “müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltilmek davranışı” üzerinden incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle, TTK m.55/I/b hükmünün kapsamı üzerinde durulacak ve hükmün BK m.49/1 kapsamında hukuka aykırı bir eylem olduğu ifade edilmeye çalışılacaktır. Akabinde ise maddenin bir alt bendini oluşturan m.55/I/b,1 düzenlemesi Türk ve İsviçre öğretisindeki görüşler uyarınca ele alınacaktır. Bu yönüyle müşteri kavramının ne anlama geldiği, çalışanların madde kapsamına dâhil olup olmadığı ve ayartmanın hangi hallerde mevcut olduğu yüksek yargı kararları da dikkate alınarak ifade edilmeye çalışılacaktır. Son olarak ise yöneltilmenin varlığının ispatında yaklaşık ispat kurallarının geçerli olması yönündeki görüşümüz izah edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Müşteri, Yöneltilme, Ayartma, Çalışan, İspat

Abstract: The parties are always free to breach and/or terminate the contract. However, in some cases, not by the contracting parties, but by third parties who are foreign to this relationship, intervene in the legal relationship between the contracting parties and cause the termination or breach of the contractual relationship. In this study, the act of inducing the breach or termination of the contract, which is considered as one of the unfair competition cases by the legislator and prohibited by Art. 55/I/b of the TCC, will be specifically examined through ‘the behaviour of inducing customers to act contrary to the contracts they have concluded with others in order to conclude contracts with them personally’. In this context, firstly, the scope of Article 55/I/b of the TCC will be emphasised and it will be tried to be stated that the provision is an unlawful act within the scope of Article 49/1 of the CO. Subsequently, Article 55/I/b,1, which constitutes a subparagraph of the Article, will be analysed in accordance with the opinions in the Turkish and Swiss doctrine. In this respect, the meaning of the concept of customer, whether the employees are included in the scope of the article and in which cases the enticement is present will be tried to be expressed by taking into account the high judicial decisions. Finally, our opinion that the approximate rules of proof should apply in proving the existence of enticement will be explained.

Keywords: Customer, Orientation, Enticement, Employee, Proof

Extended Abstract

Since a free and honest competition environment will encourage the production of better quality and cheaper goods and services, as well as increase the efficiency of enterprises, legislators have felt the need to draw the limits of freedom of competition by trying to protect the competition order in the free market and to prevent unfair competition. For this reason, the Turkish legislator has also defined deceptive behaviours and commercial practices affecting the relations between competitors or between suppliers and customers as unfair competition. The purpose of these provisions is undoubtedly to ensure a lawful, honest and undistorted competitive environment in the market economy.

The unfair competition cases, which are frequently encountered in commercial life and in high judicial decisions, are defined under six headings in Article 55 of the TTK. It should be stated immediately that this determination is not limited in number, as it is clearly stated in the preamble of the article, and the most frequently encountered unlawful situations have been regulated by way of example. One of these examples of unfair competition is 'inducing the breach or termination of the contract' regulated under Art. 55/I/b of the TTK. With this regulation, it is not absolutely prohibited to breach or terminate a contract, but it is not permitted for a third party, who is not a party to the contract, to influence or exert pressure on the will of one of the contracting parties to breach or terminate a fundamental contract to which it is not a party in order to obtain benefits for itself.

In this context, the scope of Article 55/1/b of the TTK was firstly addressed in this study, and it was concluded that since the cases listed in the article are directly prohibited by law, it is not possible to characterise these behavioural models as immoral acts specified in Article 49/2 of the TTK, departing from the dominant opinion in the doctrine, and that the provision should be considered within the scope of unlawful acts regulated under Article 49/1 of the TTK. It is also pointed out that the regulation aims to prevent a person who is not a party to the contractual relationship from gaining an advantage for himself or someone else through the enticement activity he performs on one of the contracting parties, and to prevent interventions in the contracts validly established by his competitors in order to incorporate the customer into his own organisation.

Sentence to Article 55/1/b,1 of the TTK, the act of directing customers to act contrary to the contracts they have concluded with others in order to conclude contracts with the customers itself is deemed as unfair competition. In this study, although the TTK and its preamble do not define the concept of customer, which is a party to the underlying contract, it is stated that the concept of customer refers to the 'buyer' who is in the weak position of the contract, in other words, the person whose will is influenced to terminate the existing contractual relationship with the directing activity and who may be a potential contractual partner of the infringer.

In our opinion, after stating that the acts of 'steering' and 'enticement' have the same meaning in terms of unfair competition law, the meaning of the activity of steering is also emphasised in accordance with the opinions in the doctrine. Accordingly, the entirety of various behaviours and strategies performed by a third party in order to cause an enterprise to act contrary to the existing contract in order to conclude a contract with its existing customers should be accepted as enticement. Although the legislator has stipulated the intention and purpose of the enticer to establish a contractual relationship with the customer in terms of the scope of application of the provision by specifically including the word 'in person', which is not included in the original law while regulating the text of the article, it is not necessary to have a contract with the person who is directed to the violation in terms of the scope of application of the provision, and it is considered that it will be sufficient to have such an intention and to be the bearer.

Lastly, since the act of infringement often takes place in private negotiations between the infringer and the infringer, we believe that it is more appropriate to apply approximate proof norms instead of the full proof rule in order to prove the facts in cases related to this act. Just like in competition law, the judge should decide on the result after evaluating the dispute as a whole, and if the unfair competition to be proved outweighs the possibility that the alleged event is not true, the court should rule unfair competition.

Giriş

Günümüzde ticari hayattan özel yaşama kadar hemen hemen her alanda bir rekabet hali söz konusudur. Özellikle davranışlarında özgür olan işletme ve bireylerin kendi kararlarını kendisinin aldığı ve devletin

mümkün olduğunca müdahalede bulunmadığı serbest piyasa ekonomisi¹ ile birlikte teşebbüsler daha fazla müşteriye ulaşp daha fazla gelir elde edebilmek için bu yarışı daha etkin ve daha katı bir biçimde sürdürmektedirler. Bu rekabet durumu, bir yandan kaynakların daha sağlıklı kullanımını, fiyatların düşmesini ve üretilen mal ve hizmetlerin kalitesinin artmasını sağlarken diğer yandan ise rakipler arasında rekabeti ihlal edici tutum ve davranışların da ortaya çıkmasına neden olmaktadır².

Serbest ve dürüst işleyen bir rekabet ortamı daha kaliteli ve ucuza mal ve hizmet üretimini teşvik edeceği gibi işletmelerin verimini de artıracığından³ yasa koyucular sevk ettikleri düzenlemeler ile hem serbest piyasadaki rekabet düzeninin korunmasını hem de haksız rekabetin önlenmesini sağlamaya çalışarak rekabet özgürlüğünün sınırlarını çizme gereği duymuşlardır⁴. Nitekim rekabet, hukuka uygun olmak ve öyle kalmak zorundadır⁵. Bu kapsamda ülkemizde de dürüst ve adil bir rekabet ortamının tesisi için 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun, 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanun, 6098 sayılı Borçlar Kanunu (m.57), 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (m.61-62) ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (m.54 vd.) hazırlanarak yürürlüğe alınmıştır.

TTK'nın 54 ila 63 maddeleri haksız rekabete ilişkindir. Haksız rekabetin engellenmesine yönelik getirilen bu hükümler ile bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış bir rekabetin sağlanması amaçlanmıştır (m.54/1). Bir başka anlatımla yasa koyucu bu düzenlemeler ile hukuka uygun, saf (dürüst) ve bozulmamış (hilesiz) bir rekabet ortamının sunulmasını hedeflemiştir⁶. Madde gerekçesinde hukuka uygun rekabet ile oyunun dürüstlük kurallarına uygun olarak oynandığı saf bir rekabet halinin kastedildiği ifade edilirken bozulmamış rekabetin ise güven duyulan hilesiz rekabet anlamını taşıdığı belirtilmiştir. Böylece geniş anlamda kurallara uygun "*Dürüst Piyasa Hukukunun*" gerçekleştirilmesi⁷ ile haksız rekabetin yanı sıra haksız ticaretin de engellenmesi arzulanmıştır⁸. Öte yandan, yasa metninde katılanlar gibi çok geniş kapsamlı bir sözcüğün kullanılmasıyla rekabet kurallarının sadece rakipler arası ilişkilere özgülenmesinin önü kapatılarak bu kuralların etkilediği menfaat grubu genişletilerek rakiplerin yanı sıra tüketicileri, diğer piyasa aktörlerini ve kamuyu da kapsadığı kabul edilmiştir⁹.

¹ Şahin Ardiyok, *Regülasyon Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019), 12; Pınar Uzun Şenol, *Haksız Rekabet ile Rekabetin Korunması Alanları Arasındaki Hukuki İlişki*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022), 1.

² Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017), 335; Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku, 1-Giriş, Ticari İşletme*, (İstanbul: Güzel İstanbul Matbaası, 1960), 441; Reha Poroy- Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 360 vd.; Mehmet Bahtiyar- Ali Ayli- Mehmet F. Şua- Argun Karamanlioğlu, *Ticari İşletme Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım, 2022), 200; Mustafa Can, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 69, (2007), 151; İsmet Sayhan, "Rekabet Kavramı ve Haksız Rekabet, Rekabet Yasağı ve Rekabetin Korunması Müesseselerinin Hukuki Temeli", *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2 (2013), 102 vd.; Hasan Karakılıç, "Piyasa Ekonomisi Açısından Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 32/3 (2016), 108; Uzun Şenol, *Haksız Rekabet*, 1 vd.

³ Bahtiyar- Ayli- Şua- Karamanlioğlu, *Ticari İşletme Hukuku*, 200; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım, 2023), 177.

⁴ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 335; Poroy- Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 360.

⁵ Rıza Ayhan- Hayrettin Çağlar- Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 391.

⁶ TTK m.54 gerekçesi, Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 335 vd.; Selçuk Öztekin, "Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri", *Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan*, (Konya: Selçuk Üniversitesi Yayınları, 1991), 417 vd.; Hamdi Yasaman, "6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabet İle İlgili Getirdiği Yenilikler", *Kadir Has Üniversitesi Yayınları*, 2012, 33 vd.; Hamdi Yasaman- Ercüment Erdem- Halil Ali Dural- Tolga Ayoğlu- Fülürüya Yusufoglu- Sinan Yüksel, *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 2; Ufuk Tekin, *Tüketicilerin Haksız Rekabet Hükümlerine göre Korunması*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022), 9; Can, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet", 155; Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 381 vd.

⁷ Ünal Tekinalp, "Yeni Haksız Rekabet Hukukunda Amaç, İlke ve Üç Boyutluluk", *Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2016), 25.

⁸ Ali Bozer- Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021), 234.

⁹ Bozer- Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 235; benzer yönde Ayhan- Çağlar- Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku*, 398; Arslan Kaya- Koray Demir, *Rekabet ve Haksız Rekabet Hukukunun Esasları*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2024), v116 vd.; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 342; Yasaman, "6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabet İle İlgili Getirdiği Yenilikler", 34; Poroy- Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 371; Bahtiyar- Ayli- Şua- Karamanlioğlu, *Ticari İşletme Hukuku*, 222; Tekin, *Tüketici Hukuku*,

TTK m.54/2’de haksız rekabetin tanımı da yapılmıştır. Buna göre rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız rekabet olarak belirtilmiştir¹⁰. Tanım maddesinde de anlaşılabacağı üzere dürüst davranma kuralı, haksız rekabetin tanımında belirleyici bir role sahiptir; zira hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında tüm katılanlar, piyasanın tüm aktörlerinin dürüst davranış kurallarına göre hareket edeceğine güvenme hakkını haizdir. Dürüstlük kuralını ihlâl eden kimse bu güvene aykırı hareket etmiş olur ki bu durum da haksız rekabeti meydana getirir¹¹.

Ticari hayatta ve yüksek yargı kararlarında sıklıkla karşılaşılan haksız rekabet halleri TTK m.55’te altı başlık halinde belirlenmiştir. Hemen ifade edilmelidir ki, bu belirleme, madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere sınırlı sayıda değildir. Düzenlemede en sık görülen hukuka aykırı haller, örnek kabilinden hükme bağlanmıştır. Diğer bir anlatımla, bir davranışın haksız rekabet sayılabilmesi için mutlaka TTK m.55’te sayılan hallerden birisine dâhil olması aranmamaktadır.

I. TTK m.55/1/b Bendinin Değerlendirilmesi

A. Hükümün kapsamı

TTK, 19.12.1986 tarihli mehzaz İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Yasası (UWG) düzenlemesine paralel bir şekilde sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltme eylemlerini haksız rekabet olarak kabul etmiş ve sevk ettiği m.55/1/b bendi ile

“Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle;

- 1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek,*
- 2. Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, hak etmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,*
- 3. İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek,*
- 4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek”* şeklindeki fiillerin haksız rekabet teşkil edeceğini açıkça hüküm altına almıştır. Bu kapsamda çalışmamızın sadece birinci fıkrada düzenleme alanı bulan ve kısaca müşterilerin ayartılması şeklinde ifade edebileceğimiz haksız rekabet hali ile sınırlandırılmış olduğunu belirtmemiz gerekir.

Madde gerekçesinde; düzenlenen bu yeni hüküm ile haksız rekabet hukukuna yeni bir boyut kazandırıldığı, bu eylemin zaten mülga Borçlar Kanunu m.41/2’de (karşılığı BK m.49/2) belirtilen ahlaka aykırı fiil ile bir başkasına zarar verme hükmünün kapsamına dâhil olduğu ve bu yönüyle haksız

s. 6 vd.; Tekinalp, kamu sözcüğünün devlet ile ilişkilendirilmeden halkın tümünün anlaşılması gerektiğine işaret etmiştir. Tekinalp, “Yeni Haksız Rekabet Hukukunda Amaç, İlke ve Üç Boyutluluk”, 33; Bozkurt, bütün katılanlar ifadesi ile üretimden tüketim zincirine kadar olan herkesin kastedildiği görüşündedir. Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, 381; Yargıtay 11. HD. 22.4.2021 tarih ve E. 2021/89 K. 2021/3954 dosyası tahtında vermiş olduğu kararı ile dürüst ve bozulmamış rekabetin varlığı, piyasa katılımcılarının (tüketiciler, tacirler, rakipler) yanında, bireysel rekabet düzeninin korunmasını da gerektireceğini hükme bağlamıştır, Lexpera Bilgi Bankası, (01.08.2024); konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sabih Arkan, “Haksız Rekabet - Gelişmeler – Sorunlar”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 22/ 4 (2004), 6 vd.

¹⁰ Arkan haksız rekabet tanımının daha kısa ve öz bir biçimde “rakipler, tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük kuralına aykırı her tür davranış” şeklinde kaleme alınabileceğini ifade etmektedir. Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, dpn. 2, 343. Tanıma yönelik getirilen diğer eleştiriler için bkz. Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), 59 vd.; Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), 96 vd.

¹¹ TTK m.54 gerekçesi.

fiil teşkil ettiği ifade edilmiştir¹². Bu yönüyle ilk olarak TTK m.55/1/ b bendinde sayılan hallerin gerçekten de BK m.49/1'de hükme bağlanan *"hukuka aykırı eylem"* yerine aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen *"ahlaka aykırı bir fiil"* olarak nitelendirmenin mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

Öğretideki baskın görüş, sözleşenlerden bir tanesinin iradesi üzerinde etki ederek sözleşmeyi ihlale yöneltmek (TTK m.55/1/b bendinde sayılan eylemler) BK m.49/2 kapsamı içerisinde ahlaka aykırı fiil olarak kabul edilmekte ve TTK m.55/1/b bendinde sayılan haller BK m.49/2 kapsamında değerlendirilmektedir¹³. Bu görüşü savunan müellifler, sözleşme ilişkisinden doğan nispi hakların sadece sözleşmenin tarafları açısından bağlayacağı olduğunu, üçüncü kişilerin bu hakkın varlığını çoğu kez bilmedikleri gibi bu hakkın varlığından haberdar olmaları halinde dahi bu hakkı dikkate almak zorunda olmadıklarını ancak bazı ek unsurların varlığı halinde bir hukuk kuralı ihlal edilmiş gibi tepki vermenin gerektiğini belirterek sözleşmeyi ihlale yöneltmenin ahlaka aykırı olarak kabul edileceğini ifade etmektedirler¹⁴.

Kanaatimize göre bu görüşe katılmak mümkün değildir. BK m.49/2 ***"Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür."*** şeklinde kaleme alınarak m.49/2'nin uygulama alanı yasa koyucu tarafından herhangi bir hukuk normunun ihlal edilmediği ancak ahlak kurallarının zedelendiği haller ile sınırlandırılmış ve bu gibi durumlarda anılan davranışın yaptırımsız kalması engellenmeye çalışılmıştır¹⁵. Gerçekten de BK m.49/2'nin düzenlenme amacı bir kural ile korunmayan hakların veya menfaatlerin ihlali neticesinde ortaya çıkan zararların ahlaka aykırılık ve kasten zarar verme gibi özel kıstaslar çerçevesinde tazmininin sağlanmasıdır¹⁶. Ancak BK m.49/2'nin uygulanabilmesinin ön koşulunu, bir müeyyideye tabi tutulmak istenen ahlaka aykırı davranışın yazılı veya yazısız herhangi bir hukuk kuralını ihlal etmemesi oluşturmaktadır. Eş söyleyişle, davranış hukuka uygun ancak ahlaka aykırılık taşımalıdır.

Öğretide Sarıkaya tarafından da haklı bir şekilde ifade edildiği üzere, TTK m.55/1/b bendinde sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltme fiili açıkça hukuka aykırı sayılmış ve haksız rekabet hukukunun öngördüğü yaptırımlara tabi tutulmuş¹⁷ ve bu eylemlerin hukuka aykırı oldukları yasa metni ile düzenlenmiştir. TTK m.54/2' de de haksız rekabet belirlenirken bu eylemlerin haksız ve hukuka aykırı olduklarına açıkça vurgu yapılmış ve başkasının sözleşme ilişkisine müdahalede bulunma ve o sözleşmenin ihlalini veya sona ermesini temin etmeye çalışma artık yasanın yasakladığı eylemler arasında belirtilmiştir¹⁸. Bu kapsamda bize göre de TTK m.55/1/b bendinde sayılan haller doğrudan yasa ile yasaklanmış olmasından ötürü artık bu davranış modelleri, öğretideki baskın görüşten

¹² m.55 gerekçesi.

¹³ Poroy- Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 426; Gül Nilsson Okutan, "Chapter 8: Unfair Trade Law", *Introduction To Turkish Business Law*, ed. Tuğrul Ansay, Eric C Schneider, (Ankara: Wolters Kluwer Yayıncılık, 2014), 114 vd.; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 285; Bahtiyar- Ayli- Şua- Karamanlioğlu, *Ticari İşletme Hukuku*, 213; Meliha Sermin Paksoy, *Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018), 110 vd.; Bozer- Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 252; Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, 405; Nami Barlas, "Başkasının Sözleşme İlişkisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 432; İsmet Sungurbey, *Medenî Hukuk Sorunları Cilt 4*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980), 436 vd.; Sulhi S. Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 482.

¹⁴ Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku: Akid Dışı ve Akdi Mesuliyet*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 23; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, *Mesuliyet Hukuku*, 482 vd.; Paksoy, *Yöneltilme*, 110 vd.; Öğretide Paksoy ayrıca yöneltilme fiilinin amacına ve hangi bağlamda gerçekleştirildiğine göre ahlaka aykırılık noktasında yapılan değerlendirmenin değişeceğini ve bu nedenle yöneltilme fiilinin ahlaka aykırılığını, yönelten kişinin amacına ve yöneltilmenin hangi bağlamda gerçekleştirildiğine göre ayrı ayrı örnekler üzerinden incelenmesi gerektiğini de ileri sürmüştür. Örnek durumlar için bkz. Paksoy, *Yöneltilme*, 120 vd.

¹⁵ Cahit Davran, "Ahlâka Aykırılık Sebebiyle Mes'uliyet (Borçlar Kanunu 41/II Üzerine Bir İnceleme)", *İstanbul Barosu Dergisi*, 29/ 6 (1955), 269; Sinan Sarıkaya, *Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 36.

¹⁶ Paksoy, *Yöneltilme*, 107.

¹⁷ Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, 38 vd.

¹⁸ Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, 38 vd.

ayrılarak, BK m.49/2'de belirtilen ahlaka aykırı fiil olarak nitelendirmemeli ve BK m.49/1'de düzenlenen hukuka aykırı fiiller kapsamında ele alınmalıdır¹⁹.

Düzenleme kapsamında ele alınması gereken bir diğer nokta da madde hükmü ile sözleşmeyi ihlal etmek veya sözleşmeyi sona erdirmek mutlak suretle yasaklanmamış ancak üçüncü kişilerin kendilerine veya başkalarına menfaat temin etmek amacı güttüğü hâllere ilişkin olarak tarafı olmadıkları bir sözleşmeye etki etmelerine izin verilmemiştir²⁰.

Türk hukukunda sözleşmelerin nisbiliği ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre borç ilişkisi sadece alacaklı ile borçlu arasında bir bağ teşkil etmekte ve sözleşme dışındaki üçüncü kişileri etkilememektedir²¹. Bu ilkeye göre sözleşmenin tarafı olanlar birbirlerine karşı akit ile üstlendikleri edimleri yerine getirme borcu altında olup üstlenilen borcun yerine getirilmesini de yine sadece sözleşmenin karşı tarafından talep edebilirler. Taraflar sözleşme ile üstlenmiş oldukları borçları ifa edecekleri gibi hiç veya gereği gibi ifa etmeme özgürlüğüne de sahiptir. Akit taraflar borçlar hukuku kurallarının kendisine tanıdığı tüm olanakları her zaman kullanabilir²². Kişi kendi iradesi ile ayartmanın da bulunmadığı bir durumda bağlı olduğu sözleşmeyi her zaman ihlal etme ve sona erdirmeye imkânına haiz olup bu durum bir haksız rekabet haline de vücut vermez²³. Bu yönüyle sözleşmeyi ihlal etme kavramı da kural olarak sözleşmenin taraflarına hasredilmiş ve yasada ön görülen yaptırımların etkisi de sözleşmeyi ihlal eden taraf üzerine bırakılmıştır²⁴.

Ne var ki; bazı hallerde sözleşmenin taraflarınca değil de üçüncü kişiler tarafından sözleşenler arasındaki hukuki ilişkiye müdahale edilmekte ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin sona ermesine ya da ihlaline sebebiyet verilmektedir. İşte yasa koyucu, sevk ettiği TTK m.55/I/b hükmü ile ticari hayatta sıklıkla karşılaşılan işverenler ile çalışanlar arasındaki hizmet sözleşmelerinin veya işletmeler ile müşterileri arasındaki satış, kira, alt yüklenicilik, bayilik, kredi vs. isimli sözleşmelerin bu akitlere yabancı olan üçüncü şahıslar tarafından sözleşenlerden bir tanesinin iradesinin etkilenmesi-ayartılması suretiyle sonlandırılmasının veya ihlal edilmesinin önüne geçilmesini amaçlamaktadır. Böylece akit ilişkisinin tarafı olmayan bir kimsenin, sözleşme taraflarından biri üzerinde icra ettiği ayartma faaliyeti ile kendisine avantaj elde etmesi²⁵ ve üçüncü kişilerin müşteri çalmak amacıyla rakiplerinin geçerli bir şekilde kurdukları sözleşmelere müdahalelerde bulunmaları engellenmeye çalışılmaktadır²⁶. Yasa koyucu bu düzenleme ile akit dışındaki üçüncü kişilerin teknik olarak sözleşmeyi ihlal edemeseler dahi²⁷, bir tarafı ihlale yönelttikleri durumları, bu yöneltmenin doğurduğu rekabetsel sonuçlara bağlı olarak haksız rekabet saymakta ve belirli yaptırımlara tabi tutmaktadır²⁸. Hüküm, bu yönüyle ticari etik kurallarının öngördüğü dürüst iş yapma şeklinin norm niteliği kazanmasının bir sonucudur²⁹.

B. Düzenlemenin “işçiler” bakımından uygulanabilirliği

Madde düzenlemesinin işçiler bakımından uygulama niteliğini haiz olup olmadığı da incelenmelidir. Bilindiği üzere işverenler, işçileri çeşitli nitelikli özelliklerinden ötürü veya rakip işletmenin elinde

¹⁹ Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, 39.

²⁰ Kaya- Demir, *Rekabet ve Haksız Rekabet*, 166.

²¹ M. Kemal Oğuzman- Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 27; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017), 16 vd.; Dirk Looschelders- Dirk Mark Makowsky, “Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter, Juristische, Arbeitsblätter”, 44/10 (2012), <https://www.yumpu.com/de/document/read/23619305/aufsatz-ja-aktuell>, 721 vd. (18.08.2024); Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 285.

²² Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, 405; Bahtiyar- Ayli- Şua- Karamanlioğlu, *Ticari İşletme Hukuku*, 214.

²³ Poroy- Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 427.

²⁴ Bozer- Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 252.

²⁵ Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, 58.

²⁶ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 286.

²⁷ Mario M. Pedrazzini- Federico A. Pedrazzini, *Unlauterer Wettbewerb UWG*, (Bern: Stämpfli Verlag, 2002), N: 8. 01; Peter Jung- Philippe Spitz, *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, (Bern: Stämpfli Verlag, 2016), 688.

²⁸ Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, 58.

²⁹ Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, 63.

yetişmiş çalışanları ele geçirerek rakibi işlevsiz hale getirip rekabet piyasasının dışına itebilmek için işçileri ayartma yoluna başvurmuştur. Bu yolla ayartan işveren, işinde ehil, uzman, bilgili ve yetenekli bir çalışanı, kendisine çekmekle hem piyasadaki rekabet gücünü artırmakta hem de ayartılan bu kişilerin işlerini gördüğü ve kendileriyle yakın ilişki içerisinde olduğu önceki işyerinin müşteri çevresini kazanmaktadır³⁰. Öğretideki ağırlıklı görüş, hükümde açıkça “müşterinin” ifade edilmesi ve maddede geçen müşteri kavramının içerisine yorum yoluyla genişletme yaparak çalışanları dâhil etmenin zorlama bir yorum olacağı gerekçesiyle, çalışanların ayartılmasının TTK m.55/I/b, 1 kapsamında değerlendirilemeyeceği, işçilerin ayartılması meselesinin şartların varlığı halinde m.54/2 kapsamında ele alınması gerektiği yönündedir³¹. Mevzu hukukta da konu müşteri kavramı içerisinde ele alınmış ve “işçilerin” TTK m.55/I/b, 1 cümlesinin mehzazı olan İsv. UWG 4/a kapsamına değerlendirilemeyeceği kabul edilerek yasa koyucunun amacının bu yönde olmadığı, eğer böyle bir amaç taşısasaydı bunu Art. 4 lit c’de olduğu gibi açıkça kaleme alması gerektiği ifade edilmiştir³².

Kanaatimize göre her ne kadar “işçi” müşteri kavramının içerisinde yer almasa da ortaya çıkan haksız rekabet eylemi müşteri ve çalışan açısından aynı niteliktedir. Gerçekten de üçüncü bir kişi, çalışanın işverenle var olan hizmet sözleşmesini sonlandırmak ve yeni bir hizmet sözleşmesinin kurulması amacıyla, tıpkı müşterilerde olduğu gibi, işçiye belirli bir ciddiyet ve ısrar ile etki icra etmektedir³³. Nihayetinde var olan hizmet sözleşmesi, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi aracılığıyla ihlale veya sona erdirmeye yöneltilmektedir. Bu yönüyle, çalışanların ayartılması konusunun genel hüküm niteliğindeki TTK m.54/2 kapsamında ele alınması yerine, her ne kadar işçi TTK m.55/I/b, 1 düzenlemesinde ifade edilmiş olan “müşteri” kavramının içine dâhil olmasa da TTK m.55/I/b’nin genel ifadesi nedeniyle bu madde altında değerlendirilmesinin daha isabetli bir yaklaşım olduğunu düşünmekteyiz³⁴.

C. Sözleşmeye aykırılık

Yasa koyucu TTK m.55/I/b bendinde sayılan eylemlerin haksız rekabet olarak nitelendirilebilmesi için taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin sona ermesine veya sözleşenlerin akit ilişkisi ile üstlenmiş oldukları borca aykırı bir şekilde davranmasına özel olarak işaret etmiştir. Düzenlemedeki “sözleşmenin ihlali” kavramı ile aslında ayartılan tarafın neden gösteremediği sözleşmeye aykırı uygunsuz davranışları kastedilmektedir³⁵. Her ne kadar üçüncü kişi tarafından sözleşme ilişkisinin sona ermesi için bir çaba gösterilmiş olsa da eğer taraflar arasında var olan sözleşmesel ilişki bu etkileme eylemi neticesinde de tam ve gereği gibi ifa edilmeye devam etmekte ise bu halde artık “ayartmaya” bağlı haksız bir rekabetten söz etmek mümkün değildir³⁶. Zira yasada aranılan, sözleşmenin sona ermesi ya da ihlal edilmesi neticeleri gerçekleşmediği hâllerde, her ne kadar anılan davranış haksız ve hukuka aykırı olsa da diğer bir söyleyişle, m.54/2 kapsamında bir haksız rekabet hali söz konusu olsa da TTK m.55/I/b

³⁰ Kemal Şenocak, “İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m.56 vd.) Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50/2 (2001), 196 vd.

³¹ Paksoy, *Yöneltilme*, 206; Sarıkaya da benzer şekilde “...işçilerin sözleşmeyi ihlale yahut sona erdirmeye yöneltilmeleri TTK.55/I-b,1 kapsamında değerlendirilemez. Nitekim kanun koyucu işçilerle ilgili düzenleme yapmak istediğinde bunu açıkça öngörmektedir. Örn, TTK.55/I-b/2-3. Öte yandan “işçi” kavramı bir malın üreticiden tüketiciye ulaşınca kadar geçtiği ekonomik ilişkiler ağına dair bir kavram değildir. Bu ağın içinde üreticiler, tedarikçiler, distribütörler, toptancılar, perakendeciler ve nihai tüketiciler bulunur; işçi bu gruba dahil edilemez. Dolayısıyla işçilerin ayartılması ancak genel hüküm kapsamında haksız rekabet olarak nitelendirilebilir” Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, 73.

³² Spitz, *UWG*, 694; Pedrazzini- Pedrazzini, *UWG*, N: 8. 09; Yazara göre çalışanların sistematik bir şekilde ayartılması belirli koşulların varlığı halinde genel hüküm kapsamında haksız rekabet olarak kabul edilebilir. Pedrazzini- Pedrazzini, *UWG*, N: 8. 13; Reto Heizmann, *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM, THG, (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021), s. 745.

³³ Şenocak, “İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m.56 vd.) Değerlendirilmesi”, 195.

³⁴ Damian A. Fischer, *UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, (Zürich: Dike Verlag AG, 2018), s. 813 vd.; Kaya- Demir, *Rekabet ve Haksız Rekabet*, 168.

³⁵ Pedrazzini- Pedrazzini, *UWG*, N: 8. 14; Spitz, *UWG*, 700.

³⁶ Spitz, *UWG*, 703.

düzenlemesinin bu durum karşısında uygulama niteliğini haiz olamayacağı ve uyuşmazlığın genel hüküm kapsamında çözüme kavuşturulması gerektiği düşünülmektedir³⁷.

II. TTK m.55/I/b, 1'de Düzenlenen Madde Hükümünün Uygulanma Koşulları

Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek, başkalarının müşterilerini ayartarak ayartan ile sözleşme yapmaya ikna etme fiili TTK m.55/ I/ b, 1 ile yasada özel olarak düzenlenmiş ve haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. Madde hükümünün kaynağını ise İsv. (UWG) 4/a maddesi oluşturmaktadır. İsviçre hukukundaki düzenleme ile Türk hukukundaki düzenlemenin paralel nitelikte olduğu ve hukukumuzda İsviçre'deki yasal düzenlemeden tercüme edilerek taşındığı da ifade edilmelidir³⁸.

Bir ürün veya hizmet piyasasında sınırsız sayıda müşteri olamayacağına göre ürün veya hizmet sağlayıcıların rakiplerinin mevcut müşterilerini etkileme ve bunları kendi müşterileri haline getirmek için pazarlama faaliyeti yürütmeleri serbest piyasa ekonomisinin bir gereğidir³⁹. Nitekim üretim yapan işletme veya şirketlerin en büyük arzusu üretmiş olduğu mal veya hizmeti daha fazla kimseye ulaştırarak daha fazla ürün satmak ve bu yolla gelirini maksimize etmektir.

Özellikle tacirler pazardan daha fazla pay alabilmek amacıyla çoğu kez diğer tacirlerin müşterileri ile olan sözleşmesel ilişkilerine hukuka aykırı müdahalelerde bulunarak birbirlerinin müşterilerini ayarttığı ve bu müşterileri kendi bünyelerine katmaya çalıştıkları görülmektedir. Elbette ki tacirler; karlılıklarını daha fazla artırabilmek için yeni müşteriler bulabileceği gibi rakiplerinin veya başkalarının hali hazırda var olan müşterileri ile de iletişime geçebilir ya da daha cazip teklifler sunabilir. Bu durum son derece doğal olup serbest rekabet ortamının da bir gereğidir.

Yasa koyucu TTK m.55/I/b, 1 cümlesi ile aslında üçüncü bir kişinin müşterinin var olan sözleşme ilişkisini kendisi ile bizzat sözleşme yapabilmesi için, müşterileri başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmeyi yasaklamıştır. Bu hüküm ile amaçlanan sözleşme ilişkisine yabancı olanların taraflar arasındaki akit ilişkisine haksız müdahalelerde bulunmasını önlemek ve bu yolla rekabetin korunmasıdır⁴⁰. TTK m.55/I/b, 1 kapsamında haksız rekabet olarak nitelendirilecek bir davranışın söz konusu olabilmesi için bazı unsurların bir arada bulunması gerekmektedir⁴¹. Bu kapsamda;

- i. müşterinin tarafı olduğu temel bir sözleşme olmalı,
- ii. müşteri, ayartılmak suretiyle bu temel sözleşmeye aykırı davranmaya yöneltmeli ve

³⁷ Ne var ki Yargıtay; meslek odası ve meslek odası başkanının birlikte davalı olarak gösterildiği bir somut uyuşmazlıkta tanık beyanlarının esas alınması suretiyle ilk derece ve bölge adliye mahkemesinin kararını bozma yoluna giderek haksız rekabetin varlığını tespit etmiştir. Dava konusu olayda; davalıların altın imalatçısı ve tamircilerine, sarraflık yapan davacı şirket ile çalışılmaması yönünde baskı yaptığını ileri sürerek haksız rekabetten kaynaklanan tazminat isteminde bulunmuş, mahkemece haksız rekabet oluşturacak nitelikte eylemin ve haksız rekabetin sebep olduğu zararın ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, davacının istinaf başvurusu bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddedilmiştir. Yüksek mahkeme yapmış olduğu yargılama neticesinde davacı tanıklarından "üç seneden beri davacı şirketinin altın tamirat işlerini yaptığını, 2016 yılı içinde davalının, davacı şirket ile bundan sonra iş yapmamasını söylediğini, kendisinin de bu hususu davacı şirkete ve çalışanlarına aktardığını, ancak davacı şirket ile iş yapmaya devam ettiğini, bundan dolayı başka kişilerin davacı şirket ile çalışmayı bıraktıklarını duymadığını, kendisinin esnaf odası başkanının söylediklerini davacıya aktardığını", beyanını dikkate alarak davalı eyleminin 6102 sayılı TTK'nın 55. maddesinde ifade edilen "Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek" şeklindeki haksız rekabet halini oluşturduğunu isabetsiz bir şekilde hükme bağlamıştır. Karardan anlayabildiğimiz kadarıyla, TTK m.54/2 kapsamında haksız rekabet teşkil eden eylem neticesinde davacının var olan hiçbir sözleşme ilişkisi sona ermediği gibi akde aykırı davranış da dosya kapsamında sabit değildir. Yargıtay 11. HD. 22.3.2021 tarihli E. 2020/2191 K. 2021/2712, Lexpera Bilgi Bankası, (26.08.2024).

³⁸ Art.4: Verleitung zu Vertragsverletzung oder -auflösung

Unlauter handelt insbesondere, wer:

"a. Abnehmer zum Vertragsbruch verleitet, um selber mit ihnen einen Vertrag abschliessen zu können".

³⁹ Bahtiyar- Ayli- Şua- Karamanlıoğlu, *Ticari İşletme Hukuku*, 214.

⁴⁰ Fischer, *UWG*, s. 810 vd.

⁴¹ Madde kapsamında ele alınması gereken unsurlar hakkındaki farklı görüşler için bkz. Kaya- Demir, *Rekabet ve Haksız Rekabet*, 166 vd.; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 288 vd.; Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, 63 vd.

- iii. ayartmanın amacı müşteri ile bizzat ayartanın sözleşme yapması amacına yönelik olmalıdır.

A. Temel sözleşmenin varlığı ve “müşteri” kavramı

Hükümün uygulanabilmesinin ilk şartı haksız fiili gerçekleştiren ayartanın tarafı olmadığı ancak ayartılan müşterinin bir başkasıyla akdettiği bir sözleşme mevcudiyetinin varlığıdır⁴². Bu sözleşmenin her şeyden evvel borçlar hukuku anlamında geçerli bir şekilde kurulmuş ve yöneltme eyleminin gerçekleştiği zaman zarfında da uygulanıyor nitelikte olması gerekir. Öğretide temel sözleşmenin türüne ilişkin tek satıcılık, satış sözleşmesi, acentelik, bayilik, kira gibi sözleşmesel ilişkiler örnek olarak gösterilmektedir⁴³. Kanaatimize göre yasal düzenlemede sözleşmenin türüne yönelik bir tespit olmadığından bize göre de akit türünün önemi bulunmamakla birlikte sözleşme ilişkisinin varlığı hükmün uygulama alanının bakımından tek başına yeterlidir.

Temel sözleşmenin taraflarından bir tanesi müşteri iken diğerini ise müşteri ile sözleşme ilişkisi bulunan ve haksız rekabet eyleminin mağduru konumunda olan karşı kişi oluşturmaktadır. Bir başka deyişle yöneltme eyleminde bulunan üçüncü kişi bu temel sözleşmenin tarafı değildir.

Temel sözleşmenin tarafı olan müşteri kavramına ilişkin TTK ve gerekçesinde herhangi bir tanımlama yapılmamıştır. Konuya ilişkin mehz İsviçre Hukuku'nda da sadece UWG 4/a maddesinin gerekçesinde müşteri teriminin geniş yorumlanması gerektiği ve sadece tüketicilerin değil çeşitli ekonomi basamaklarında yer alan kimselerin de bu kavrama dâhil olması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁴. Mehaz kanunun gerekçesinde “Ekonomik basamak-seviye” ile ne kastedildiği açık olmamakla birlikte İsviçre öğretisinde müşteri kavramının geniş ve dar yorumlanması yönünde farklı görüşlerin olduğu da belirtilmelidir. *Pedrazzini/ Pedrazzini*'ye göre müşteri kavramı geniş yorumlanmalıdır. Müellife göre hem nihai tüketici hem de nihai tüketicinin üzerinde yer alan tüm ekonomik seviyeler, bir başka ifade ile tüm aktif ve pasif katılımcılar müşteri kavramı içerisinde ele alınmalıdır⁴⁵. Benzer şekilde *Spitz* de müşteriyi tüm pazar olarak belirterek tacir seviyesindeki müşteriler ile son tüketicilerin de müşteri kavramı içerisinde kabul etmektedir⁴⁶. Bunun karşısındaki görüşe göre ise müşteri terimi dar yorumlanmalı ve tüketiciler ile birlikte “alıcı” konumunda bulunan diğer kişiler de müşteri olarak kabul edilmelidir⁴⁷. Bu görüşü savunanların müşteriyi hangi tedarik zincirinde yer alırsa alsın alıcı sıfatı ile özdeşleştirdiği görülmektedir.

Türk hukukunda da konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur. İlk olarak *Arkan*, müşteri teriminin sadece tüketici ile sınırlı olmadığına işaret etmiştir⁴⁸. *Nomer Ertan* da hükmün kapsamına tüketici kavramından daha geniş bir şekilde müşterilerin akdetmiş oldukları tüm sözleşmelerin dâhil edildiğini zikretmiştir⁴⁹. *Paksoy* ise müşteriyi edindiği hizmet veya mal karşılığında ücret ödeyen kişi olarak tanımladıktan sonra, bir mal veya hizmet alımının söz konusu olmadığı hallerde kişinin müşteri olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Ancak müellif, bu hükmün yalnızca tüketicilerin sözleşmeyi ihlale yöneltmesine özgülenmediğini tedarik zincirinde yer alan kişilerin de alacaklı karşısında müşteri niteliğini haiz olabileceğini kabul etmiştir⁵⁰. Bunun karşısında *Sarıkaya* ise

⁴² Spitz, *UWG*, 690, dpn:16; Heizmann, *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, s. 746; Fischer, *UWG*, s. 811; Pedrazzini- Pedrazzini, *UWG*, N: 8.08.

⁴³ Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelme*, 75.

⁴⁴ Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10103763>, 1102, (27. 08. 2024).

⁴⁵ Pedrazzini- Pedrazzini, *UWG*, N: 8. 09.

⁴⁶ Spitz, *UWG*, 704; ancak yazar tedarikçileri müşteri olarak kabul etmemektedir.

⁴⁷ Carl Baudenbacher- Jochen Glöckner, *Lauterkeitsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2001), Art.4 N: 23; Jung, *UWG*, 178; Heizmann da açık şekilde hükmün tedarik edenleri içermediğini ifade etmektedir. Heizmann, *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, s. 745.

⁴⁸ Arkan, “Haksız Rekabet - Gelişmeler – Sorunlar”, 6; Aynı yönde bkz. konuyu TTK m.55/1 a,7 kapsamında ele alan Ufuk Tekin, “Müşteriyi Ek Edimlerle Sunumun Gerçek Değeri Hakkında Yanılmak Suretiyle Haksız Rekabet (TTK m.55.1.a.7)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 35/1 (2018), 174.

⁴⁹ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 289.

⁵⁰ Paksoy, *Yönelme*, 204.

bir sözleşme ilişkisinde mal veya hizmet sunan konumundaki tedarikçilerin yahut satıcıların sözleşmelerini ihlale yöneltmeleri durumunda TTK m.55/I/b,1'in uygulanmasına imkân bulunmadığını zira müşteri kelimesinin anlamı ile TTK m.54/2'deki müşteriler ile tedarik edenler sözcüklerinin ayrı ayrı zikredilmesinin yasa koyucunun bu hükmü mal veya hizmetin alıcıları ile sınırladığını ifade etmekte, ancak olması gereken hukuk açısından müellif, sadece nihai alıcıların veya tüketicilerin değil; alıcı konumunda bulunanların ayartılmalarının da hükmün kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir⁵¹.

Her ne kadar; m.54'te "bütün katılanların" menfaatine, dürüst ve bozulmamış bir rekabetin sağlanması ve böylelikle rekabet kurallarının sadece rakipler arası ilişkilere özgülenmesinin önü kapatılarak tüketicilerle birlikte tüm piyasa aktörlerinin ve kamunun da bu normların muhatabı olduğu belirtilmiş ise de kanaatimizce madde hükmün de belirtilen "müşteri" kavramı ile sadece alıcı konumunda bulunan kimselere işaret edilmektedir.

Bu kapsamda ilk olarak "müşteri" kavramının tespitinde bu kelimenin ne anlama geldiğinden hareket edilerek lafzi yoruma üstünlük tanınmalıdır. Gerçekten de kelime anlamı itibariyle müşteri; mal veya hizmet alan ve karşılığında ücret ödeyen kimsedir⁵². Müşteri dediğimiz kişi günün sonunda sözleşmenin zayıf konumunda olan "alıcıdır". TTK m.55/I/b, 1 hükmü kapsamında müşteri ile kastedilen ise iradesi yöneltilecek bir başka deyişle yöneltme faaliyeti ile var olan akit ilişkisini sona erdirmek üzere iradesi etki altına alınan ve ihlali gerçekleştirenin potansiyel sözleşme ortağı olabilecek olan kişidir. Madde hükmü ile de zaten alıcı konumunda olan müşterinin var olan sözleşmesel ilişkisi ayartan tarafından temel sözleşmeye aykırı davranılarak yine ayartan aracılığıyla piyasaya sunulan mal veya hizmetin alıcısı konumunda olabilmesi için yönlendirilmektedir. Ayartanın en nihai amacı ayartmış olduğu kimseyi kendi müşterisi yapabilmesidir. Yöneltilecek bu kimsenin de müşteri sıfatını haiz olabilmesi için günün sonunda piyasaya sunulan bu mal veya hizmete para ödeyerek alıcısı konumunda olmalıdır.

Öte yandan; m.54/2'de de "tedarik edenlerle müşteriler arasındaki" ifade ile de bu ayrım net bir şekilde belirtilmiş ve müşterinin karşısındaki kişinin hukuki anlamda tedarik eden olduğuna işaret edilmiştir. Açıkça anlaşılacağı üzere yasa koyucu tedarik eden ile müşteri kavramlarını birbirinden ayırarak dolaylı da olsa tedarik edenin TTK m.55/I/b, 1 kapsamında müşteri olamayacağını kabul etmiştir⁵³. Nitekim tedarik eden olarak tanımladığımız kimse, talep sahiplerinin belirli ihtiyaçlarını gerçekçi bir şekilde karşılayabilecek konumda olan mevcut piyasa katılımcıları⁵⁴ olup tedarikçi kavramı da ekonomik değişim ilişkisinin karakteristik özelliği olan hizmetlerin sağlayıcılarından yani satıcılardan, bir nesnenin veya hakkın kullanımını veya faydalanılmasını devreden kiraya verenlerden veya borç ve kredi verme gibi her türlü hizmetin sağlayıcılarından oluşmaktadır⁵⁵.

Bu noktada öğretide bir beyaz eşya üretim zincirinde nihai tüketicinin beyaz eşya bayisi ile yapmış olduğu sözleşmenin ihlal etmeye yöneltmesi haklı bir şekilde hükmün kapsamında olduğu kabul edilirken, bize göre isabetsiz bir şekilde üreticinin tek yetkili satıcı ile arasındaki sözleşmeye aykırı davranmak için yöneltmesi de TTK m.55/I/b,1 içerisinde değerlendirilmektedir⁵⁶. Bu fikre katılmak mümkün değildir; zira, burada yöneltmek istenen kimse üretici, diğer bir ifadeyle tedarik eden kişidir. Ayartılmak istenen kimse taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinde zayıf konumdaki müşteri değil güçlü konumdaki tedarik edendir. Bir kişinin bir diğerini hukuka ve sözleşmeye aykırı davranmak üzere

⁵¹ Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, 68.

⁵² <https://sozluk.gov.tr/>, (20.08.2024).

⁵³ Benzer şekilde 11. HD. 2.11.2017 tarih ve E. 2016/13948 K. 2017/6023 dosyası tahtında yapılan yargılama neticesinde TTK'nin 55/b-1 maddesinde başkalarının müşterilerinin söz konusu kişilerle olan sözleşmelerini ihlal etmeye yöneltmenin haksız rekabet teşkil edeceğinin düzenlendiği, hükmün lafzı dikkate alındığında burada geçen müşteri kavramına sağlayıcıların dahil olmadığı, davalının sağlayıcı konumunda olduğundan bahisle davalı ile davacı arasındaki know-how sözleşmesini feshetmeye yöneltmenin m.55/b-1 kapsamında bulunmadığına karar verilmiştir. Lexpera Bilgi Bankası, (01.09.2024).

⁵⁴ Jung, *UWG*, 178.

⁵⁵ Jung, *UWG*, 178.

⁵⁶ Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, 69.

yöneltebilmesi için kural olarak yöneltten kişinin yöneltilen kişiye nazaran daha güçlü bir pozisyonda olması gerekir ki ancak bu şekilde ayartanın ayartılanın iradesine tesiri mümkün hale gelir⁵⁷.

Ayrıca bu üretici bir başkasının ürettiği herhangi bir mal ya da hizmete talip olmamakla birlikte elde ettiği mal ya da hizmet için herhangi bir bedel de ödememektedir. Bu durum ise müşteri tanımı ile örtüşmemektedir. Görüleceği üzere örnekteki yöneltme eyleminin muhatabı müşteri değildir. Oysaki bu tek satıcıya bir başka beyaz eşya üreticisi tarafından ayartılarak teklif götürülmesi ve bu ayartma eylemi neticesinde tek satıcı tarafından üretici ile olan sözleşmesinin sona erdirilmesi hâli ise hiç şüphesiz TTK m.55/1/b, 1 uygulama alanı içerisinde kalacaktır. Zira burada yöneltme eylemine maruz kalan kimse tedarik edenin müşterisi konumundaki tek satıcısıdır.

Bu yönüyle; hükmün sadece alıcı konumundaki müşteriler ile sınırlı olduğu, TTK m.54/2’de tedarik edenler ile müşteriler arasındaki farklılığa özellikle dikkat çekildiği ve bu kapsamda yasa koyucunun tedarik edenleri müşteri kavramı içerisinde kabul etmediği belirtilmelidir. Bu itibarla biz de öğretide de haklı şekilde ifade edildiği üzere piyasaya mal ya da hizmet sunan kimselerin TTK m.55/1/b, 1 kapsamında müşteri olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki görüşe üstünlük tanınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Öğretide Nomer Ertan; TTK m.18/2 gereğince tacirin ticari işletmesi ile ilgili tüm işlemlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi ve Avukatlık Kanunu m.35/3 düzenlemesi uyarınca sözleşmeli bir avukat bulundurması gerektiğinden müşteri olan bir tacirin akdetmiş olduğu sözleşmeye aykırı davranmaya yönlendirilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir⁵⁸. Bu halde müellife göre eğer sözleşmeyi ihlale yönelik davranışlar saldırgan satış yöntemi olarak nitelendirilebiliyorsa m.55/1/a, 8 uyarınca; eğer bu kapsamda nitelendirilemiyorsa m.54/2 çerçevesinde haksız rekabet olarak nitelendirilmelidir⁵⁹.

Kanaatimize göre düzenlemede müşterinin gerçek veya tüzel bir kişi, tacir veya esnaf olup olmaması açısından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Hükümde müşterinin makul karar verme kabiliyetinin etkilenmiş olması aranmadığından basireti bir iş adamı gibi davranmakla yükümlü olan tacirin de ekonomik açıdan çok cazip bir teklif ile sözleşmeye aykırı davranmaya yöneltilebilmesi mümkündür⁶⁰. Kaldı ki öğretideki bu görüşün kabulü ile birlikte, uygulamada meydana gelen ayartma eylemlerinin çoğunluğunun tacirler tarafından icra edildiği düşünüldüğünde, hükmün uygulama alanı son derece kısıtlanacak bir başka deyişle hüküm işlevsiz bir hale bürünecektir.

B. Yöneltme eylemi

Her ne kadar madde metninde geçen “yöneltme” ibaresi ile “ayartma” kavramları sözlük anlamları itibariyle eş anlamlı sözcükler olmasa da bize göre haksız rekabet hukuku açısından bu iki kelime özdeş sözcüklerdir⁶¹. Bu sebeple çalışmamızda her iki kelimenin de birbiri yerine ikame edilmek suretiyle kullanıldığı ifade edilmelidir.

Tıpkı müşteri teriminde olduğu gibi ayartma ya da yöneltme kavramına ilişkin ne TTK ve gerekçesinde ne de mehz İsv. UWG 4/a maddesinde bir açıklama bulunmaktadır. Hal böyle olunca da yasa koyucu tarafından somut olay kapsamında bir ayartmanın var olup olmadığının tespitinin mahkemelere bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Öğretide ayartmaya ilişkin çeşitli tanımlamalar yapıldığı görülmektedir. Gibbert’e göre ayartma bir sözleşme ilişkisiyle bağlı olan üçüncü kişiyi, mevcut olan akdini sona erdirip bizzat ayartanın kendisi

⁵⁷ Kaya- Demir, *Rekabet ve Haksız Rekabet*, 171.

⁵⁸ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 290 vd.

⁵⁹ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 290 vd.

⁶⁰ Paksoy, *Yöneltme*, 205.

⁶¹ Yöneltme kelime anlamı itibariyle bir şeye belli bir yön verme, yönelmesini sağlama, çevirme veya tevcih etmek anlamına gelirken ayartma kavramı ise baştan çıkarmayı, doğru yoldan saptırmayı ifade etmektedir. <https://sozluk.gov.tr/>, (ET: 10.09.2024).

veya diğer bir üçüncü kişiyle yeni bir akdi ilişki içerisine girmesini sağlamak amacıyla etkilemektir⁶². Pedrazzini/Pedrazzini'ye göre ise ayartma; sözleşmeye bağlı üçüncü bir tarafı mevcut sözleşmesini feshetmeye ve ayartan tarafın kendisiyle veya üçüncü bir tarafla yeni bir sözleşme akdetmeye teşvik etmek amacıyla bu taraf üzerinde baskı, etki yaratılması olarak anlaşılmaktadır⁶³. Ayartmada zarar verme niyeti ön koşul olmasa da ayartanın menfaatleri baskın olup nesnel olmayan düşüncelerle bir etki söz konusudur⁶⁴.

Türk hukukunda konuyu işletme personelinin ayartılması kapsamında ele alan ancak müşterileri de kapsayacak şekilde bir tanımlama yapan Şenocak'a göre ise *"Ayartma, herhangi bir müteşebbise akdi bir bağla bağlı üçüncü kişiye; onunla işletme sahibi arasında hâli hazırda mevcut olan akdi ilişkiyi sona erdirip bizzat kendisiyle veya başka bir üçüncü kişiyle yeni bir akit yapması için harekete geçirtmek amacıyla etki icra etmektir"*⁶⁵. Gerçekten de TTK m.55/I/b,1 kapsamındaki yöneltme terimi ile üçüncü kişi tarafından bir işletmenin hali hazırdaki müşterilerini kendisi ile bizzat sözleşme yapabilmesi için var olan sözleşmeye aykırı davranmaya yönelik olarak icra edilen çeşitli davranış ve stratejilerin bütünü kastedilmektedir.

Kanaatimize göre bir davranışın yöneltme olarak nitelendirilebilmesi için her şeyden önce belirli bir yoğunluğa ulaşması⁶⁶ ve bilinçli bir çabanın ürünü olması gerekir⁶⁷. Bir başka anlatımla, bir ayartmanın varlığından bahsedilebilmesi için müşteri kendi iradesi ile değil de failin yönlendirmesi neticesinde sözleşmeyi ihlal etmeye veya sona erdirmeye kalkışmalı⁶⁸ ve müdahale de belirli bir güce varmalıdır⁶⁹. İhlalde bulunan tarafın nihai amacının bu etki sayesinde kişisel bir menfaat elde etmek olduğu da unutulmamalıdır⁷⁰. Örneğin petrol işiyle uğraşan A şirketi; ihtiyaç duyduğu yazılım programının hazırlanıp kendisine teslim edilmesi için B şirketi ile anlaşmış olabilir. B şirketinin de üstlenmiş olduğu bu işi C şirketine yaptırmak için alt işverenlik sözleşmesi imzalamış olduğunu düşünelim. İşlerin başlangıcından bir süre sonra C şirketi; A şirketine başvurup, işi zaten kendilerinin yaptıklarını, yazılımın üretilmesinde B şirketin hiçbir katkı ve çabasının bulunmadığını ima ederek işin daha düşük maliyetle yapılabileceği şeklinde beyanlarda bulunması ve B şirketinin basit bir tabir ile *"aradan çıkartılmasını"* isteyerek işin doğrudan A şirketine teslim edilebileceğini beyan etmesi ile TTK m.55/I/b, 1 hükmü açıkça ihlal edilecektir. Zira C şirketi; tarafı olmadığı temel sözleşmeyi A şirketinin iradesini daha avantajlı teklifler sunma yoluyla etkilemekte ve sona erdirmeye yönelik faaliyetler de bulunmaktadır. Buradaki teklif, sözleşmeyi ihlal etme isteğinin farkında olarak yapılmakta ve haksız rekabet teşkil etmektedir⁷¹.

Hemen ifade edilmelidir ki; aynı alanda faaliyet gösteren işletmelerin, diğer bir işletmenin müşteri çevresini kazanma amacını gütmesi ve bu kapsamda bu müşterilere ulaşarak daha cazip teklifler sunması ya da sözleşme imasında bulunması son derece doğaldır ve bu durum haksız rekabet de teşkil etmez⁷². Burada önemli olan nokta ise müşteri kapma yarışında, müşteriler üzerinde icra edilen etkinin

⁶² Iris Gibbert, *Rechtsschutz gegen sittenwidrige Abverbungen: Ansprüche des von einer Abwerbung betroffenen Arbeitsgebers gegenüber dem Abwerbenden und seinen Mittelsmännern*, Diss, (Giessen: 1997), 5 vd. Akt: Şenocak, "İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m.56 vd.) Değerlendirilmesi", 194.

⁶³ Pedrazzini- Pedrazzini, *UWG*, N: 8. 12.

⁶⁴ Spitz, *UWG*, 698.

⁶⁵ Şenocak, "İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m.56 vd.) Değerlendirilmesi", 195.

⁶⁶ Poroy- Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 427; Heizmann, *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, s. 745; Kaya- Demir, *Rekabet ve Haksız Rekabet*, 171.

⁶⁷ Fischer, *UWG*, s. 813 vd.; Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, 87.

⁶⁸ Kaya- Demir, *Rekabet ve Haksız Rekabet*, 167; Pedrazzini- Pedrazzini, *UWG*, N: 8. 15.

⁶⁹ Pedrazzini- Pedrazzini, *UWG*, N: 8. 15.

⁷⁰ Spitz, *UWG*, 705.

⁷¹ Spitz, *UWG*, 698.

⁷² Şenocak, "İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m.56 vd.) Değerlendirilmesi", 196; Poroy- Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 427; Fischer, *UWG*, s. 815.

niteliğidir⁷³. Müşterinin iradesi üzerinde baskı kurularak, objektif olmayan değerlendirmeler ile ayartanın menfaati doğrultusunda hareket etmeye yöneltmesi söz konusu ise bu durum normun ihlali olarak kabul edilmelidir⁷⁴. Zira yöneltme ile müşterilerin iradeleri etki altına alınarak geciktirme veya engelleme yollarıyla satın alma kararlarına müdahalede bulunmaktadır⁷⁵. Örneğin bir bankanın yeni gelen müşterilere promosyon sunması, bir otelin veya spor salonun diğer işletmelerdeki müşterilere özel indirimler uygulaması ilgili rekabet piyasasında ticari avantaj elde edilebilmesi için kabul edilebilir uygulamalardır. Ancak *“C bankasının sadece A bankasından gelen müşterilere özel promosyon sunması”* veya *“bir otel zincirinin sadece rakip bir otelde konaklayan müşterilere özel indirim ve sadakat programı başlatması”* ya da *“A spor salonunun sadece B spor salonundan gelen ve sözleşmesini ibraz eden üyelere özel indirim uygulaması”* kanaatimize göre TTK m.55/I/b,1’in ihlâli niteliğindedir. Zira burada da belirli bir müşteri kitlesi hedef alınmakta ve iradeleri tesir altında bırakılarak ayartanın menfaatine uygun hareket etmeye zorlanmaktadır.

Benzer şekilde müşteri kitlesinin analiz edilip bu veri analizine dayalı stratejiler geliştirilerek belirli bir müşteri grubunun hedef alınması hali de TTK m.55/I/b, 1 kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin bir kozmetik şirketinin yapay zeka destekli veri analizi yolu ile sadece rakip şirketin ürünlerini şikayet eden kullanıcıların gönderilerine otomatik olarak *“Şikayete son, bizim ürünlerimizi deneyin, biz daha kaliteli ve daha ucuz ürünler sunuyoruz”* şeklinde yorum bırakması bu kapsamdadır.

Diğer yandan, akit taraflardan bir tanesini sözleşmeyi sona erdirmesi için baskı altına almak, fesih halinde doğabilecek tazminat sorumluluğunu üstlenebileceğini taahhüt etmek⁷⁶, imza parası sunmak ya da istenilen şartlarda sözleşme imzalanacağı vaat etmek yöneltme eyleminin tespitinde kullanılabilecek başlıca kriterler olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁷.

Nitekim Yargıtay 11. HD. 05. 04. 2021 tarihli 2020/2201 E. ve 2021/3297 K. dosyası tahtında vermiş olduğu kararında *“mahkemece, somut olayda olduğu gibi daha uygun şartlarda sözleşme yapacağını belirterek kişileri sözleşmenin tarafını değiştirmeye davet etmenin haksız rekabet teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılmışsa da, davalıların yukarıda belirtilen eylemlerinin sözleşmeyi ihlale ve sona erdirmeye yöneltme noktasında belli bir yoğunluğa ulaştığı, salt daha iyi şartlarda sözleşme yapacağını belirtmekten ibaret olmadığı, davalıların, davacı şirketi kötüleyen açıklamalarda bulunarak ve davacıyla olan sözleşmelerin feshi halinde doğabilecek tazminat sorumluluğunu da üstlenerek kat maliklerini sözleşmeyi sona erdirmeye yönelttikleri anlaşıldığından mahkemece varılan bu sonuç da isabetli bulunmamıştır. Bu itibarla, mahkemece, davalıların yukarıda belirtilen eylemlerinin TTK’nın 55/1-a-1 ve 1/1-b-1 maddesinde düzenlenen haksız rekabet fiillerini teşkil ettiği gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken”* yönündeki hükmü ile somut uyuşmazlıkta yöneltme eyleminin mevcudiyeti bakımından belli bir yoğunluğa ulaşma ve tazminat sorumluluğunun üstlenilmesi şeklinde benzer tespitlerde bulunmuştur⁷⁸.

Ancak yüksek yargının vermiş olduğu bir başka kararında ihale makamına ihaleyi kazanan şirkete yönelik olarak *“herhangi bir referansı ve tecrübesi yoktur”* şeklinde beyanda bulunulmasını bir yandan yasanın 55/I/a, 1 maddesinde düzenlenen gereksiz yere incitici nitelikte bir beyan olarak kabul ederken diğer yandan ise 55/1/b maddesindeki sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek hali olarak nitelendirmesi kanaatimizce isabetsizdir⁷⁹. Zira karardan anlayabildiğimiz kadarıyla, davalı ihale makamına sadece davayı kazanan şirketin konusunda yeterli referansı ve tecrübesi olmadığını bildirmekle yetinmiştir. Diğer bir anlatımla, davalının eylemi idarenin iradesi üzerinde herhangi bir

⁷³ Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltme*, 88.

⁷⁴ Pedrazzini- Pedrazzini, *UWG*, N: 8. 15.

⁷⁵ Spitz, *UWG*, 699.

⁷⁶ Poroy- Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 427.

⁷⁷ Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltme* s. 91.

⁷⁸ Lexpera Bilgi Bankası, (03.09.2024).

⁷⁹ Yargıtay. 11. HD., 31.10.2017 tarih ve E. 2016/3835 K. 2017/5898, Lexpera Bilgi Bankası, (04.09.2024).

baskı olarak görülemeyeceği gibi belirli bir yoğunluğa da ulaşmamıştır. Kaldı ki, somut olayda ilk derece mahkemesince yapılan yargılamada da ihaleyi kazanan şirketin elinde bulunan mesleki yeterlilik belgelerinin ihale konusu elektrik güçlerini karşılamadığı da tespit edilmiş olmasına rağmen yüksek yargı kararında bu hususa hiç değinilmemiştir. Davalının; ihaleyi kazanan şirketin ihale sözleşmesindeki şartların yerine getirmediğini düşünmekte ise bu yönüyle idareye başvuruda bulunarak konu hakkında yeniden bir değerlendirme yapılmasını ve ihalenin iptal edilmesi yönünde yasal bir itiraz hakkının bulunduğu da kararda göz ardı edilmiştir.

Öte yandan uygulamada ayartanın çoğu kez rakip şirketin satış-pazarlama gibi doğrudan müşteriyle iletişimi olan ve müşteri portföyüne haiz kimseleri kendi işletmesine katmak suretiyle rakiplerinin müşterilerini ele geçirerek haksız rekabette bulunduğu da görülmektedir. Bu kapsamda; su pompası üreten bir şirkette satış müdürü olarak çalışan A'nın, şirketten ayrıldıktan sonra, herhangi bir rekabet yasağı söz konusu değil ise, aynı alanda faaliyet gösteren bir başka şirkette çalışması ve ayrıldığı işyerindeki müşterilerle yeni şirket çatısı altında da iletişim halinde olması başlı başına haksız bir rekabet teşkil etmemektedir. Zira, her iki şirketin aynı müşteri kitlesine üretilip pazarladıkları ürünleri satmaları, satış için tanıtım, reklam, promosyon ve strateji geliştirmeleri ve bu kapsamda tecrübeli bir personeli rakip şirketten daha iyi çalışma şartları ile istihdam etmesi serbest rekabet ortamının kaçınılmaz bir gereğidir⁸⁰. Örneğimizdeki Bay A'nın elinde bulundurduğu müşteri listesindeki kişilere yeni şirket çatısı altında teklifler sunması ve bu kişileri yeni şirkete müşteri olarak kazandırmaya çalışması, müşteri listesinin ticari bir sır olmaması sebebiyle hukuka aykırı bir eylem olarak kabul edilemez⁸¹.

Ne var ki müşteri bilgisine haiz olan bir personel iş ilişkisi sona erdikten sonra;

- yeni işvereni ile ticari müşteri listesine, fiyat politikasına, malların nasıl ve hangi zaman aralıklarında teslim edildiğine ve sözleşmelerin hangi koşul ve şartlar altına altında yapıldığına ilişkin belgeleri paylaşmışsa⁸² veya
- müşterilere dönük olarak *"karşı tarafın size bundan aşağı bir teklif sunma şansı yok, teklif edebilecekleri ücreti biliyorum, zaten karşı taraf size teklif ettiği malı da Çin'de ürettiriyor, bu teklifim sizin için daha avantajlı"* şeklinde beyanlarda bulunarak müşterinin karar verme özgürlüğünü etki altına almış ise
- elinde bulunan portföy bilgileri sayesinde bu müşterilere e-posta mesajları gönderilerek bu mesajların da ayrıldığı şirketten geldiği izlenimi yaratılmış ise⁸³ kanaatimize göre belirtilen her bir durum özelinde yöneltmenin varlığı ayrı ayrı kabul edilmelidir.

Son olarak yöneltme fiili temel sözleşmeye aykırı davranılmasına yönelik olmalıdır. Bir başka deyişle ayartanın yönelttini ayartmasının en nihai amacı, ayartılanın diğer kişilerle var olan temel sözleşmesine aykırı davranılmasını sağlamak ve günün sonunda da ayarttığı müşterinin kendisi ile akitleşerek sözleşme ilişkisi içerisinde bulunduğu tarafın yerini almaktır⁸⁴. Bu aykırılık var olan sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi şeklinde olabileceği gibi akit ile üstlenilen borcun tam ve gereği gibi ifa edilmeyerek ihlali olarak da karşımıza çıkabilir. Yukarıda da ayrıntıları ile izah edildiği üzere üçüncü kişi tarafından sözleşme ilişkisinin sona ermesi için bir çaba gösterilmiş olsa da eğer temel sözleşme ilişkisi bu etkileme eylemi neticesinde de tam ve gereği gibi ifa edilmeye devam etmekte ise bu halde artık "yöneltmeye" bağlı bir haksız rekabetten söz etmek mümkün değildir.

⁸⁰ Yargıtay.11. HD., 13.6.2023 tarihli, E. 2022/60 K. 2023/3714, Lexpera Bilgi Bankası, (05.09.2024).

⁸¹ Yargıtay. 11. HD., 23.11.2022 tarihli, E. 2021/4107 K. 2022/8250, Lexpera Bilgi Bankası, (05.09.2024).

⁸² Yargıtay. 11. HD., E. 13.6.2023 tarihli, 2022/60 K. 2023/3714, Lexpera Bilgi Bankası, (05.09.2024).

⁸³ Yargıtay. 11. HD., 08.03.2011 tarihli, E. 2009/3226 K. 2011/2411, Lexpera Bilgi Bankası, (05.09.2024).

⁸⁴ Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltme*, 93 vd.

C. Ayartmanın amacı

TTK m.55/I/b, 1 kapsamında yöneltenin nihai amacı yöneltilemle sözleşme yapabilmektir⁸⁵. Ayartan ayartma eylemi ile ayartılanın tarafı olduğu temel sözleşmenin ortadan kaldırılmasını ve müşterinin kendisi ile akit kurmasını arzulamaktadır. Nitekim ayartan günün sonunda hukuka aykırı yollara diğery piyasa aktörlerinin elindeki müşteriye onlardan kopartıp kendi bünyesine katmak için başvurmaktadır. Zaten madde metninde de “müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için” ibaresine özellikle yer verilmiştir. Yasa koyucunun burada hukuka aykırı olarak gördüğü davranış modeli failin müşteriyle kendisinin sözleşme yapabilmesi için müşterinin bir başkası ile olan sözleşmesine aykırı davranılmasına ilişkindir.

Öğretide; ayartan müşterinin kendisi dışındaki üçüncü bir kişi ile sözleşme imzalaması amacıyla ayartmanın gerçekleştirilmiş olması halinde de bu davranışın TTK m.55/I/b,1’in kapsamında görülmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁶. Türk Hukuku’nda bu görüşü savunan Sarıkaya’ya göre yöneltme faaliyetinden bu faaliyeti gerçekleştiren kişi değil de bir başkası yararlanıyor olsa bile yöneltmenin mağduru karşı sözleşen için sonuç değişmeyerek rekabet ortamını etkilemektedir⁸⁷.

Kanaatimize göre bu görüşe de katılma imkânı bulunmamaktadır. Yasa koyucu madde metnini düzenlerken mehzaz kanunda yer almayan “bizzat” kelimesine özellikle yer vererek ayartanın müşteri ile sözleşme ilişkisi kurma niyet ve amacını hükmün uygulama alanı bakımından şart koşturmuştur. Özellikle ticari yaşamda hiçbir tacir veya esnaf kendisi ile sözleşme kurmayacağını bildiği bir müşterinin başkalarıyla var olan sözleşmelerini dikkate almayacağı gibi ticari faaliyeti kapsamında müşterinin var olan sözleşmelerini de haksız yere engellemeye çalışmaz.

Ayartan, sözleşmenin ihlali veya sona ermesi neticesinde bu durumdan kendisinin fayda göreceğini düşünerek yöneltme faaliyetinde bulunmakta olup ayartanın hüküm kapsamında üçüncü kişi lehine avantajlı bir durum yaratma niyeti bulunmamaktadır⁸⁸. Bir başka anlatımla, yönelten ayartma faaliyeti sonucunda kendisine bir fayda sağlanacağına inanmaktadır. Bir kimsenin, sırf üçüncü kişi fayda sağlasın diye hukuka aykırı bir yola başvurusu ve bu surette müşterinin var olan sözleşme ilişkisini ihlal etmeye çalışması hayatın olağan akışına aykırı olduğu gibi özellikle ayartan tacirler bakımından basiretli davranma yükümlülüğünün de ihlali anlamını taşımaktadır.

Bu noktada ifade edilmelidir ki; her ne kadar sözleşmeyi ihlale yönelten kişinin nihai amacı sözleşme yapmak olsa da ihlale yöneltilem kişi ile neticede akit yapmış olması gerekmez, bu türden bir kastı taşıması ve hamili olması hükmün uygulama alanı bakımından yeterlidir⁸⁹.

III. Ayartmanın İspatı

Sözleşmeyi ihlale yönelten davranışların ispatı son derece güç olduğundan çalışmamız bakımından bu konu üzerinde de kısaca durulmanın faydalı olacağı düşünülmektedir. Bilindiği üzere haksız rekabet davalarında da tıpkı diğery davalarda olduğu gibi davacı iddiasını ispatla mükelleftir. Haksız rekabete maruz kaldığı iddiasında olan taraf bu iddiasını somut ve her türlü tartışmadan ari bir şekilde ortaya koymak zorundadır. Ne var ki ayartma neticesinde müşterilerini kaybeden bir kişinin bu ayartma eylemini ispatlaması diğery haksız rekabet hallerine oranla son derece güçtür.

Yöneltme eylemi, çoğu kez yönelten ile yöneltilem arasındaki özel görüşmelerde gerçekleşmektedir. Örneğin ayartan; ev ziyareti, telefonla arama mesajlaşma, e-posta gönderimi, imza parası ve aynı yardımda bulunma gibi uygunsuz çıkar sağlama gibi yol ve yöntemlerle yöneltme faaliyetinde

⁸⁵ Pedrazzini- Pedrazzini, *UWG*, N: 8.17; Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltme*, 93.

⁸⁶ Baudenbacher- Glöckner, *UWG*, Art.4, N: 20; Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltme*, 96.

⁸⁷ Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltme*, 97.

⁸⁸ Spitz, *UWG*, 706.

⁸⁹ Kaya- Demir, *Rekabet ve Haksız Rekabet*, 169; Pedrazzini- Pedrazzini, *UWG*, N: 8.17; Heizmann, *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, s. 745.

bulunmaktadır⁹⁰. Hal böyle olunca da yöneltme fiilinin varlığını ortaya koyacak deliller de ayartan ve ayartılan arasında gizli kalmaktadır. Dava dosyanın özünü ayartıldığı iddia olunan dava dışı müşterilerin beyanının oluşturacağı düşünüldüğünde⁹¹ çoğu kez ayartılan, ayartmanın varlığına ilişkin delileri yargılama sırasında kendisin de bu durumdan zarar göreceği düşüncesiyle saklamakta, bir başka anlatımla dosyaya sunmamaktadır. Maddi gerçeği araştırmakla yükümlü olan hâkim ise önüne sunulan verilerle sınırlı bir yargılama yetkisi bulunduğu için ayartmaya bağlı haksız rekabet davalarının geneline yakını, ihlal tam olarak ispatlanamadığı için reddetmektedir⁹². Bu durum ise ayartma eyleminde buluna kişi bakımından hem herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamaya hem de rekabet piyasasında kendisini bir adım öteye taşımasına imkân tanımaktadır. Diğer yandan ise bu hâl, ticari yaşamda cezasızlık algısının oluşumuna sebebiyet vererek daha fazla ihlalin oluşumuna vücut vermektedir.

Sorunun çözümüne yönelik bir öneri olarak, ayartmaya bağlı haksız rekabet davalarında yaklaşık ispat aranarak hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta ortaya çıkan sonuca göre bir karar tesis etmesi verilebilir. Örnek olarak; A şirketi, aynı sektörde faaliyet gösteren B şirketinin satış müdürü ile akşamları bir restoranda yemek yiyerek ve müdüre daha fazla ücret teklif ederek kendisi ile çalışmaya ikna ettiğini kabul edelim. Bu iknanın altında ise B şirketinin amacı, müdürün A şirketindeki müşterilerine ulaşmak ve A şirketinin fiyat politikasının altında daha cazipler teklif sunarak A şirketinin müşteri portföyünü ele geçirmek olduğunu da unutmayalım. Yeni şirketinde çalışmaya başlayan müdürün de işverenin isteği doğrultusunda, A şirketinin müşteri portföyüne yönelik yoğun bir şekilde A şirketinin sunabileceği tekliflerin altında teklifler sunduğunu ve müşterilerin büyük bir kısmının da artık B şirketinin müşterisini olduğunu kabul edelim. Bu halde, TTK m.55/1/b, 1 kapsamında haksız rekabete maruz kalan mağdur A şirketi haksız rekabetin varlığını nasıl ispatlayacaktır? Zira açılan bir davada B şirketinin savunması aynı alanda faaliyet gösteren şirketler olduğu, müşterilerin aynı olmasının doğal olduğu, yetenekli bir personelin transfer edilmesinin de başlı başına bir haksız rekabet teşkil etmediği yönünde olacaktır. Kaldı ki müdürün de mevcut işvereni aleyhine, davacı lehine tanıklık yapması zaten beklenemeyecektir. Oysaki maddi gerçeklik bu yönde olmayıp, B şirketi sırf A şirketinin müşterilerini ele geçirmek için çalışanı daha yüksek bir maaş teklif ederek ayartmış ve kendi bünyesine katmıştır. B şirketinin nihai amacı A şirketinin ekonomik olarak mahvına neden olarak rekabet piyasasının dışına atabilmektir.

Bilindiği üzere Türk hukukunda yaklaşık ispat uygulamasına ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz gibi geçici hukuki koruma tedbirlerinde sıklıkla başvurulmaktadır. Tam ispatta, hâkimin, iddia edilen olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine tam olarak inanması, bu konuda makul ve kabul edilebilir bir şüphenin olmaması gerekirken, yaklaşık ispatta ise hâkim, ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmeli, iddia edilen olayın doğru olma ihtimali, doğru olmama ihtimaline göre ağır basmalıdır⁹³. Çalışmamız bakımından konuyu ele aldığımızda, her ne kadar yasada açıkça belirtilmeyen hâllerde hâkim tam ispatı aramak zorunda olsa da ayartan ile ayartılan arasındaki ilişkiler çoğu zaman gizli kalmasından ötürü hâkim dava dosyasına sunulan somut veriler ışığında ayartma olma ihtimalinin olmama ihtimaline “ağır

⁹⁰ Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, 185 vd.

⁹¹ Kaya- Demir, *Rekabet ve Haksız Rekabet*, 172.

⁹² Yargıtay. 11. HD., 18.5.2023 tarihli E. 2021/9194 K. 2023/3074 dosyası tahtında “davalının davacı çalışanlarına iş teklifi götürdüğü ve bu şekilde kendi şirketinde çalıştırarak davacı şirketi zarara uğratmayı amaçladığı iddiasının inandırıcı delillerle kanıtlanamadığı, dinlenen tanık anlatımları ve dosya kapsamı delillere göre davalının haksız rekabet sayılabilecek eylemi ile davacı ve dava dışı ... firması arasındaki sözleşmenin feshine neden olduğu iddiası kanıtlanamadığından davalının davacının zararından sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle” davanın reddine karar vermiştir. Benzer yönde 11. HD., T. 27.3.2024 tarih ve E. 2022/5907 K. 2024/2489 “bunun dışında dosyada davalının, davacıların işçilerini ayarttığına dair de bir delil bulunmadığı, bir kısım çelişkili tanık beyanlarının da haksız rekabet iddiasını ispata yeterli olmadığı gerekçesiyle” İlk Derece Mahkemesince tesis edilen davanın kabulü yönündeki kararı kaldıran Bölge Adliye Mahkemesinin davanın reddi yönündeki kararını onama yoluna gitmiştir. Aynı yönde 11. HD., 13.6.2023 tarih E. 2022/60 K. 2023/3714; 11. HD., 22.5.2023 tarih ve E. 2021/8960 K. 2023/3137; 11. HD., 23.11.2022 tarih ve E. 2021/4107 K. 2022/8250; 11. HD., 9.12.2019 tarih ve E. 2019/999 K. 2019/7975; 11. HD., 16.12.2019 tarih ve E. 2019/626 K. 2019/8176; 11. HD., 2.11.2017 tarih ve E. 2016/13948 K. 2017/6023; Lexpera Bilgi Bankası, (ET: 08.09.2024).

⁹³ Ahmet Başözen, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/ Özel Sayı (2014), 656.

geldiği” yönündeki kanaati yeterli sayarak yaklaşık ispat ölçüsü çerçevesinde⁹⁴ haksız rekabetin varlığına hükmetmelidir. Olması gereken hukuk açısından ise yasa koyucu TTK m.55/I/b, 1’e dayalı haksız rekabet davalarında tam ispat yerine yaklaşık ispatın yeterli olacağı yönünde bir yasa değişikliği yapmalıdır.

Bu kapsamda hâkim, uyuşmazlık konusunu bir bütün olarak değerlendirmeli ve ortaya çıkan sonuca göre vicdani kanaati şekillenmelidir. Nitekim ispat ölçüsünün, ispat yükü taşıyan tarafın ispat zorluğu veya imkânsızlığı içinde bulunması durumunda düşürülmesi, yargılamada silahların eşitliği ilkesinin de bir sonucu olarak görülmesi gerekir⁹⁵. Örneğimizden yola çıkacak olursak, yapılan yargılama neticesinde;

- B şirketinin tekliflerinin çoğunun A şirketinin müşterilerine yönelik olduğu,
- B şirketinde müdürün transfer edilmesinden sonra elde edilen cironun büyük bir kısmının A şirketinin müşterilerinden elde edilen gelire dayandığı⁹⁶,
- B şirketin aynı müşterilere sürekli olarak A şirketinden daha düşük teklifler verildiği,
- B şirketinin müşteri portföyünün büyük bir çoğunluğunun A şirketinden gelen müşterilerden oluştuğu,

yapılan yargılama neticesinde ortaya çıkarılmış ise kanaatimizce ortaya çıkan sonuç ihlalin varlığı yönünde olup ispat edilmek istenen haksız rekabet hali muhtemel görülmeli ve iddia edilen olayın doğru olma ihtimaline üstünlük tanınmalıdır.

Nitekim haksız rekabet hukuku ile yakından ilişkili olan rekabet hukuku açısından da durum benzerlik taşımaktadır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun (RK) m.59/2 uyarınca rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir⁹⁷. Benzer şekilde RK’nın 59.maddesi de ispat yükünü belirli hallerde tersine çevirmekte ve zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükünün davalılara geçeceğini hükme bağlamaktadır.

Görüleceği üzere rekabet hukuku açısından teşebbüslerin rekabeti önlemeye yönelik niyetlerini herhangi bir şekil şartı ile sınırlı olmaksızın, bazen ajandaya eklenen bir yazı ile bazen de rakiplerin bir araya gelip kahvaltı organize etmesi ile ez cümle herhangi bir şekilde rekabeti ihlal edici amaçlarını ortaya koymaları, RK’nın ilgili hükümleri kapsamında değerlendirilmesi için yeterli kabul edilmekte, tam bir ispat aranmamaktadır⁹⁸. Bu yönüyle rekabet hukukundaki ispat yöntemlerinin de bir düşünce

⁹⁴ Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1999), 219.

⁹⁵ Başözen, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı”, 659.

⁹⁶ Nitekim, Yargıtay. 11. HD., 5.4.2016 tarihli E. 2015/7997 K. 2016/3672 sayılı dosya nezdinde yapmış olduğu yargılamada “Davacı tarafça, eski çalışanı olan diğer davalı ... ile yine eski çalışanı olan dava dışı ...’ın müvekkili şirket nezdindeki işlerinden ayrıldıktan sonra davalı şirkette işe başladıkları, bu tarihten sonra müvekkili şirketin müşterisi olan dava dışı şirketle hiç ağır taşıma ilişkisi olmayan davalı şirketin yüksek meblağlı işler yaptığı, davalı şirketin işçi ayartmak suretiyle haksız rekabette bulunduğu ileri sürülmüş olup mahkemece, bu iddialar yeterince değerlendirilmeden ve denetime elverişli bir gerekçe de gösterilmeden davalı şirket yönünden de davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, dosyada mübrez bilirkişi raporunda da davalı gerçek kişinin davacı nezdindeki işinden ayrılıp davalı şirkette işe başlamasından sonra davalı şirket ... ile ticari ilişkisinin arttığı yönünde tespitler bulunmaktadır.” yönündeki gerekçe ile ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

⁹⁷ Rekabet Kanunu açısından 4. madde uyarınca yasaklanan anlaşmaların herhangi bir şekil şartına bağlı olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Rekabet Hukuku’nun uygulanması bakımından önemli olan rekabetin sınırlandırılması veya rekabetin sınırlandırma tehlikesidir. Rekabet Kurulu’nun Ankara Altındağ Belediyesi - Ankara Motor Yenileme ve diğerleri hakkındaki 01-10/100-24 sayılı kararı kenar no. I.4.1, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=f09d625d-f17d-4dcb-a741-2fe4dae2b397>, (10.09.2024).

⁹⁸ Rekabet Kurulu’nun Avcılar Un ve Unlu Mamuller Üretim ve Pazarlama Kooperatifi ve diğerleri hakkındaki 99-49/536-337 (a) sayılı kararı kenar no. D I ac, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=6b5c6d16-7a9b-42e1-8110-b683068f682a>, (10.09.2024).

olarak TTK m.55/I/b,1 hükmüne dayalı olarak açılan davalarda kullanılabilmesi gerektiğini bir düşünce olarak tavsiye etmekteyiz.

Sonuç

Yasa koyucu rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamaları haksız rekabet olarak nitelendirmiştir. Söz konusu hükümlerin sevk edilme amacı ise piyasa ekonomisinde hukuka uygun, dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının sağlanmasıdır.

Ticari hayatta sıklıkla karşılaşılan haksız rekabet örneklerinden bir tanesi de TTK m.55/I/b ile düzenlenen “sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek” hâlidir. Bu düzenleme ile sözleşmeyi ihlal etmek veya sözleşmeyi sona erdirmek mutlak suretle yasaklanmamış; ancak, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin kendisine menfaat temin etmek amacıyla tarafı olmadığı temel bir sözleşmenin ihlaline veya sona erdirilmesine yönelik sözleşenlerden bir tanesinin iradesi üzerinde etki etmesine veya baskı kurmasına izin verilmemiştir.

Bu kapsamda çalışmada öncelikle; TTK m.55/1/b hükmünün kapsamına değinilmiş ve ilk olarak maddede sayılan hallerin doğrudan yasa ile yasaklanmış olmasından ötürü bu davranış modellerinin, öğretideki baskın görüşten ayrılarak BK m.49/2’de belirtilen ahlaka aykırı fiil olarak nitelendirmenin mümkün olmadığı, hükmün geneli itibarıyla BK m.49/1’de düzenlenen hukuka aykırı fiiller kapsamında ele alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Düzenleme ile akit ilişkisinin tarafı olmayan bir kimsenin, sözleşme taraflarından biri üzerinde icra ettiği ayartma faaliyeti ile kendisine veya bir başkasına avantaj elde etmesi ve müşteriyi kendi bünyesine katmak amacıyla rakiplerinin geçerli bir şekilde kurdukları sözleşmelere müdahalede bulunmasının engellenmeye çalışıldığına da işaret edilmiştir.

Ayrıca çalışmada, temel sözleşmenin tarafı olan müşteri kavramına ilişkin TTK ve gerekçesinde herhangi bir tanımlama yapılmamış olsa da müşteri kavramı ile sözleşmenin zayıf konumunda olan “alıcının”, bir başka anlatımla “potansiyel sözleşme ortağı olabilecek olan kimsenin” kastedildiği ifade edilmiştir.

Kanaatimizce “yöneltme” ve “ayartma” fiillerinin haksız rekabet hukuku açısından aynı anlama geldiği belirtildikten sonra öğretideki görüşler uyarınca yöneltme faaliyetinin ne anlama geldiği konusu üzerinde de durulmuştur. Buna göre, üçüncü kişi tarafından bir işletmenin hâlihazırdaki müşterilerini kendisi ile bizzat sözleşme yapabilmesi için var olan sözleşmeye aykırı davranmaya yönelten çeşitli davranış ve stratejilerin bütünü ayartma olarak kabul edilmelidir. Yasa koyucu madde metnini düzenlerken mehzaz kanunda yer almayan “bizzat” kelimesine özellikle yer vermiştir. Böylece her ne kadar ayartanın müşteri ile sözleşme ilişkisi kurma niyet ve amacını hükmün uygulama alanı bakımından şart koşmuş olsa da çalışmamızda hükmün kapsamı bakımından ihlale yöneltlen kişi ile akit yapılmış olması gerekmemekte olup bu türden bir kastı taşımasının ve hamili olmasının yeterli olacağına kanaat getirilmiştir.

Son olarak ise yöneltme eylemi, çoğu kez yönelten ile yöneltlen arasındaki özel görüşmelerde gerçekleştiği için bu eyleme bağlı davalarda vakıaların ispatı açısından tam ispat kuralı yerine yaklaşık ispat normlarının uygulanmasının daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Tıpkı rekabet hukukunda olduğu gibi hâkim, uyuşmazlık konusunu bir bütün olarak değerlendirdikten sonra ortaya çıkan sonuca göre karar vermelidir. Davada ispat edilmek istenen haksız rekabet halinin olayın doğru olmama ihtimaline daha ağır geldiği hallerde mahkemece haksız rekabete hükmedilmelidir.

Kaynakça

- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017).
- Arkan, Sabih. “Haksız Rekabet - Gelişmeler – Sorunlar”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 22/4 (2004), 5- 20, (Haksız Rekabet).
- Ardıyok, Şahin. *Regülasyon Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Ayhan, Rıza- Çağlar, Hayrettin- Özdamar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Baudenbacher, Carl- Glöckner, Jochen. *Lauterkeitsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2001.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul: Beta Basım, 2023.
- Bahtiyar, Mehmet- Ayli, Ali- Şua, Mehmet F.- Karamanlioğlu, Argun. *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul: Beta Basım, 2022.
- Barlas, Nami. “Başkasının Sözleşme İlişkisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Başözen, Ahmet. “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/ Özel Sayı (2014), 653- 694.
- Bozer, Ali- Göle, Celal. *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Bozkurt, Tamer. *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Can, Mustafa. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 69 (2007), 151- 176.
- Davran, Cahit. “Ahlâka Aykırılık Sebebiyle Mes’uliyet (Borçlar Kanunu 41/II Üzerine Bir İnceleme)”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 29/6 (1955), 268- 285.
- Fischer, Damian A. *UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Zürich: Dike Verlag AG, 2018
- Gibbert, Iris. *Rechtsschutz gegen sittenwidrige Abwerbungen: Ansprüche des von einer Abwerbung betroffenen Arbeitsgebers gegenüber dem Abwerbenden und seinen Mittelsmännern*, Diss, Giessen: 1997.
- Heizmann, Reto. *Wettbewerbsrecht II Kommentar, VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM, THG*, Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021.
- Jung, Peter- Spitz, Philippe. *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bern: Stämpfli Verlag, 2016.
- Karakılıç, Hasan. “Piyasa Ekonomisi Açısından Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 32/3 (2016), 107- 151.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku, 1-Giriş, Ticari İşletme*, İstanbul: Güzel İstanbul Matbaası, 1960.
- Kaya, Arslan- Demir, Koray. *Rekabet ve Haksız Rekabet Hukukunun Esasları*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2024.

- Looschelders, Dirk- Makowsky, Mark, "Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter, Juristische, Arbeitsblätter", 44/10 (2012), <https://www.yumpu.com/de/document/read/23619305/aufsatz-ja-aktuell>, (18.08.2024).
- Moroğlu, Erdoğan. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Nomer Ertan, Fusun. *Haksız Rekabet Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.
- Nilsson Okutan, Gül. "Chapter 8: Unfair Trade Law", *Introduction To Turkish Business Law*, ed. Tuğrul Ansay, Eric C Schneider, Ankara: Wolters Kluwer Yayıncılık, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal- Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Özekes, Muhammet. *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1999.
- Öztekin, Selçuk. "Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri", *Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan*, Konya: Selçuk Üniversitesi Yayınları, 1991, 41- 429.
- Paksoy, Meliha S. *Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018,
- Pedrazzini, Mario M.- Pedrazzini, Federico A. *Unlauterer Wettbewerb UWG*, Bern: Stämpfli Verlag, 2002.
- Poroy, Reha- Yasaman, Hamdi. *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Sarıkaya, Sinan. *Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Sayhan, İsmet. "Rekabet Kavramı ve Haksız Rekabet, Rekabet Yasağı ve Rekabetin Korunması Müesseselerinin Hukuki Temeli", *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2 (2013), 101- 115.
- Sungurbey, İsmet. *Medenî Hukuk Sorunları Cilt 4*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.
- Şenocak, Kemal. "İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m.56 vd.) Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50/2, (2001), 193- 246.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku: Akid Dışı ve Akdi Mesuliyet*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tekin, Ufuk. *Tüketicilerin Haksız Rekabet Hükümlerine göre Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022 (Tüketici).
- Tekin, Ufuk. "Müşteriyi Ek Edimlerle Sunumun Gerçek Değeri Hakkında Yanıltmak Suretiyle Haksız Rekabet (TTK m.55.1.a.7)", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 35/1 (2018), (Haksız Rekabet), 171- 185.
- Tekinalp, Ünal. "Yeni Haksız Rekabet Hukukunda Amaç, İlke ve Üç Boyutluluk", *Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2016, 23- 43.
- Tekinay, Sulhi S.- Akman, Sermet- Burcuoğlu, Haluk- Altop, Atilla. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Uzun Şenol, Pınar. *Haksız Rekabet ile Rekabetin Korunması Alanları Arasındaki Hukuki İlişki*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022.
- Yasaman, Hamdi. "6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabet İle İlgili Getirdiği Yenilikler", *Kadir Has Üniversitesi Yayınları*, 2012, 33- 46.

Yasaman, Hamdi- Erdem, Ercüment- Dural, Halil Ali- Ayoğlu, Tolga- Yusufoglu, Fülürya- Yüksel, Sinan. *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

Mevzuat

TTK, Türk Ticaret Kanunu (Kanun No. 6102). Resmî Gazete 27846 (14 Şubat 2011). Erişim 18.06.2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6102&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

HMK, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Kanun No. 6100). Resmî Gazete 27836 (4 Şubat 2011). Erişim 18.06.2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6100.pdf>.

Gerekçe, Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçeleri, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri/1>, (18.06.2024).

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

Legal Security in Algeria: Between Constitutional Enshrinement and Legislative Instability

Bouzid Benmahmoud^{1*} 
Hamza Selam¹ 

¹ University of Mohamed El Bachir El
Ibrahimi, Bordj Bou Arreridj,
bouzid.benmahmoud@univ-bba.dz,
hamza.selam@univ-bba.dz,
ror.org/03e75b898

* Corresponding Author

Received: 12.08.2024
Accepted: 25.12.2024
Available Online: 07.02.2025

Abstract: This study examines the enshrinement of the principle of legal security in Algeria, focusing on its constitutionalization in the 2020 amendment. It analyzes the relationship between this constitutional recognition and the reality of the Algerian legal system, exploring the challenges facing its effective implementation. The study hypothesizes that the characteristics of the Algerian legal system are the primary factor in explaining the challenges of applying the principle, and that the 2020 constitutional reforms are significant in strengthening it despite these challenges.

Employing a multi-dimensional methodology, the study concludes that the constitutionalization of the principle represents an important step towards reforming the legislative environment, despite the persistent challenges of legislative instability. The study emphasizes the importance of the principle even in legislatively unstable systems and calls for future research to focus on the relationship between constitutional reforms and mechanisms for achieving legislative stability, to gain a deeper understanding of the principle's effectiveness in enhancing citizens' confidence in the Algerian legal system.

Keywords: Legal Security, Algeria, Constitutional Reform, Legislative Instability

Introduction

The principle of legal security is a fundamental concept gaining significant attention in contemporary democratic states. As Jean-Louis Bergel emphasizes, legal security is inherent to law, representing one of its fundamental values that enables predicting and relying on legal solutions¹. Building on this perspective, Gustav Radbruch characterizes law as a "reality whose meaning lies in subservience to justice"², while Martínez further elaborates that legal security is not antithetical to justice, but constitutes a dimension of it³. This multifaceted understanding highlights the principle's core significance in modern legal systems, ensuring stability, predictability, and the protection of fundamental rights.

In this context, Algeria stands among the few countries that have constitutionally enshrined this principle through the 2020 constitutional amendment. This constitutional recognition represents a critical step towards legislative environment reform, and a serious attempt to address the chronic legislative disruptions experienced by Algeria. As Guillaume Valdelièvre notes, every living legal system requires a delicate balance between effective legal security for citizens and the necessary adaptability of law to evolving factual situations⁴, which makes studying the application and effectiveness of this principle critically important for legal and institutional reform in light of the structural challenges of the Algerian legal system.

The research question centers on: To what extent can the constitutionalization of the principle of legal security strengthen the stability and predictability of the legal system in Algeria in light of existing challenges?

To address this problematic, the study relies on two fundamental hypotheses:

¹ Jean-Louis Bergel, "La sécurité juridique", *Revue du notariat* 110/2 (September 2008), 273.

² Eduardo García Maynez, "Justice and Legal Security", *Philosophy and Phenomenological Research* 9/3 (1948), 496.

³ Martínez G. P.-B., "Legal Security from the Point of View of the Philosophy of Law", *Ratio Juris* 8/2 (1995), 141.

⁴ Guillaume Valdelièvre, "La sécurité juridique – Le point de vue de l'avocat", *Titre VII* 5/2 (2020), 12.

Cite as (ISNAD): Benmahmoud, Bouzid – Selam, Hamza. "Legal Security in Algeria: Between Constitutional Enshrinement and Legislative Instability". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/1 (2025), 49-61. <https://doi.org/10.56701/shd.1531846>

The characteristics of the Algerian legal system constitute the main factor in explaining the challenges facing the application of the principle of legal security.

The constitutional reforms in Algeria in 2020, primarily the constitutionalization of the principle of legal security, are of great importance in strengthening this principle despite existing challenges.

This study seeks to analyze the constitutional enshrinement of the principle of legal security in Algeria and identify its manifestations, while examining the extent to which the legislator balances between the requirements of this principle and the need for necessary legislative change. It also aims to explore the interactive relationship between constitutional reforms and pressures resulting from legislative instability, in order to reach a deeper understanding of the effectiveness of the principle of legal security in achieving the desired legislative stability in the Algerian context.

To address this problematic, the study adopted a multidimensional methodology. The descriptive analytical method was employed to analyze constitutional and legal texts related to the principle of legal security in Algeria, and to describe and analyze the current situation of the Algerian legal system and its challenges. The historical method was also used to trace the development of the principle of legal security in the Algerian constitution, focusing on its enshrinement in the 2020 amendment. Additionally, the comparative tool was sometimes used to enrich the analysis and deepen understanding by comparing the application of the principle in Algeria with experiences of other countries.

I. Constitutional Enshrinement of the Principle of Legal Security in Algeria

The principle of legal security, which refers to the clarity, predictability, and stability of legal rules and their consistent application, is considered one of the most important foundations upon which the rule of law is built. This principle plays a vital role in stabilizing legal relationships and positions, while guaranteeing rights and freedoms. It has become a focal point in national constitutions, including Algeria's, which initially adopted this principle implicitly before explicitly enshrining it in the 2020 constitutional amendment.

A. The evolution of the constitutional value of the principle of legal security in Algeria

The principle of legal security is not new in its application in Algeria; rather, it has been enshrined in several successive constitutional amendments. However, its explicit recognition came through the constitutional amendment of 2020.

1. The implicit recognition of the principle of legal security before the 2020 constitutional amendment

When examining comparative constitutions, we find that the majority have not recognized the constitutional value of the principle of legal security, except for a few, such as the German and Spanish constitutions. In France, this principle still only carries legislative force, despite the Constitutional Council's acknowledgment of its requirements, such as clarity, ease of access to the law, and predictability⁵.

As for Algeria, this principle did not reach the desired level after independence under the unity of power, and its first signs did not appear until the adoption of democracy and multi-party system, pursuant to the 1989 Constitution, which was the first constitution whose provisions reflected a concern for legal security. This constitution represented a radical shift that coincided with the wave of democratic transformations that affected Third World countries during this period, which in turn affected Algeria

⁵ Fateh Khellaf, "On the Impact of Constitutionalizing the Principle of Legal Security on Attracting Investors to the Algerian Investment Market", *Journal of Legal and Social Sciences* 6/2 (June 2021), 931.

through the transition from the socialist system to the democratic system and the adoption of multi-party politics⁶.

The constitutional founder's orientation towards ensuring the principle of legal security - even if not explicitly enshrined - was clear in the 1989 Constitution, through the provision for establishing the Constitutional Council and adopting a system of constitutional review of laws, which is considered a distinctive means of protecting legal security, ensuring the supremacy of the constitution and respect for its provisions⁷.

The constitutional founder then proceeded to adopt an important mechanism in protecting legal security, pursuant to the 2016 constitutional amendment, mainly related to the establishment of the constitutional exception, enabling individuals to challenge before the judiciary any legislative or regulatory provision they believe violates their fundamental rights or freedoms guaranteed by the constitution⁸.

2. The explicit recognition of the principle of legal security in the 2020 constitutional amendment

In 2019, Algeria witnessed a popular movement that reflected citizens' aspirations for comprehensive change in the political, economic, and social systems. The absence of legal security was one aspect of the deep crisis society faced, contributing to declining public trust in the legal and political system.

The 2020 constitutional amendment came as part of comprehensive reforms, establishing legal security as one of the fundamental pillars in building the new state. The constitution's preamble, in its fifteenth paragraph, laid down essential guarantees: balanced separation of powers, judicial independence, and legal protection, while explicitly ensuring legal and democratic security.

These guarantees were deepened in Article 34, which placed clear obligations on the state: making legislation accessible, ensuring legal texts are clear, and maintaining their stability. These commitments came to address real problems citizens had lived through - from sudden changes in laws to complexities in understanding and applying them.

Today, implementing legal security faces new challenges, especially with accelerating technological development and complex transactions. The requirement is no longer just stable laws, but flexible legislation that keeps pace with the times while protecting citizens' rights.

This transformation in the constitutional structure reflects a deep understanding of the need for comprehensive reform. Establishing legal security as an independent constitutional principle represents one step in a long path toward renewing trust between citizens and state, building a legal and political system that responds to society's aspirations.

B. Manifestations of the constitutional enshrinement of the principle of legal security

The manifestations reinforcing the enshrinement of the principle of legal security in the 2020 constitutional amendment are clear through defining the foundations of this principle, determining its scope of application, in addition to restricting and obliging all public authorities and bodies to the contents of this principle.

⁶ Fouzia Kassi, *Requirements for Establishing the Rule of Law: Constitutionalization of the Principle of Legal Security - A Comparative Study between European and Algerian Experiences* (Algeria: University of Oran, PhD Thesis In Political Sciences, 2018), 221.

⁷ The Constitutional Council was established under Articles 153 to 159 of the 1989 Constitution, and was provided for in Articles 163 to 169 of the 1996 Constitution, as well as Articles 182 to 191 of the 2016 Constitutional Amendment.

⁸ See Article 188 of Law No. 16-01 dated March 06, 2016, including the Constitutional Amendment, Official Gazette No. 14, issued on March 07, 2016.

1. Defining the elements of legal security by explicit constitutional text

To ensure legal security that protects the fundamental rights and freedoms of both individuals and the community, the following elements⁹ enshrined in the Constitution must be available:

Achieving access to the legal text: To achieve access to the legal rule, whether constitutional or otherwise, all modern media and techniques based on advanced technology should be used to target the largest possible group of those addressed by the legal text¹⁰.

In Algeria, achieving access to the legal text is considered a constitutional principle through Article 78, paragraph 1 of the 2020 constitutional amendment: "No one can be excused for ignorance of the law."¹¹ Therefore, publication is considered the most important condition for applying this text through including the law in the Official Gazette to reach those addressed by it¹².

In this regard, we find that publication in the Official Gazette, despite its importance, is insufficient and does not achieve its intended purpose. Even legal professionals struggle to easily obtain and review relevant laws, particularly when these laws are frequently amended and reference other texts. Therefore, reconsidering another modern technique has become extremely important. This can be done by organizing the applicable legal and regulatory texts in the form of a comprehensive database, which is classified and up-to-date for laws. This will facilitate the search process, especially given the abundance of texts and amendments published in the Official Gazette.

Clarity of the legal text and its predictability: The principle of legal security can only be achieved through legal rules characterized by clarity in the text and predictability of the latter. Legal security clashes with the necessary adaptation and evolution of legal rules over time. It must be announced, communicated, and available, or at least be the logical and expected complement to previously adopted legal rules. Otherwise, those addressed by it cannot bear this development and do not consider it in their interest. The predictability of the law allows for ensuring the legal security of those addressed by it¹³.

The European Court of Justice defined legitimate expectation as: 'Any situation in reality, unless otherwise decided, is assessed in light of the applicable rules of law, and the law must be clear and precise so that the individual can know their rights and duties and take a position towards it.' This principle, while originating from European jurisprudence, has universal relevance and reflects similar concerns in the Algerian legal system. Therefore, the idea of legitimate expectation or legitimate trust means that legal rules should not be issued in a sudden manner that conflicts with individuals' legitimate expectations built on objective foundations derived from existing systems¹⁴.

It should be noted that the constitutional founder did not address the element of law predictability but rather sufficed with the three elements (achieving access to the legal text, clarity of the legal text, achieving stability) as indicated in the text of Article 34 of the Constitution.

⁹ It should be noted that the elements constituting legal security are numerous and diverse, including: the principle of equality, clarity of the legal rule, non-contradiction of legal texts, stability of contractual relationships, the predictive nature of the law, respect for acquired rights, respect for legal positions, non-retroactivity of laws, the principle of legitimate expectations. However, we have adhered to what is stated in the constitutional text.

¹⁰ Khaled Rouchou, "The Role of Constitutional Rule in Establishing Legal Security", *Journal of Public Function Studies* 3/1 (June 2018), 114.

¹¹ Article 78 of Presidential Decree No. 20-442, dated December 30, 2020, including the constitutional amendment approved in the referendum of November 1, 2020, Official Gazette No. 82, dated December 30, 2020.

¹² Fadwa Benbenaissa, "Legal Security as a Guarantee for the Protection of Human Rights and Freedoms", *Moroccan Journal of Legal and Judicial Governance* 6 (2019), 27.

¹³ Mukhtar Douini, "The Principle of Legal Security and Requirements for Its Achievement", *Journal of Legal Studies* 3/1 (June 2016), 9.

¹⁴ Abdel Jalil Badawi - Ali Hannan, "The Concept of the Principle of Legal Security and Its Requirements", *Journal of Public Function Studies* 4/2 (June 2021), 9.

Achieving relative stability: If the law expresses the needs of society, which are naturally in a state of development, but a development with known features, then the legislator is obliged not to issue laws with unexpected or sudden provisions when amending the law. Legal security does not only mean protecting existing legal positions and respecting and guaranteeing rights and freedoms in the present and future, but also means, with equal force, respecting legitimate expectations and hopes¹⁵.

2. Limiting legal security to the field of public rights and freedoms

The constitutional founder, through the constitutional amendment of 2020, has confined the principle of legal security within the framework of public rights and freedoms. This is clearly evident through its reference in the first chapter of the second section, titled "Fundamental Rights and Public Freedoms", specifically in the fourth paragraph of Article 34, which states: "To achieve legal security, the state ensures, when establishing legislation related to rights and freedoms, to guarantee its accessibility, clarity, and stability"¹⁶.

It is clear from this text that the constitutional founder has granted a distinguished position to the issue of public rights and freedoms in this amendment, and addressed the deficiencies that were marring legislation related to rights and freedoms when enacted, without considering the practical aspects and mechanisms for achieving the legislation's objectives. This is credited to the constitutional founder in this regard¹⁷.

In addition, the third paragraph of the same article emphasized that: "In all cases, these restrictions cannot affect the essence of rights and freedoms." From this text, one can discern the real guarantee for protecting individuals' rights and freedoms, which at the same time embodies the constitutional founder's forward-looking vision in preserving rights and freedoms, which are fundamentally one of the pillars of the rule of law that the state, with all its institutions, seeks to enshrine in reality.

3. Restricting public authorities and bodies to the contents of the principle of legal security

The concept of legal security extends to the necessity for all public authorities in the state, whether legislative, executive, or judicial, to commit to achieving stability for this principle. This is confirmed by the first paragraph of Article 34, which states: "The constitutional provisions related to fundamental rights, public freedoms, and their guarantees are binding on all authorities and public bodies."

The Legislative Authority: If the legislative authority, within the framework of the modern state and based on the principle of separation of powers, is the original competent authority in providing society with necessary legislation to regulate various relationships, this does not mean that it has absolute freedom to amend and cancel whatever laws it wishes without oversight and without legal basis. Rather, there are supreme rules that it must observe in all its actions to establish the principle of legality and ensure legal security, otherwise its actions would be subject to nullification and unconstitutionality¹⁸.

Therefore, in order to mitigate the risks that may threaten legal certainty, the legislative authority must rise to the requisite level, as it is the entity responsible for ensuring this principle as a fundamental function of the modern state. This is achieved through its proper enactment of laws and diligence in respecting constitutional provisions, procedural integrity, and quality of content¹⁹.

The Executive Authority: Granting the executive authority the right to propose draft laws provides us with an aspect of the legislator's consideration for the principle of legal clarity and ease of

¹⁵ Benbenaissa, "Legal Security as a Guarantee for the Protection of Human Rights and Freedoms", 27-28.

¹⁶ Fourth paragraph of Article 34 of the 2020 Constitutional Amendment.

¹⁷ Abu Dawood Tawahriya - Abdelkader Ghitawi, "Legal Security and Its Role in Protecting Rights and Freedoms in the Algerian Constitutional System", *Journal of Law and Society* 10/1 (June 2022), 128.

¹⁸ Ali Al-hanoudi, "Legal Security: Its Concept and Dimensions", *Moroccan Journal of Local Administration and Development* 96 (February 2011), 134.

¹⁹ Benbenaissa, "Legal Security as a Guarantee for the Protection of Human Rights and Freedoms", 35.

understanding. The executive authority, by virtue of its role in applying the law and its continuous interaction with reality and the public, has the ability to present a draft law that is appropriate in its formulation and clarity to the culture of the individuals addressed by it²⁰.

On the other hand, draft laws proposed by the government are referred to one of the committees of the National People's Assembly for examination and reporting. This is in contrast to proposals submitted by members of parliament, which are only referred after being examined by a special committee to express an opinion on them. This implies that the executive authority has all the apparatus and capabilities that enable it to ensure the accuracy of its proposed laws, both technically and legally²¹.

The Judicial Authority: The independence of the judicial authority, as stipulated in the Constitution, is one of the pillars contributing to the enhancement of legal security²², especially given the importance of the role undertaken by the judge in protecting rights, freedoms, and judicial security through the application of the law. Moreover, the mechanism of challenging the constitutionality of a law by one of the parties to a lawsuit, against a law that infringes upon the rights and freedoms guaranteed by the Constitution, is considered one of the genuine guarantees reinforcing the principle of legal security.

Accordingly, the judicial system and its procedures represent the center of gravity in this regard. Here, reference is always made to enabling the ordinary citizen to resort to the judiciary, which is considered the foundation of legal security due to its impartiality and independence. This enables it to issue judgments based on acceptable evidence within the framework of legality, and with the authority of res judicata that binds all authorities and individuals alike²³. The French Council of State has proven that judicial oversight of administrative actions has a more effective and positive role in protecting individual rights and achieving legal security²⁴.

However, the role of the judiciary in achieving the requirement of legal security in Algeria, despite the constitutional guarantees enshrined in the 2020 constitutional amendment, cannot be determined in terms of its effectiveness. This is due to the ambiguity and vagueness posed by some legal rules on one hand, and the legislative vacuum in some branches of law on the other.

II. An approach to the Causes of Legislative Instability and Ways to Avoid Them

One of the goals of the effectiveness of the principle of legal security is to protect individuals from the negative effects of flawed legislation, as well as from frequent amendments that result in legislative instability.

In order to determine whether legal security and legislative stability are achieved in Algeria, it is necessary to identify the manifestations and causes of legislative instability, as well as the solutions and means adopted by the Algerian legislator in this regard.

A. Identifying the manifestations and causes of legislative instability that threaten legal security

The principle of legal security necessarily requires that every person has the right to be subject to stable legal rules, to be safe from sudden amendments, and from all manifestations and causes that may affect that stability, including:

1. Legislative inflation and poor quality of legal texts

Legislative inflation and poor quality of legal texts constitute a fundamental challenge threatening legal security in Algeria, negatively impacting stakeholders' confidence in the legal system. While traditional

²⁰ Rifaat Eid Sayed, "Legal Security - An Analytical Study in Light of Administrative and Constitutional Judiciary Rulings", *Journal of the Association of Arab Universities for Legal Studies and Research* 34 (October 2013), 159.

²¹ Eid Sayed, "Legal Security - An Analytical Study in Light of Administrative and Constitutional Judiciary Rulings", 159.

²² See Articles 163, 164 of the 2020 Constitutional Amendment.

²³ Al-hanoudi, "Legal Security: Its Concept and Dimensions", 123.

²⁴ Al-hanoudi, "Legal Security: Its Concept and Dimensions", 133.

analysis attributes this phenomenon merely to deficiencies in legislative drafting²⁵ and translation issues, reality reveals deeper structural causes involving intertwined political, administrative, and organizational factors.

The investment sector emerges as a clear illustration of this problematic, as the legislative landscape has undergone profound transformations since independence. From the socialist era laws (1963, 1966, 1982, 1986, 1988) to the economic liberalization period, the legal framework for investment has experienced continuous amendments reflecting the transition from a socialist system to a market economy.

The 1990s marked a decisive turning point with the promulgation of the Money and Credit Law (1990) and the Legislative Decree on Investment Promotion (1993). Subsequently, Ordinance 01-03 of 2001 was enacted, which itself underwent successive amendments through supplementary finance laws (2015-2009).

Despite the enactment of a new law in 2016 (Law 16-09), the pattern of continuous modification persisted through successive finance laws (2018, 2020, 2022), before its ultimate repeal by Law 22-18 in July 2022. This frequency of amendments reflects a structural problem manifesting in three main dimensions:

Firstly: The multiplicity of legal sources and overlapping jurisdictions, requiring legislators to balance constitutional provisions, international conventions, bilateral treaties, and comparative laws.

Secondly: Profound political and ideological transformations, particularly the transition from a socialist system to a market economy, necessitating continuous amendments to the entire economic legal framework.

Thirdly: Institutional fragmentation and administrative complexities, where the absence of a unified investment code has led to the dispersion of provisions across various texts (tax, customs, financial), resulting in redundancy and conflicting provisions.

The recurring need to revise legal texts shortly after their promulgation reveals a methodological defect in the legislative process. This situation poses a significant challenge to investors, particularly foreign ones, who seek a stable and transparent legal environment. Addressing this issue requires a comprehensive approach that considers both technical²⁶ and structural factors causing legislative inflation and poor quality of legal texts.

This persistent modification of legislation creates a state of legal uncertainty that adversely affects Algeria's investment climate. The continuous changes, whether through new laws or recurring amendments in finance laws, make it difficult for investors to predict the legal framework that will govern their investments in the future, thereby undermining the stability and predictability essential for a conducive investment environment.

2. Contradiction of legal texts

The drafting style of some legal texts in Algeria suffers from several problems, most notably the reliance on literal translation at times. This approach often leads to emptying the text of its original content and purpose, undermining its legal effectiveness.

On the other hand, it is noticed that some legal texts use terms that are unfamiliar in Algerian legislative custom, or employ words that are not appropriate to the local legal context. This puts judges in a difficult

²⁵ Benbenaissa, "Legal Security as a Guarantee for the Protection of Human Rights and Freedoms", 31.

²⁶ Walid Mohamed El-Shenawy, "Legal Security and Principles of Good Law-Making", *Journal of Legal and Economic Research* 56 (October 2014), 300.

position when trying to apply or interpret these texts²⁷, which may lead to discrepancies in judgments and inconsistency in the application of the law.

What makes matters more complicated is that the text written in French may in some cases be more accurate and complete in expressing the intended meaning than its counterpart written in Arabic. This disparity in accuracy and clarity between the two versions creates a problem in determining the basic legal reference, and opens the door to multiple interpretations that may conflict with the spirit of the law and its purposes.

In addition to the aforementioned, the existence of overlapping or sometimes contradictory legal texts leads to undermining the legitimate expectations of individuals, wasting rights and freedoms, and affecting legal positions. This situation leads to legal instability²⁸. Two prominent examples illustrate this issue in the Algerian legal system:

First, the legal framework for investment in Algeria demonstrates this instability clearly. Those who examine the legal texts regulating investment notice their instability and contradiction at times, due to frequent amendments through annual finance laws or by repealing existing legal provisions and replacing them with new ones.

Second, the Public Procurement Code provides another striking example of legislative instability. For an extended period, it was issued as a regulatory text by presidential decree, undergoing numerous amendments. The 2020 constitutional reform elevated its status to that of a law, transferring its issuance authority from the President to the legislative branch. This shift, while potentially positive for legal security, illustrates the historical volatility in the legal framework.

This situation would shake investors' confidence and negatively affect the flow of foreign investments to Algeria²⁹. The lack of clarity and stability of laws creates an unfavorable investment environment, discouraging investors and limiting their ability to plan for the long term.

3. Political instability and frequent constitutional amendments

The constitutional rule is one of the basic legal guarantees to provide a state of legal security for those addressed by it. The rights and freedoms stipulated in the constitution enjoy a supreme status, as all legal and regulatory texts related to these rights and freedoms must comply with the principle of legal security, in accordance with the principle of the hierarchy of legal rules³⁰. This leads us to question the possibility of constitutionally preserving the principle of legal security in Algeria, in light of the constitution itself being subject to continuous review and amendment.

To answer this question, it should be noted that legislative stability in some countries is related to the stability of their constitutional texts. For example, the United States of America still retains its original constitution issued in 1787, and France has settled on the 1958 constitution. Even if some amendments have been made to it, they are secondary and do not affect the essence of the constitution, which spared the legislator confusion and frequent amendments to legal texts³¹.

As for Algeria, the situation is different, as constitutional amendments have become almost linked to presidential terms. Each president seeks to amend the constitution, announcing his vision for reforming

²⁷ Badawi - Hannan, "The Concept of the Principle of Legal Security and Its Requirements", 10.

²⁸ Kassi, *Requirements for Establishing the Rule of Law: Constitutionalization of the Principle of Legal Security - A Comparative Study between European and Algerian Experiences*, 164.

²⁹ Abdullah Laouiji, "Legal Security and Obstacles to its Achievement in Algeria", *Journal of Research in Contracts and Business Law* 6/2 (June 2021), 110.

³⁰ Ouarida Iftissan - Wahiba Ben Nasser, "Constitutionalization of the Principle of Legal Security: The Algerian Experience as a Model", *Journal of Legal Studies* 8/2 (June 2022), 982.

³¹ Ahsan Rabhi, "Reference of Inflation in Algerian Constitutional Documents", *Journal of Law for Legal, Economic and Political Sciences*, 48/2 (June 2011), 83.

and developing the country, which leads to similar amendments in existing legislative texts in order to align them with the amended constitutional provisions. One of the most prominent examples of this is the election law, which has undergone many amendments in line with constitutional amendments³².

Some researchers believe that the instability of constitutional rules in some systems and its extension to the legislative system as a whole is a result of the constitutional founder's attempt to cover all basic and detailed matters together. This is in contrast to stable constitutions that define basic principles in general terms and leave the details to legislative initiatives, making them more capable of keeping pace with practical developments continuously³³.

Therefore, the stability of constitutional texts is in itself a consecration of the principle of legal security, due to the relative stability it produces in legislative and regulatory texts. It is illogical to review the constitutional text partially or completely without making amendments to the texts lower than it in degree.

4. Relying on comparative legislation in drafting texts

The Algerian legislator's influence by comparative legislation, especially French, is clearly evident through the existence of many texts that lack good drafting. When these texts are translated from their original language into Arabic, they may become truncated and clearly flawed. In fact, they may carry solutions from comparative systems that do not fit the reality, circumstances, and nature of Algerian society, which may lead to compromising the principle of legal security. This influence is particularly evident in commercial law, where, for example, some corporate systems and bankruptcy procedures clearly reflect the French model, as well as in civil law regarding contract theory and civil liability. Furthermore, criminal law shows influence from the French system in the classification of certain crimes and investigation procedures. These borrowed legal frameworks often create challenges in implementation due to their misalignment with local social and economic contexts.

5. Increasing referral to regulatory texts

Executive regulation, or what is known as regulatory texts, is considered the primary means of implementing legislative texts in the legal system of any state, because legislation often defines general provisions, leaving the field of detailing them to regulation³⁴. However, the frequent referral to regulatory texts, and suspending the enforcement of those texts on their issuance, negatively affects the rights of individuals and their legal positions, and even the legal system as a whole. The violation of the principle of legal security worsens with the delay in issuing regulatory texts, and sometimes exceeding the limits set for them by the legislator.

There are many and varied examples of legal texts whose related regulatory texts have been delayed for many years. For example, the general basic law of the civil service, which was issued in 2006, and its regulatory texts are still incomplete to this day.

B. Ways to reduce the risks of legislative instability

After we have shown the manifestations of legislative instability and their negative impact on the effectiveness of the principle of legal security, we can now discuss some possible solutions and means to limit this phenomenon, even relatively.

³² For more details on the amendments to the election law, see: Samir Bara, "Reform of the Electoral System in Algeria: A Study of Electoral Laws from 1989 to 2021", *Eliza Journal for Research and Studies* 8/1 (December 2013), 114–134.

³³ Bara, "Reform of the Electoral System in Algeria: A Study of Electoral Laws from 1989 to 2021", 84.

³⁴ Siham Heriche, "Executive Regulation and the Issue of Legal Security", *Journal of the Researcher Professor for Legal and Political Studies* 2/4 (December 2017), 108.

1. Subjecting laws to constitutional oversight

Granting the principle of legal security a constitutional value makes laws lower in degree than the constitution subject to the requirements of this principle when issued by the competent authorities, under sanction of their unconstitutionality. This is done through the implementation of oversight on the constitutionality of laws by the Constitutional Court, which has the original jurisdiction to ensure respect for the constitution, whether this oversight is mandatory or optional, or through challenging unconstitutionality, as stipulated in the constitution³⁵.

Preventive constitutional oversight prior to the issuance of laws is one of the most important mechanisms for achieving legal security, because it addresses the text that violates the constitution before it has its legal effects on those addressed by its provisions. Therefore, this mechanism is considered a greater guarantee for the stability of legal relations between individuals³⁶, especially since the legal text that the Constitutional Court decides is unconstitutional may not be issued or applied. Also, the decisions of the Constitutional Court are final and cannot be appealed, and they are binding on all public administrative and judicial authorities and bodies³⁷.

2. Balancing between the requirements of development and guaranteeing the rights and freedoms of individuals

Legal security contradicts sudden changes in the provisions of legal texts, as any development that occurs to legal rules must be expected. It should be noted that what is meant is not the stability of the law itself, but the stability of rights and legal positions. Therefore, it is not a matter of establishing a debate between the development and advancement of the law on the one hand and its stability on the other, but rather it is about protecting personal rights and legal positions formed before the adoption of the new law and its entry into force³⁸.

Therefore, some believe that the good concept of legal security is a model of interaction between the legislator and the addressee of the law; where both parties carry out their activities in a changing world. The legislator provides a framework for choices while the addressee of the law builds his decisions on the basis of this framework. Thus, both the legislator and the addressee of the legislation must maintain an area that allows them to adapt to new developments³⁹.

3. Maintaining the relative stability of laws

It is known that legal texts, no matter how good they are, remain subject to deficiency and criticism because they are man-made. This prompts the legislator to amend these texts and search for the best to keep pace with developments. But this must be done in accordance with the requirements of legal security, which ensures the stability and consistency of legal texts, under sanction of the unconstitutionality of these texts for not respecting one of the constitutional principles.

However, we do not mean here absolute stability and consistency, but at least the ability to keep laws for a certain period of time, that is, their relative stability. It is unacceptable for those addressed by the law to be surprised each time with a new amendment to the texts or the issuance of entirely new texts that affect their positions and acquired rights, which makes them lose confidence in these texts or in the law in general.

³⁵ See Articles 185 to 198 of the latest constitutional amendment of 2020.

³⁶ Al-hanoudi, "Legal Security: Its Concept and Dimensions", 138.

³⁷ See Article 198 of the constitutional amendment of 2020.

³⁸ Douini, "The Principle of Legal Security and Requirements for Its Achievement", 32.

³⁹ Mohamed El-Shenawy, "Legal Security and Principles of Good Law-Making", 320.

4. Constitutionalizing controls for issuing regulatory texts

When reviewing the Algerian constitution with its successive amendments, it is noticed that there is no restriction or condition that obligates the executive authority to issue regulatory texts, especially those referred to it by virtue of a legislative text. This legal vacuum has led to the suspension of the application of the provisions of many legislative texts for long periods, pending the issuance of related regulatory texts.

To address this problem, it seems appropriate to include in the constitution a provision that specifies a maximum period for issuing the regulatory texts necessary to activate and implement legislative texts. This measure would limit the negligence and procrastination in issuing regulatory texts, and ensure the application of laws within reasonable timeframes. It is also possible to oblige the government to submit an annual report to the parliament on the application of laws, including the issuance of regulatory texts.

Conclusion

This study aimed to examine the extent of establishing the principle of legal security in Algeria, as a state characterized by the recent constitutional adoption of this principle. Despite existing institutional and constitutional challenges, the study concluded that there are tangible efforts to enhance legal security, although these efforts face practical implementation obstacles that extend beyond the theoretical legal framework.

The study found that the constitutionalization of the legal security principle, despite current constraints, represents a significant step toward reforming Algeria's legislative environment. However, challenges related to legislative instability persist within the context of the Algerian legal system, directly affecting the application of the legal security principle. Analysis of constitutional and legislative texts confirmed the study's initial hypotheses, as the characteristics of the Algerian legal system constitute the primary factor in explaining the challenges facing the implementation of this principle.

The study of legal security's reality in Algeria revealed a fundamental truth: the constitutional enshrinement of the principle, despite its crucial importance, cannot yield its desired results without parallel institutional and administrative reforms. The Algerian legal system, which experiences successive legislative changes, requires profound development of its executive and judicial institutions' capabilities through an integrated system of measures. These measures begin with implementing specialized training programs for judges and legislators, progress through enhancing the independence of judicial and oversight institutions and providing them with necessary resources, and extend to modernizing legal information management systems. Accordingly, the success of recent constitutional reforms in achieving the desired legal security is closely tied to institutions' ability to adapt to these new requirements and develop effective administrative practices that translate constitutional texts into tangible reality.

Based on these findings, the study suggests directing future research efforts toward three main axes: First, conducting a comprehensive empirical assessment of the impact of the 2020 constitutional reforms, particularly regarding the effectiveness of constitutional oversight mechanisms and the Constitutional Court's role in achieving legal security. Second, studying the practical effects of legislative instability on specific sectors such as investment, rights and freedoms, and commercial transactions. Third, conducting comparative studies on the effectiveness of institutional capacity-building programs, focusing on improving legislative drafting quality and enhancing judicial independence.

References

- Al-hanoudi, Ali. "Legal Security: Its Concept and Dimensions." *Moroccan Journal of Local Administration and Development* 96 (February 2011), 117–138.
- Badawi, Abdel Jalil - Hannan, Ali. "The Concept of the Principle of Legal Security and Its Requirements." *Journal of Public Function Studies* 4/2 (June 2021), 1–15.
- Bara, Samir. "Reform of the Electoral System in Algeria: A Study of Electoral Laws from 1989 to 2021." *Eliza Journal for Research and Studies* 8/1 (December 2013), 114–134.
- Benbenaissa, Fadwa. "Legal Security as a Guarantee for the Protection of Human Rights and Freedoms." *Moroccan Journal of Legal and Judicial Governance* 6 (2019), 24–36.
- Douini, Mukhtar. "The Principle of Legal Security and Requirements for Its Achievement." *Journal of Legal Studies* 3/1 (June 2016), 24–38.
- Eduardo García Maynez, "Justice and Legal Security", *Philosophy and Phenomenological Research* 9/3 (1948), 496-503.
- Eid Sayed, Rifaat. "Legal Security - An Analytical Study in Light of Administrative and Constitutional Judiciary Rulings." *Journal of the Association of Arab Universities for Legal Studies and Research*, 34 (October 2013), 12–237.
- Guillaume Valdelièvre, "La sécurité juridique – Le point de vue de l'avocat", *Titre VII* 5/2 (2020), 11-19.
- Heriche, Siham. "Executive Regulation and the Issue of Legal Security." *Journal of the Researcher Professor for Legal and Political Studies* 2/4 (December 2017), 107–127.
- Iftissan, Ouarida - Ben Nasser, Wahiba. "Constitutionalization of the Principle of Legal Security: The Algerian Experience as a Model." *Journal of Legal Studies* 8/2 (June 2022), 969–986.
- Jean-Louis Bergel, "La sécurité juridique", *Revue du notariat* 110/2 (September 2008), 271-285.
- Kassal, Salah. "Legislative Inflation as an Obstacle to Foreign Investment: Updates of Law No. 16-09 to Address this Obstacle." *Voice of Law Journal* 5/2 (2018), 438-471.
- Kassi, Fouzia. *Requirements for Establishing the Rule of Law: Constitutionalization of the Principle of Legal Security - A Comparative Study between European and Algerian Experiences*. Algeria: University of Oran, PhD Thesis In Political Sciences, 2018.
- Khellaf, Fateh. "On the Impact of Constitutionalizing the Principle of Legal Security on Attracting Investors to the Algerian Investment Market." *Journal of Legal and Social Sciences* 6/2 (June 2021), 921–938.
- Laouiji, Abdullah. "Legal Security and Obstacles to its Achievement in Algeria." *Journal of Research in Contracts and Business Law* 6/2 (June 2021), 99–119.
- Martinez G. P.-B, "Legal Security from the Point of View of the Philosophy of Law", *Ratio Juris* 8/2 (1995), 127–141.
- Mohamed El-Shenawy, Walid. "Legal Security and Principles of Good Law-Making." *Journal of Legal and Economic Research* 56 (October 2014), 277–330. <https://doi.org/10.21608/MJLE.2014.156390>
- Rabhi, Ahsan. "Reference of Inflation in Algerian Constitutional Documents." *Journal of Law for Legal, Economic and Political Sciences*, 48/2 (June 2011), 71–85.
- Rouchou, Khaled. "The Role of Constitutional Rule in Establishing Legal Security." *Journal of Public Function Studies* 3/1 (June 2018), 109–121.
- Tawahriya, Abu Dawood - Ghitawi, Abdelkader. "Legal Security and Its Role in Protecting Rights and Freedoms in the Algerian Constitutional System." *Journal of Law and Society* 10/1 (June 2022), 117–135.

Article Information Form

Authors Notes: The authors would like to express their sincere thanks to the editor and the anonymous reviewers for their helpful comments and suggestions.

Authors Contributions: Dr. Bouزيد Benmahmoud was responsible for determining the research direction and providing overall supervision of the study, developing the theoretical framework regarding constitutional enshrinement of legal security principles, and drafting the sections related to the evolution of constitutional value and manifestations of legal security in the Algerian context. Researcher Hamza Selam (PhD candidate) conducted the analysis of legislative instability causes under Dr. Benmahmoud's supervision, identified the manifestations that threaten legal security in Algeria, and wrote the sections addressing the ways to reduce risks of legislative instability. He also contributed to analyzing the connection between constitutional reforms and mechanisms for achieving legislative stability. Both authors collaborated on the introduction, methodology, and conclusion sections, with Dr. Benmahmoud providing scientific guidance while Researcher Selam contributed through source collection and analysis. The comparative analysis elements and final editing of the manuscript were conducted collaboratively by both authors, who read and approved the final version of the article.

Conflict of Interest Disclosure: No potential conflict of interest was declared by authors.

Artificial Intelligence Statement: No artificial intelligence tools were used while writing this article.

Plagiarism Statement: This article has been scanned by iThenticate.

Yargı Kararları Işığında Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Law Applicable to Employment Contracts with Foreign Elements in the Light of Judicial Decisions

Esra Yıldız Üstün 

Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Erzurum, Türkiye,
esra.ustun@atauni.edu.tr,
ror.org/03je5c526



Geliş Tarihi/Received: 22.10.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 25.12.2024
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
07.02.2025

Öz: Yabancı unsurlu bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk sözleşmenin tarafları nedeniyle MÖHUK 24. madde'den ayrı olarak MÖHUK 27. madde ile özel olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu zayıf konumda olan işçinin işverenin yönlendirmesi ile aleyhe bir hukuk seçimi yapmasını engellemek istemiştir. Madde hükmüne göre çıkan uyuşmazlıkta her ne kadar taraflar başka bir hukuk seçseler de kanun koyucu işçiyi, işçinin mutad işyeri hukukunun sağladığı asgari korumadan mahrum bırakmamaktadır. Hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda ise ilgili maddenin ikinci fıkrası gereğince objektif bağlama kuralı uygulanacaktır. Halihazırda uygulamada tartışmalı olan bu madde, günümüzde İŞKUR'un hazırladığı matbu yurtdışı hizmet akdi ile beraber oldukça problemli bir hal almıştır. Bu çalışmada öncelikle milletlerarası özel hukuk kapsamında bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk incelenecek ve aynı zamanda her işçinin aynı korumaya ihtiyacı olup olmadığı tartışılacaktır. Ardından günümüzde tartışmalı bir hal alan İŞKUR yurtdışı hizmet akitlerine uygulanacak hukuk son dönem yargı kararları ışığında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Uygulanacak Hukuk, Yurtdışı Hizmet Akdi, MÖHUK 27. madde, Yabancı Unsur, Nitelikli İşçi

Abstract: The law applicable to individual employment contracts with foreign elements is specially regulated by Article 27 of the PIL Code, separately from Article 24 of the PIL Code, due to the parties to the contract. The legislator aims to prevent the employee, who is in a weak position, from making an unfavorable choice of law with the employer's guidance. According to the provision of the article, even if the parties choose another law in their mutual contract, the legislator does not deprive the employee of the minimum protection provided by the law of the employee's habitual workplace. In cases where there is no choice of law, the objective binding rule shall apply by the second paragraph of the relevant article. This article, which is currently controversial in practice, has become hot topic with the foreign service contract prepared by İSKUR. In this article, the law applicable to individual labor contracts within the scope of private international law will be examined. At the same time, it will be discussed whether every worker needs the same protection. Then, the law applicable to İSKUR foreign service contracts, which has become controversial today, will be evaluated in the light of recent judicial decisions.

Keywords: Applicable Law, Foreign Service Contract, Article 27 of the Code of PIL, Foreign Element, Skilled Worker

Extended Abstract

Today, the nature of the disputes has changed in parallel with the cross-border migration of working life. The fact that the place of work is abroad, the foreign citizenship of the employee or the employer, and the close connection with abroad due to the nature of the work have changed the nature of these disputes. This change has led to the problem of applicable law when labor disputes with foreign elements are brought before Turkish courts.

Article 27 of the Code of PIL regulates the law applicable to individual employment contracts with a foreign element. What is meant by individual employment contracts with a foreign element within the

scope of this article is a matter of qualification and is determined according to the *lex fori*. An employment contract under private law relates to the performance of work or service by employee personally under orders and instructions of employer in return for remuneration. The important element here is the personal loyalty of the employee to the employer. The first part to be examined regarding the nature of employment contracts is to decide whether the parties can choose the law in employment contracts. Because, although they have a private law character, employment contracts also have public law character. As it is known, Art. 24 of the Code of PIL states that the parties may choose the applicable law in the contracts made based on the will of the parties. The necessity of protecting the weaker party, the employee, raises a question mark at the point of choice of law. For this reason, in this contractual relationship, instead of rejecting the choice of law, the acceptance of the choice of law in favor of employee is more dominant. Thus, while Article 27 of the Code of PIL, which is regulated separately, provides the parties with freedom of choice of law, some limitations have been introduced in favor of the employee. According to the first paragraph of the relevant article, employment contracts shall be governed by the law agreed upon by the parties, without prejudice to the minimum protection that the employee shall have under the mandatory provisions of the law of the habitual place of employment. Although the parties are entitled to choose the law by law, they may not choose the law or if the choice of law is not valid within the scope of Art. 32 of the Code of PIL, paragraph 27/2 of the Code of PIL comes into effect and the applicable law is determined.

The concept of habitual place of work, which is frequently mentioned in Article 27 of the Code of PIL, is one of the controversial issues. In short, although it is defined as the place where the work is performed, some works are performed in more than one country at the same time and may even be performed in places that have no connection with any country, such as seafarers working on high seas. In such cases, determination of the habitual place of work poses a problem.

A recent controversial issue is the contracts prepared by ISKUR for Turkish laborers who are going to work abroad. The validity of choice of law clauses in these contracts is also controversial. These contracts, which are prepared by the Institution to be used many times and to which the parties are not authorized to make amendments, are general terms of business.

They must be signed by Turkish citizen workers who are taken by Turkish employers to work abroad and approved by ISKUR. The provisions regarding the choice of law in this contract, which is subject to Articles 21-25 of the Turkish Code of Obligations, are also valid. The decision of the General Assembly of the Court of Cassation dated 2023 is in this direction and concluded that the law chosen by the parties should be applied. However, when we take into account the decisions of the courts of first instance and regional courts of appeal in the past, where they directly applied Turkish law to ensure the protection of the weaker worker or applied Turkish law by intervening in public order, it is obvious that this problem will be faced in the future.

Although worker is generally seen as the weaker party from the past to the present, of course, an unlimited choice of law for the protection of worker will not be fair in situations where there is no equal bargaining share and where work is assumed to be compulsory. However, it may not be fair in some cases to evaluate the entire working class within this scope. Recently, in addition to blue and white collars, the 'golden collar' status in labor law differs from the situations with other workers for employees who constitute the brain trust of the business and are in a bargaining position with the employer. These people are also called knowledge workers and are defined as 'highly educated workers' who can use theoretical and analytical knowledge to produce new products and services. In addition, people in the skilled worker class do not have same status as blue-collar workers. For this reason, although the law does not subject workers to such a classification at the point of choice of law, in practice, it may be unfair for the judge not to take into account the status of the worker where he/she

should use his/her discretion while examining the concrete case, and to subject them to the same application as blue-collar workers.

In this study, firstly, Article 27 of the Code of PIL titled ‘applicable law to labor contracts’ will be examined. Then, the nature of the labor contracts, which is the controversial subject of the last period, will be discussed and the choice of law and validity of the clauses will be evaluated within the framework of judicial decisions. While making the evaluation, it will be stated that although the law and judicial authorities have not made a worker classification, it would not be fair to interpret the worker as weak in each case.

Giriş

Günümüzde sıkça karşılaştığımız kavram olan küreselleşme ekonomik, siyasal sosyal ve kültürel yapılarda radikal dönüşümlere sebep olmuş, dünya ölçeğinde malların, sermayenin ve işgücünün akışını hızlandırmıştır¹. Özellikle küreselleşme çalışma hayatını uluslararasılaşmaya yöneltmiş olup işgücünün sınır ötesi hareketliliğini artırmıştır². Ülkemiz açısından da inşaat sektöründe bu durum oldukça etkili olmuştur. Yerel inşaat firmalarının uluslararası platformda faaliyetlerinin artmış ve buna bağlı olarak çalıştırılmak üzere yurt dışına Türk işçi götürülmesi de hız kazanmıştır³. Yabancı ülkelerde çalıştırılmak üzere götürülen Türk vatandaşı işçilerin artışı ile beraber çıkan uyuşmazlıklarda da ciddi bir artış başlamıştır. Bu uyuşmazlıkların çözümünde ise en çok karşılaşılan sorun uygulanacak hukukun tayin edilmesi olmuştur.

Belirtilen uyuşmazlık türünde Türk vatandaşı işçiler genellikle Türkiye’de kurulu şirketler tarafından yurtdışında çalıştırılmaya götürülse de işçilerin mutad işyerleri yurtdışı olması sebebiyle yabancı unsur barındırmaktadır⁴. Buna binaen de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)⁵ uyarınca uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekmektedir. Ancak Yargıtay daireleri uygulanacak hukuku tayin ederken farklı yaklaşımlar sergilemişlerdir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi⁶, özellikle iş hukukunun emredici niteliğine vurgu yaparak, zayıf taraf olan işçiye koruma amacıyla taraflarca seçilen hukukun işçinin Türk Hukukundaki haklarını kısıtlaması söz konusu olduğunda MÖHUK 27/4 uyarınca Türk Hukuku’nun uygulanması gerektiğine hükmederken; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi⁷ MÖHUK 27/1 uyarınca taraflarca seçilen hukukun geçerli olduğunu ve bu halde MÖHUK 27/4’ün uygulanamayacağına dair kararlar vermiştir.

2020 tarihinde Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin kapatılması ve bu dairedaki üyelerin büyük bir kısmının Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’ne geçmesi neticesinde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2020 yılı sonlarına doğru görüşünün değiştiği görülmektedir⁸. Ancak buna rağmen, İstanbul ve Ankara İstinaf Mahkemeleri’nin bu görüş değişikliğine karşı halen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin önceki içtihadını esas aldığı ve işçi ile işveren arasındaki sözleşmedeki hukuk seçiminden ziyade zayıf taraf işçinin menfaatlerini dikkate alarak Türk Hukukunun doğrudan uygulanmasına karar verdiği görülmektedir⁹.

¹ Adnan Mahiroğulları, “Küreselleşmenin Türk Çalışma Hayatına Etkileri”, *Journal of Social Policy Conferences* 49 (Ekim 2005), 380-403.

² Aysen Tokol, “Küreselleşme ve Endüstri ilişkilerine Etkisi”, *Küreselleşmenin İnsani Yüzü* (İstanbul: Alfa Basım, ts.), 131-152.

³ Sibel Özel, “Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk”, *Public and Private International Law Bulletin* 43/1 (Temmuz 2023), 371-408.

⁴ Özel, “Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk”, 375; Gaye Baycık, “Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 14/2 (Ağustos 2023), 56; Melis Avşar, “2023 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Yurt Dışı Hizmet Akdine Uygulanacak Hukuk”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/2 (Eylül 2024), 601.

⁵ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), Resmî Gazete 27 (27 Kasım 2007) Kanun No. 5718, 27. madde.

⁶ Yargıtay 9.HD (Yargıtay), E. 2012/8226, K. 2012/36419 (06 Kasım 2012); Yargıtay 9.HD (Yargıtay), E. 2017/28074, K. 2018/916 (22 Ocak 2018). Baycık, “Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık”, 55.

⁷ Baycık, “Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık”, 55.

⁸ Baycık, “Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık”, 55.

⁹ Baycık, “Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık”, 55.

2023 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) kararında bu konu yabancı unsurlu iş uyuşmazlıklarına uygulanacak hukukun tayininde öncelikle MÖHUK 27. maddesinin 1. fıkrasının dikkate alınarak tarafların yani işçi ile işveren arasındaki sözleşmede kararlaştırılan hukukun uygulanması gerektiğini açıkça belirtmiştir¹⁰. Ancak bu kararda istinaf mahkemelerinin yaklaşımı ve de HGK kararındaki karşı oy sayısı göz önüne alındığında yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk sorununun tekrar gündeme geleceği düşünülmektedir.

Bu nedenle çalışmamızda iş sözleşmelerinin niteliğinden kısaca bahsedilerek yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun nasıl tayin edilmesi gerektiği incelenecektir. Bu inceleme yapılırken son dönemin tartışma konusu olan İŞKUR tarafından hazırlanan yurtdışı hizmet akdinin niteliği ve bu sözleşmedeki hukuk seçiminin geçerliliği tartışılacaktır. Konuya ilişkin yargıtayın, istinaf mahkemelerinin ve ilk derece mahkemelerinin kararları değerlendirilecektir.

I. Madde 27 Kapsamında İş Sözleşmesi Kavramı ve Uygulama Alanı

İş sözleşmesi kavramından anlaşılması gereken bir vasıflandırma meselesidir ve *lex fori*'ye (hakimin hukukuna) göre tayin edilir. Özel hukukta iş sözleşmesinin konusu, işçinin işverenin emir ve talimatları altında şahsen iş edimini bir ücret karşılığında yerine getirmesine ilişkindir¹¹. Burada önemli olan unsur işçinin işverene şahsi bağlılığıdır çünkü işverenin talimatı dışında bağımsız çalışanlara MÖHUK 27. madde uygulanmaz. Bu gibi durumlarda sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk başlığını taşıyan MÖHUK 24. madde uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilecektir¹².

Bir iş uyuşmazlığının ilgili maddenin uygulama alanına girebilmesi için ise yabancılik unsuru içermesi gerekmektedir. İş sözleşmelerinde yabancılik unsuru genel olarak işçinin ya da işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı ülkede bulunması ya da işin yabancı ülkede ifa edilmesi şeklinde olabilir¹³. Hatta Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2021 tarihli kararında yabancılik unsurunu¹⁴ daha geniş yorumlayarak, iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşılması gibi hâllerde dahi yabancılik unsuru olarak sayılabilmektedir.

İş sözleşmesinin kendi niteliği dışında tarafların bu iş ilişkisini kendi iradeleri ile milletlerarası karakterli hale getirip getiremeyeceği ise doktrinde tartışmalıdır¹⁵. Bir görüş tarafların kendi iradeleriyle sözleşmeye uygulanacak hukuku yabancı hukuk seçerek yabancı unsurlu kılabileceklerini savunurken¹⁶, karşıt görüş tam tersi olarak sözleşmesel ilişkin bir yabancılik unsuru ihtiva etmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁷. Biz de tarafların kendi iradeleri ile iş sözleşmesine yabancı hukuk seçimiyle milletlerarası karakter kazandıramayacağını savunmaktayız. Zira bireysel iş sözleşmelerinde

¹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2023/424 (10 Mayıs 2023).

¹¹ Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (İstanbul: Beta, 2021); Cemal Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta, 2023); Aysel Çelikel - B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk: Genel Kurallar, Milletlerarası Özel Hukuk, Milletlerarası Usul Hukuku* (İstanbul: Beta, 2021); Zeynep Derya Tarman, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59/3 (Eylül 2010), 521-550.

¹² Tarman, 526.

¹³ Vahit Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 1996), 49; Doğa. Elçin, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 39; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu - Beste Gemici Filiz, "Türk Hukukunda Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi", *İKÜHFD* 15/1 (2016), 598-599; İlke Gürsel, "Milletlerarası Özel Hukukta İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk", *Sicil İş Hukuku Dergisi* 46/2 (2021), 155-187.

¹⁴ Yargıtay 9. HD (Yargıtay), E. 2021/2498, K. 2021/8086 (Yargıtay 18 Kasım 2021). "...Taraflar arasında iş sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Doğan, 49; Elçin, 39; Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Gemici, 598-599; Gürsel, 155-187.

¹⁵ Yabancılik unsuru, bir hukukî işlemi veya ilişkiyi ya da olayı birden fazla devletin hukuku ile irtibatlı hâle getiren unsurdur. İşçinin veya işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir ülkede bulunması, işçinin kendi işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapması veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşılması gibi hâllerde iş sözleşmesinde yabancılik unsurunun bulunduğundan söz edilir."

¹⁶ Tarman, 526-527.

¹⁷ Ergin Nomer - Cemal Şanlı, *Devletler Hususi Hukuku*, 17. Basım (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2009) 311.

¹⁸ Çelikel - Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 318.

olduğu üzere taraflar arasında güç dengesi bulunmayan sözleşmesel ilişkilerde bu durum dezavantaj olarak karşımıza çıkabilir.

A. Hukuk seçimi

İş sözleşmelerinin niteliği açısından ilk incelenmesi gereken kısım iş sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimi yapıp yapamayacağına karar vermektir. Çünkü her ne kadar özel hukuk karakteri olsa da iş sözleşmelerinin kamu hukuku karakterli yönleri de mevcudiyetini korumaktadır¹⁸. Bilindiği üzere MÖHUK 24. madde taraf iradesini temel alarak yapılan sözleşmelerde tarafların uygulanacak hukuku seçebilecekleri yönündedir. Ancak, niteliği itibariyle ekonomik yönden zayıf olan tarafın, işçinin, korunması gerekliliği hukuk seçimi noktasında kafalarda soru işareti oluşturmaktadır. Bu nedenle de sözleşmesel olan bu ilişkide sınırsız bir hukuk seçimine ve tam tersi olarak hukuk seçimi reddi yerine işçi lehine hukuk seçimi kabulü daha ağır basmıştır. Böylelikle ayrı olarak düzenlenen MÖHUK 27. maddede taraflara hukuk seçimi serbestisi tanınırken işçi lehine bazı sınırlandırmalar getirmiştir¹⁹. Eğer tarafların seçtiği hukuk işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî korumadan daha aşağı bir koruma sağlıyorsa kararlaştırılan hukuk uygulanmayacaktır²⁰. Taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece MÖHUK 2/4. fıkrası uyarınca uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır²¹. İlgili madde hükmünde uygulanacak hukuka ilişkin tarafların irade beyanlarının nasıl olması gerektiği belirtilmemiştir. Bundan dolayı da MÖHUK 24. madde genel hükümleri çerçevesinde tarafların irade beyanları açık veya zımni olabilir²². Zira burada önemli olan hukuk seçiminin nasıl yapıldığı değil seçilen hukukun zayıf konumdaki işçi için asgari koruma hükümlerinden daha az bir koruma sağlayıp sağlamadığıdır.

Her ne kadar geçmişten günümüze genel itibariyle iş sözleşmelerinde ekonomik açıdan zayıf taraf olan işçinin eşit pazarlık payı olmadığı ve işe mecburiyeti varsayılan durumlar için elbette işçinin korunması adına sınırsız bir hukuk seçimi adil olmayacaktır. Ancak tüm işçi sınıfını bu kapsamda değerlendirmek de bazı durumlarda adil olmayabilir. İş hukukunda mavi ve beyaz yakalılara ek olarak “altın yaka” statüsüyle var olan ve işin beyin takımını oluşturan, işverenle pazarlık konumunda olan çalışanlar için aynı durumdan söz edilemeyeceği düşünülmektedir. Bu kişiler bilgi işçileri olarak da adlandırılır ve aslen yeni ürün ve hizmetler üretmek amacıyla teorik ve analitik bilgileri kullanabilen, “eğitim düzeyi yüksek iş görenler” olarak tanımlanmaktadır²³. Yabancı ülkedeki inşaat sektöründe çalışan mimar ve mühendisler üst düzey bir pozisyonda veyahut yönetici konumundaysa altın yakalılara örnek olarak gösterebiliriz. Yine inşaat sektöründe çalışan mimar ve mühendisler eğer yönetici pozisyonunda değil iseler nitelikli işçi (skilled worker) statüsüne girerler ve mavi yakalılardan yine durum farklılaşır²⁴. Bu nedenle de hukuk seçimi noktasında sayılan işçi statülerinin mavi yakalı işçilerle aynı uygulamaya tabi tutmak işveren açısından adil olmayabilir.

Diğer bir tartışmalı nokta ise toplu iş sözleşmelerinde uygulanacak hukuk seçiminin yapıp yapılamayacağıdır. Burada kısaca değinilecek ağırlıklı görüş toplu iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin

¹⁸ Baycık, “Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık”, 60; Gaye Baycık, “Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürelen Türk İşçilerin Açtığı Davalarda Uygulanacak Hukuk”, *Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları* (Ankara: INTES, 2017), 104-123; Tarman, 527; Yargıtay 9. HD (Yargıtay), E.2016/15095, K.2016/20715, (24 Kasım 2016); Özel, “Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk”, 375.

¹⁹ Madde hükmüne göre “iş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların kararlaştırdıkları hukuk uygulanır” demektedir.

²⁰ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.

²¹ Tarman, 528; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 315.

²² Tarman, 528; Vahit Doğan, “5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri,” (2010), 105-125; Özel, “Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk”, 378.

²³ Nusret Alabay, “Popüler Yazılar Bilgi İşçileri ve Altın Yakalılar”, 2010.

²⁴ Julian Budde- Thomas Dohmen -Simon Jäger- Simon Trenkle, “Worker Representatives,” *CRC TR 224 Discussion Paper Series*, (University of Bonn and University of Mannheim, Germany, 2024).

yapılamayacağına ilişkindir. Çünkü bu yapılan seçimin kanunlar ihtilafı açısından bir hüküm doğurması için MÖHUK kapsamında belirli bir iş sözleşmesi hakkında yapılması gerektiğini ifade edilmektedir²⁵. Diğer yandan ise toplu iş sözleşmelerinin tarafları arasında zayıf konumda olan yoktur bu nedenle de MÖHUK madde kapsamına giremeyecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki toplu iş hukukuna ilişkin kurallar da MÖHUK 6. madde kapsamında doğrudan uygulanan kurallar olarak değerlendirilmez. Bunun yerine Türk kamu hukuku kuralı olarak ilgili alanlarda uygulanır²⁶.

1. Hukuk seçiminin sınırları

Taraflar kanuni sınırlara uygun olmak kaydı ile hukuk seçimi yapmakta özgürdür. İş ilişkileri ile bağlantılı ya da alakasız bir hukuk dahi seçebilirler²⁷. İş sözleşmesinin tarafı olan işçiyi korumak amaçlı getirilen birtakım sınırlamalar kanunumuzda mevcuttur. MÖHUK 27. madde aslında terazinin iki tarafını dengelemek adına düzenlenmiştir. Amacı ekonomik açıdan zayıf olan işçiyi korumak ve ekonomik açıdan güçlü olan işverenin iş sözleşmesinde kendi lehine olan hukuku işçiye directmesini engellemektir. Bu madde kapsamında temel olarak her ne kadar taraflara hukuk seçimi serbestisi sağlansa da bu tam bir serbesti olmayıp, mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyucu hükümleri ile işçiye sağlanan korumadan onu mahrum edecek şekilde hukuk seçiminin yapılmasını engellemiştir. İşyeri hukukunun işçiyi koruma amacıyla getirilen emredici hükümler aslında burada işçinin korunmasındaki sınırı ifade etmektedir. Bu noktada MÖHUK, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'nden ayrılmaktadır²⁸. Çünkü Roma I Tüzüğü sadece mutad işyeri hukukunun değil, aynı zamanda işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülke hukuku ve iş ilişkisiyle sıkı bağlantısı olan hukukun işçiyi koruyan hükümlerinin de hukuk seçimi ile engellenmesine izin vermemektedir²⁹.

Hukuki sınırlamada önümüze çıkan problemlerinin başında lehe olan hukuka nasıl karar verileceği gelir. Burada da hakimin hayatın olağan akışında işçi kendisi için hangi hukuk kurallarını seçecek ise onları seçerek uygulaması doğru olacaktır. Kıdem tazminatına bir hukuk düzeninde hak kazanırken diğerinde hak kazanamıyorsa burada lehe hüküm açıktır. Ancak örneğimizden gidecek olursak lehe olan hukuk tayininde sadece kıdem tazminatı maddeleri mi yoksa hukuk sistemlerinin mi dikkate alınacağı sorusu ortaya çıkar. Bilindiği üzere pozitif hukukta lehe olan kriter tayinine ilişkin bir açıklık yoktur³⁰. Tarafların seçtiği hukukun mu yoksa mutad işyeri hukukunun mu daha lehe olduğunun nasıl kararlaştırılacağı muammadır. Burada iki durum akla gelir. İlki ilgili maddeleri tek tek karşılaştırmak, diğeri ise birbirleri ile bağlantılı hükümlerin grup şeklinde karşılaştırarak lehe olanı ayırt edip uygulamaktır³¹. Bizim de katıldığımız görüşe göre taraflarca seçilen hukukun, mutad işyeri hukukuna nazaran işçinin daha aleyhine olduğu durumlarda, tamamen geçersiz sayılmamalıdır³². Bu nedenle uygulanacak olan kanunun sadece ilgili hükümleri grup şeklinde temel alınır ve böylelikle işçiye mükerrer koruma sağlanmamış olur. Çünkü işçi hem seçilen hukukun hem de mutad işyeri hukukunun

²⁵ Nuray Ekşi, "Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", 1997, (ts.), 116-149; Tarman, 528.

²⁶ Özel, 405.

²⁷ Tarman, 532.

²⁸ Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk", 371. Tarman, 523. Aslı Bayata Canyaz, "Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi" Hacettepe hukuk fakültesi dergisi, 1 (2011) 112. Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'nün düzenlenmesinin amacı milletlerarası yeknesaklığı sağlamaktır. Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki 1980 tarihli Konvansiyon'u (AET-Roma Sözleşmesi) bir tüzüğe (Roma I) dönüştürme çalışmaları tamamlanmıştır.

Akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki AT Tüzüğü (Roma I), 592/2008 EC numarasını alarak 4.7.2008 (L177, s.6) tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Tüzük 17.12.2009 tarihinden sonra akdedilen sözleşmelere uygulanacaktır (m.28). Akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki AT Tüzüğü (Roma II), 864/2007 EC numarasını alarak 31.7.2007 (L199, s. 40) tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Tüzüğün esasa ilişkin hükümleri 11.1.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁹ Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk", 371.

³⁰ Tarman, 532.

³¹ Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 58; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 339.

³² Doğan, "İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti", 73.

lehe hükümlerinden yararlanamaz. Nitekim MÖHUK 27. madde'nin amacı da bu değildir³³. Aksi halde, milletlerarası hukuk kuralları, sadece işçinin menfaatlerini gözeten işvereni ise cezalandıran özelliğe bürünerek amacını aşar³⁴. Buna ek olarak, tek tek lehe belirlenen madde hükümleri ile yeni bir hukuk düzeni yaratılması ve farklı devletlerin farklı maddelerinin aynı uyumsuzluğa kümülatif şekilde uygulanması ciddi problemler yaratabilir³⁵. Dolayısıyla açıkça ifade edilmesi gerekir ki, tarafların hukuk seçimi tamamen geçersiz değildir sadece, lehe hükümler açısından (örneğimizde kıdem tazminatı) kararlaştırılan hukuk yerine objektif akit statüsünün hükümleri uygulanacaktır. Böylelikle kural olarak iş sözleşmesinde tarafların seçtiği hukuk uygulanır.

2. Hukuk seçiminin olmadığı haller

Taraflar her ne kadar kendilerine kanun tarafından hukuk seçimi hakkı tanınsa da hukuk seçimi yapmayabilirler yahut MÖHUK 32. madde³⁶ kapsamında hukuk seçiminin geçerli olmaması durumunda MÖHUK 27/2. fıkrası devreye girer ve uygulanacak hukuk işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku olarak tespit edilir. Burada uygulanacak hukuk objektif bağlanma noktası ile tespit edilecektir. Zira amaç hukuk seçimi yapılsa ve de geçerli olsa dahi işçiyi koruyan emredici hükümlerden daha az bir koruma sağlıyorsa seçilen hukukun uygulanması olduğu için hukuk seçimi yapılsa dahi objektif bağlanma noktası ile uygulanacak hukuk seçilme zorunluluğu vardır.

Aşağıda detaylı şekilde incelenecek olan günümüzde tartışması devam eden ve yargı mercilerince zıt kararlar verilen İŞKUR tarafından hazırlanan yurt dışı hizmet akitlerinde uygulanacak hukukun belirlenmediği uyumsuzluk konuları da mevcuttur³⁷. Bu halde seçilen hukuk söz konusu olmadığı için, işçinin mutaden işini gördüğü ülke hukukunun uygulanması gerekir. MÖHUK 2/1. fıkrası uyarınca hâkimin re'sen mutad işyeri hukukunu tespit ederek uygulama yükümlülüğü vardır. Lakin, aşağıda detaylı inceleneceği üzere 2020 yılının sonlarına kadar Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, mutad işyeri hukukunu ve bu hukukun uygulanması halinde ortaya çıkacak sonuçları değerlendirmeye almak yerine, uyumsuzluğun taraflarının vatandaşlıklarını ve iş hukukunun emredici yapısını göz önüne alarak Türk hukukunu uygulamaktaydı³⁸. Bu da hem mevzuatın doğru uygulanmamasına hem de milletlerarası özel hukuk adaleti ve hakkaniyetinin sağlanamamasına neden olmaktaydı. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2023 tarihli kararıyla³⁹ birlikte bu yaklaşımın değiştiğini görmekteyiz.

B. Mutad işyeri kavramı

Mutad işyeri kavramı yabancı unsurlu iş sözleşmeleri açısından oldukça önemli bir kavramdır. Çünkü hem seçilen hukukun uygulanmasında hem de tarafların hukuk seçimi yapmadıklarında bu kavram karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki maddi hukukumuzda bu kavram yer almamaktadır⁴⁰. Bu nedenle de doktrindeki tanımlar ve mahkeme kararları bu noktada yol gösterici niteliktedirler. İşin mutad olarak yapıldığı ülke, iş sözleşmesinin tarafları için ortak bağlantı noktasıdır.

³³ Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 58; Tarman, 532; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 339; Doğan, "5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri," 105-125.

³⁴ Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 58.

³⁵ Tarman, 532.

³⁶ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun "Sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddî geçerliliği" başlıklı madde 32 - (1) Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir. (2) Taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığına iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

³⁷ Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 58.

³⁸ Yargıtay, K. 2016/20715; Yargıtay, K. 2012/36421. "İşveren yabancı şirketin, ortağı olan Türk işveren ile organik bağ içinde bulunduğu, bu nedenle işverenin de işçinin de Türk olduğu, ücretin Türk banka hesaplarına yatırıldığı hususlarını ve en önemlisi iş hukukunun emredici yapısını" dikkate alarak Türk hukukunu uygulamaktaydı.

³⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K. 2023/424.

⁴⁰ İpek Sarıöz Büyükalp, "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/2 (Şubat 2019), 195-248.

Mutad işyerinin bağlantı noktası olarak belirlenmesinin amacı, işçiye aynı yerde çalışan diğer işçilerle aynı hukukun uygulanarak eşitliğin sağlanmasıdır⁴¹. Böylelikle işçi, fiilen iş gördüğü ülkedeki asgari korumadan yararlanacak, bu ülkedeki işçilerle aynı hak ve yükümlülüklerle tabi olacaktır. Bu nedenle mutad işyerinin bağlantı noktası olarak seçilmesi, çalışma barışına da hizmet etmektedir⁴². En basit haliyle işin zaman ve içerik olarak ağırlıklı ifa edildiği yer mutad işyeri olarak tanımlanabilir⁴³. MÖHUK 27. maddede, iş sözleşmesiyle en sıkı bağlantılı hukuk olarak karakteristik edimin ifa yeri hukuku olan mutad işyeri hukukunu belirlemiştir. Buradaki karşılaşılan problem ise objektif bağlama kuralı olan mutad işyerinin değişken olabileceği durumlardır. Yani işçi birden fazla ülkede çalışıyor olabilir yahut iş sözleşmesi devam ederken mutad işyeri değişmiş olabilir. Buna en belirgin örnek geçici görevlendirmeler, iş seyahatleri, montaj faaliyetleri, fuarlar ya da sergilerde hizmet ifası olarak verilebilir⁴⁴. Bu noktada kanun her ne kadar tereddütte yer vermemek adına geçici mutad işyeri değişikliklerinin uygulanacak hukuk noktasında bir etki doğurmayacağını belirtse de hangi durumların geçici olduğu konusunda akıllarda soru işareti bırakmaktadır. Doktrindeki görüş *animus revertendi* (işçinin işini tamamladıktan sonra dönme niyeti) ve *animus retrahendi* (işverenin işçi döndükten sonra işçiyi istihdam etme niyeti) kıstasının somut olayda gerçekleşmesi gerektiği yönündedir⁴⁵. Geçici görevlendirme süresi ile ilgili belirli bir kıstas bulunmamakla beraber Alman doktrininde geçici görevlendirme için üst sınırın iki yıl olduğu görülmektedir⁴⁶. Belirtmek gerekir ki her bir uyumsuzluk için somut olay özellikleri çerçevesinde bu süre yeniden tayin edilebilir. Örneğin tanıtım fuarları için iki yıllık bir süre oldukça uzundur. Ancak, işverenin yeni şubesi için düzenleme ve işçilere eğitimin verilmesi gereken durumlarda iki yıl kısa bir zaman olarak değerlendirilebilir. Roma I Tüzüğü'ne göre ise işçinin yurt dışında işini yaptıktan sonra kaynak ülkeye dönmesinin beklendiği durumlarda mutad işyerinin değişmediği kabul edilmektedir⁴⁷. Hatta Tüzük kapsamında işçinin aynı grup şirkete bağlı bir işverenle yeni sözleşme yapmış olması da başka bir ülkede geçici çalışma olarak mütalaa edilmektedir⁴⁸.

Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına bakıldığında ise, Brüksel Konvansiyonu 5/1. fıkrası çerçevesinde, mutad işyerinin tanımı şu şekilde yapılmıştır: "İşin birden fazla ülkede icra edilmesi halinde, mutad işyeri, işçinin işe ilişkin faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere oluşturduğu etkin merkezin bulunduğu yerdir"⁴⁹. Divan verdiği diğer kararlarda da bu görüşüne sadık kalmıştır. Örneğin, Avrupa'da çiçek dağıtımını yapan Danimarkalı bir şirkette çalışan ve yerleşim yeri Almanya olan tır şoförü ile şirket arasındaki iş sözleşmesine ilişkin mutad işyeri tespitinde bulunmuştur. Divan kararında her ne kadar işin görülmesinde Lüksemburg tescilli kamyonların kullanıldığını, işçinin de Lüksemburg sosyal güvenlik sistemine kayıtlı olsa da, iş görme edimini ağırlıklı olarak Almanya'da gerçekleştirdiğini belirterek, mutad işyeri hukuku olan Almanya hukukuna göre belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir⁵⁰. Benzer diğer bir kararında da Fransız şirketler grubunda on beş yıldır ticari temsilci olarak çalışan işçinin bir yıllık çalışma döneminin dokuz ayını Almanya'da farklı yerlerinde fiilen çalışarak, geriye kalan 3 aylık kısmını ise Fransa'da birtakım idari yükümlülükleri tamamlayarak geçirmesini dikkate almış ve Fransa'da düzenli adresi bulunmasına rağmen iş görme ediminin Almanya'da ifa

⁴¹ Elçin, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, 120.

⁴² Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 57.

⁴³ Musa Aygül ve Nazlı Çoban, "Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti", *Terazi Hukuk Dergisi* 15 (2020), 1815-1832; Ali Gümrah Toker, "5718 Sayılı MÖHUK Çerçevesinde Telif Hakkına İlişkin Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 8/1 (Haziran 2022), 51-74; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 359; Tarman, 358.

⁴⁴ Sarıöz Büyükalp, "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK M. 27/F. 3'ün Uygulanması Sorunu", 228; Çelikel - Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 418-419; Tarman, 537; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 348.

⁴⁵ Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk", 382. Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009), Tarman, 537.

⁴⁶ Tarman, 536; Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk", 382. Doğan, "*İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*", 80 vd.

⁴⁷ Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk", 382. Bknz: Roma I Tüzüğü Gerekçe 36.

⁴⁸ Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk", 382.

⁴⁹ Petrus Wilhelmus Rutten v. Cross Medical Ltd. (AAD.), K. C-383/95 (Avrupa Birliği Adalet Divanı 09 Ocak 1997).

⁵⁰ Heiko Koelzsch v. Etat du Grand-Duché de Luxembourg (AAD.), K. C-29/10 (AAD 15 Mart 2011).

edilmesi sebebiyle mutad işyeri hukukunu Alman hukuku olarak belirlemiştir⁵¹. Bu iki karardan da anlaşılacağı üzere Avrupa Adalet Divanı işçinin ne sosyal güvenlik sistemine kayıtlı olduğu yeri ne de düzenli adresini dikkate almaktadır. Aldığı tek kıstas asgari korumayı sağlamak amaçlı işçinin ağırlıklı olarak fiilen çalıştığı ülke hukukudur⁵².

Türk mahkeme kararlarına bakıldığında ise mutad işyeri tayininden ziyade doğrudan kamu düzeni gerekçe gösterilerek Türk hukukunun uygulandığı görülmektedir. Özellikle Yargıtay kararlarında son dönemlere kadar mutad işyeri tanımı dahi yer almamaktaydı. Doğrudan Türk hukuku ile ilişkilendirilip Türk hukuku uygulanmaktaydı⁵³. 2023 tarihli HGK kararında da mutad işyeri tanımı AAD kararlarına benzer şekilde; “işçinin işini fiilen yaptığı yer, işinin önemli bir kısmını yapmak için zamanını geçirdiği yer...” olarak tanımlanmıştır⁵⁴.

C. İşverenin esas işyerinin bulunduğu ülke

MÖHUK 27/3. fıkrası hükmü⁵⁵ gereğince bazı işlerin niteliği gereğince işçi edimini belirli bir yerden ziyade sürekli birden fazla ülkede ifa ediyorsa, iş sözleşmesine işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. Küreselleşmenin etkisiyle belirli bir yerde işi görmek mümkün olmadığı işler mevcuttur. Örneğin sirk ve dans toplulukları, uluslararası nakliyat veya montaj işleri, açık denizlerde yapılan işler bu duruma örnek gösterilebilir⁵⁶. Eğer bu fıkra olmasaydı özellikle hiçbir devletin egemenliği altında bulunmayan açık denizlerde yapılan işlerde çıkacak uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk noktasında ciddi problemler ortaya çıkabilirdi⁵⁷. Bu fıkra sayesinde işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanarak bu sorun bir nebze giderilmiş oldu. Esas işyerinden kastedilen ise işverenin işyerinin merkezinin bulunduğu yerdir. Ancak, ilgili maddede işverenin birden fazla işletme merkezinin bulunması veya işletme merkezinin hiç bulunmaması durumunda hangi ülke hukukunun uygulanacağı hususu belirtilmemiştir⁵⁸. Yabancı doktrine baktığımızda ise bu gibi durumlara ilişkin deniz ve hava işletmelerinde çalışan mürettebat için daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiğine ilişkin görüşler de mevcuttur⁵⁹. Kanımızca da işverenin birden fazla işletme merkezinin bulunması veya hiç bulunmaması durumlarında sıkı ilişki temel alınarak uygulanacak hukuk tespiti yapılabilir.

D. Daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması

MÖHUK 27. maddenin istisnai hükmü olan daha sıkı ilişkili hukuk uygulaması aslında bir zorunluluk değil hakime verilen bir takdir yetkisidir. Yani MÖHUK 27/4 maddesi sözleşmeye uygulanacak hukukun 2. ve 3. fıkra hükümlerine göre tespit edildiği durumlarda yani tarafların hukuk seçimi yapmadığı haller ile işçinin işini belirli bir ülkede değil devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde eğer iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili bir hukuk varsa hakim bu hukuku uygulayabilir. Buradaki kanun

⁵¹ Hakenberg Kararı (AAD), K. C-13/73 (AAD 12 Temmuz 1973).

⁵² Sarıöz Büyükalp, “Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3’ün Uygulanması Sorunu”, 221.

⁵³ Yargıtay, K. 2012/36421; Yargıtay, K. 2016/20715; Yargıtay 7.HD, E. 2013/4517, K.2013/12824 08.07.2013; Yargıtay 7.HD, E. 4518, K.2013/12825 08.07.2013; Yargıtay 9.HD, E. 2011/29359, K. 2012/37574 13.11.2012; Yargıtay 22.HD, E. 2012/9271, K. 2013/10573 13.05.2013; Yargıtay 22. HD, E. 2012/9262, K. 2013/10564, 13.05.2013. Baycık, “Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık”, 59. Türkiye’de Türk işverene karşı açılan davalarda “iş hukukunun emrediciliği niteliği, işçinin Türk vatandaşı olması, kamu düzeninin dikkate alınması, yurt dışına işçi gönderen kişi ya da şirketin yurt dışındaki şirketle organik bağının bulunması” Türk hukukunun uygulanmasına gerekçe gösterilmiştir.

⁵⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K. 2023/424. Baycık, “Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık”, 59. Buna ek olarak mutad işyerini belirlerken: “sözleşme süresinin tamamında belirlenen tüm koşullar dikkate alınmalı, iş görme ediminin düzenli ve sürekli olarak ve bir bütün hâlinde nerede ifa edildiği...” nin temel alınması gerektiğini vurgulamıştır.

⁵⁵ “İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbi olduğu” hükmü yer almaktadır.

⁵⁶ Tarman, 537. Özel, 384.

⁵⁷ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 353.

⁵⁸ Tarman, 538.

⁵⁹ Çelikel - Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 364; Tarman, 537-538. Christoph Reithmann- Dieter Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, (Köln: O. Schmidt, 2004). Gerhard Kegel- Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, (Münih: C.H.Beck,2004).

ifadesinden de anlaşıldığı üzere hakime bilinçli şekilde bir takdir yetkisi verilmiştir. Bu noktada Roma I Tüzüğü'nden farklılaşmaktadır⁶⁰. Çünkü Tüzük'te bu istisna diğer adıyla kaçış klozu olarak düzenlenmiş ve dar yorumlanması gereken bir hükümdür. Bu hükümde önemli olan hakimnin daha sıkı ilişkili hukuka nasıl karar vereceğidir ve mutad işyeri hukuku işçi için daha lehe olduğu durumlarda daha sıkı ilişkili hukuku uygulanıp uygulanmayacağı noktasıdır. Öncelikle daha sıkı ilişkiden kasıt somut olaylarda tarafların vatandaşlığı, sözleşmenin dili, sözleşmenin ifa yeri, ödemenin yapılacağı para birimi, tarafların yerleşim yeri olarak sayılabilir⁶¹. HGK'nın 2023 tarihli kararında iş sözleşmesinin hangi durumlarda Türk hukuku ile sıkı ilişkide olacağına dair açıklık getirilmiştir⁶².

Yargıtay'ın önceki kararlarından⁶³ farklı olarak, 2023 tarihli HGK kararında sadece tarafların Türk vatandaşı olması veya işçinin Türkiye'deki sigorta sistemine kayıtlı olması Türk hukuku ile sıkı ilişkili sayılmamaktadır. Kararda sayılan durumların tamamı veya önemli bir kısmının gerçekleşmesi aranmalıdır. Diğer duruma baktığımızda ise MÖHUK 27. maddenin genel olarak düzenleniş amacı işçiye korumak olduğu için mutad işyerinden daha sıkı ilişkili hukuk olsa dahi hakim takdir yetkisini kullanırken eğer ki mutad işyeri hukuku işçinin daha lehine ise bu durumda daha sıkı ilişkili hukuk yerine mutad işyeri hukukunu uygulamalıdır. Aksi halde hem kanun maddesinin amacına ve ruhuna aykırılık teşkil eder hem de kanunlar ihtilafı hakkaniyeti sağlanmamış olur.

II. Yurtdışı Hizmet Akdi'nin Niteliği

Son dönemde oldukça tartışmalı hale gelen yurtdışı hizmet akdi aslen İŞKUR'un yurtdışında çalışmaya gidecek olan işçiler için hazırladığı matbu sözleşmelerdir. Türkiye'den yurtdışına işçi götürmek isteyen işverenlerin bazı yükümlülükleri vardır. Bunların başında 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'na dayanılarak çıkarılan Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4/1. fıkrası ve 8. maddesi uyarınca işverenler, İŞKUR tarafından hazırlanan bu sözleşmeleri işçi ile karşılıklı olarak imzalamak ve imzalı sözleşmeleri Kuruma onaylatmak zorundadır⁶⁴. İmzalı bir örneği de işçinin dosyasında saklanmak üzere Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne verilmektedir. Bu sözleşmelerin üzerinde taraflar herhangi bir değişiklik yapma yetkisini haiz değildir⁶⁵. Bu sözleşme çerçevesinde işçinin iş görme borcunu yabancı ülkede ifa etmesi gerekir. Bu nedenle işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklarda hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiği ve akabinde zamanaşımı süreleri tartışma konusu olmaktadır. Çünkü bu matbu sözleşmelerde bazı uyuşmazlık konuları için işçinin çalıştığı ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlerin taraflar arasında bir hukuk seçimi anlaşması olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusu karşımıza çıkmaktadır⁶⁶.

Belirtmek gerekir ki bu matbu sözleşmeler aslen genel işlem koşulları niteliği taşımaktadır. Genel işlem koşulları kısaca, sözleşme taraflarından birinin önceden, tek yanlı olarak, ileride kuracağı birden çok hukuki ilişkide kullanmak amacıyla hazırladığı ve içeriğine müdahale edebilme imkânı tanımaksızın kabul etmesi amacıyla karşı tarafa sunduğu şartlar, olarak tanımlanabilir⁶⁷. Her ne kadar yurtdışı hizmet

⁶⁰ Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk", 384.

⁶¹ Yargıtay 7.HD (Yargıtay), E. 2013/ 10105, K. 2013/17312 (24 Ekim 2013); Yargıtay 9.HD (Yargıtay), E. 2009/42000, K. 2011/3964 (18 Şubat 2011). Daha detaylı bilgi için bkz: Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinat ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık".

⁶² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K. 2023/424. "... işçinin sosyal çevresinin Türkiye'de bulunması, Türkiye'nin sosyal güvence sistemi içinde yer alması, ücretinin Türkiye'de ve Türk Lirası üzerinden ödenmesi, işverenin Türk olması, iş sözleşmesinin Türk Hukukuna özgü kurumlar gözetilerek düzenlenmesi, Türk Hukukuna tâbi daha önceki bir iş sözleşmesine gönderme yapılması, iş sözleşmesinin Türkçe kaleme alınması gibi unsurların tamamının ya da önemli bir bölümünün varlığı hâlinde" Türk Hukuku ile sıkı ilişki içinde olduğu sonucuna varılabilir.

⁶³ Yargıtay, K. 2013/17312; Yargıtay, K. 2011/3964.

⁶⁴ Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği, (Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği), Resmi Gazete 26789 (16 Şubat 2008).

⁶⁵ Ayşe Ledün Akdeniz, "Yurt Dışına Götürülen İşçilerin İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Konusuna İnterdisipliner Bir Yaklaşım", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 73/2 (Ağustos 2024), 925-977.

⁶⁶ Akdeniz, "Yurt Dışına Götürülen İşçilerin İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Konusuna İnterdisipliner Bir Yaklaşım", 298; Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinat ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 56.

⁶⁷ Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (İstanbul: Beta, 2001), 27-29.

akdi işçi ya da işveren tarafından hazırlanmayıp İŞKUR tarafından hazırlansa da genel işlem niteliğini korumaktadır. Nitekim 2023 tarihli HGK kararında da bu durum açıklığa kavuşturulmuştur⁶⁸. Diğer bir şart ise İŞKUR bu akdi birden fazla kişi için önceden hazırlamıştır ve üzerinde tarafların herhangi bir değişiklik yapma yetkileri yoktur. Genel işlem koşullarının geçerlilikleri Türk Borçlar Kanunu'nun 21-25 maddeleri kapsamında incelenmelidir⁶⁹. Buradaki soru yurtdışı hizmet akdinin tarafı olan işverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğünün nasıl olması gerektiğidir. Öğretideki bazı görüşler bu bilgilendirme yükümlülüğünün sadece işçiye sözleşme hükümlerine erişiminin sağlanması olarak savunurken⁷⁰, yargı kararlarında tam tersi görüş olarak, işverenin ekonomik açıdan zayıf olan işçiyi bu genel işlem koşulları hakkında açıkça bilgilendirmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷¹.

Görüldüğü üzere, İstanbul BAM 27. Hukuk Dairesi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2020 yılından önceki içtihadına atıf yaparak, matbu sözleşme imzalanırken ayrıca işverenin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmedeği gerekçesiyle hukuk seçimini geçersiz saymış ve MÖHUK 27/4 uyarınca daha sıkı ilişkili olan Türk hukukunun uygulanmasına karar vermiştir⁷². Oysa ki, Yurt dışı hizmet akitleri, genel işlem şartı niteliği taşıdığından, esasında diğer sözleşmelere göre daha sıkı yürürlük denetimine tabi tutulmaktadır⁷³. Bu nedenle yurt dışı iş sözleşmelerinin yürürlük denetimi bakımından önemli olan, işverenin işçiye söz konusu sözleşmeyi okuma imkânını sağlamasıdır. Burada da kurumun web sitesinden kolaylıkla erişim sağlanabilmektedir. Ek olarak üç nüsha olarak düzenlenen bu sözleşmenin bir nüshası da işçiye verilmektedir. Bu nedenle ayrıca işçinin okuduğu hükümlerin hukuki sonuçlarını anlaması gerekmemektedir⁷⁴. Bu durumda işçi, genel işlem koşullarının varlığından haberdar olacak ve ayrıca bunları okuduktan sonra kabul iradesini açıklayacaktır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları

⁶⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K. 2023/424; Avşar, "2023 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Yurt Dışı Hizmet Akdine Uygulanacak Hukuk", 611. "... Hukuki ilişkinin içeriğini oluşturan genel işlem koşullarının idari denetimden geçiyor olması, hükümlerin meslek birliklerince hazırlanması veya başkaca kuruluş ve Bakanlıkların görüşü alınarak düzenlenmesi bu hükümlerin genel işlem koşulu niteliğini ortadan kaldırmaz."

⁶⁹ Türk Borçlar Kanunu (TBK), Resmî Gazete 21-25 (11 Ocak 2011) Kanun No. 6098. TBK'nın 21. maddesi kapsamında "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."

⁷⁰ Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinat ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 64. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 27-29. Orhan Ersun Civan, *Genel İş Koşulları*, (İstanbul: Beta, 2015).

⁷¹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 27. HD (İstinat Mahkemesi (Direnme Kararı)), K. 2022/1171 (25 Nisan 2022). "Türkiye'den yurt dışına çalıştırılmak üzere genellikle Türkiye İş Kurumu (Kurum) vasıtasıyla işçi götürüldüğü, imzalanan matbu nitelikteki yurt dışı hizmet akitlerinin boşluklarının çoğu zaman işveren tarafından doldurularak işçilere imzalatıldığı, taraflarca hariçten imzalanarak Kuruma verilen ve Kurum yetkilisi tarafından onaylanarak saklanan sözleşmelerin bir kısım maddelerinde hukuk seçimine ilişkin hükümler bulunmakla birlikte işverenin işçiyi çalışılan ülke mevzuatına tâbi olacağı ve çalışma şartları konusunda bilgilendirme yükümlülüğünü yazılı olarak yerine getirmemesi sebebiyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen, İş Hukukundaki görünümü genel iş koşulları olan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler karşısında geçerli kabul edilemeyeceği ayrıca işçilerin Türkiye'de açtıkları davalarda kamu düzeni yönünden Türk İş Hukukunun uygulanması gerektiği yönünde yerleşik içtihatlar bulunduğu, bu nedenlerle 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca Türk İş Hukukunun uygulanmasına ilişkin kabulün yerinde olduğu, öte yandan davacının yabancı hukukun uygulanmasına yönelik talebi olmadığından davalının itirazı üzerine yapılacak inceleme sonucunda yabancı hukukun davacının daha lehine olduğu sonucu doğsa bile davalı aleyhine hüküm kurulması da söz konusu olamayacağından Türk İş Hukukunun nispi emredici asgari kurallarının somut olayda uygulanması gerektiği, yine tarafların Türkiye'de olduğu, davacının izinlerini Türkiye'de kullandığı, yerleşim yerinin ve sosyal çevresinin, kazandığı ücretini harcadığı yerin Türkiye olduğu, Türkiye'de sosyal güvence sistemi içinde yer aldığı, ücretinin brütleştirilmesinin dahi 5510 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınarak yapıldığı, iş sözleşmesinin de Türkiye'de aktedildiği, Türkçe düzenlenen sözleşmede Türk Hukukuna göre çalışma şartlarının belirlendiği, ihbar süresinin, kıdem ve ihbar tazminatına esas ücretin, ibranamenin Türk hukukuna göre belirlenip düzenlendiği, bu hâli ile fiili uygulamanın Türk Hukukuna göre olduğu ve iş sözleşmesindeki hukuk seçimine ilişkin hükmün taraflarca uygulanmadığı, taraflar açısından sıkı ilişkili hukukun Türk Hukuku olduğu" ifadelerine yer verilmiştir.

⁷² Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinat ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 64.

⁷³ Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 27; Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinat ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 65.

⁷⁴ Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinat ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 65.

yazılmamış sayılır. Eğer ki işçi nitelikli işçi gurubunda⁷⁵ ise, dürüstlük kuralı çerçevesinde bu akdin içeriğini anlama ve yorumlama konusunda zayıf konumda olmadığı kabul edilebilir. Buna ek olarak, yurtdışı hizmet akdinde uygulanacak hukuk mutad işyeri hukuku olarak düzenlenmiştir. Böylelikle MÖHUK 27/1 maddesinde amaçlanan mutad işyeri asgari koruma standartlarını, yurtdışı hizmet akitlerinin mutad işyeri hukukunu uygulanacak hukuk olarak kararlaştırmasından dolayı, doğrudan sağladığı düşünülebilir. O nedenle ekonomik açıdan zayıf konumda olan işçinin mutad işyeri hukukunun uygulanması genel olarak bakıldığında işçinin dezavantajına yönelik bir durum oluşturmamaktadır.

TBK'da sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır. Bu durumun sözleşmeye etkisi ise sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur⁷⁶. Burada akla gelen soru; eğer taraflar yurtdışı hizmet akdinden ayrı kendi aralarında başka bir iş sözleşmesi yaptırırsalar ve bu sözleşmede farklı bir uygulanacak hukuk kararlaştırırsalar uyuşmazlık çıktığında hangi hukukun uygulanacağına ilişkindir. Bu durumda Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 15. maddesi devreye girmektedir⁷⁷. Bu hükme göre, işçi ile işveren arasında bir başka sözleşme yapılmış ve bu sözleşmede bir başka ülke hukuku seçilmiş ise, o halde, hangi hukukun işçinin daha lehine olduğuna karar verilmesi gerektiği açıktır. Bu durumda tarafımızca seçilen hukukun ilgili mevzuat kurallarını madde madde değil de işçinin uyuşmazlık konusuna ilişkin hükümlerin bir bütün şekilde ele alınarak lehe hüküm değerlendirilmesi yapılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Son olarak, Yurtdışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesi açıkça hukuk seçimine ilişkindir⁷⁸. Madde hükmü öncelikli olarak bu sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklara işçinin çalıştığı yer hukukunun uygulanacağını eğer bu hukukta ilgili uyuşmazlığa ilişkin hüküm yoksa da Türk hukukunun uygulanacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce de bu hüküm bir hukuk seçimi olup, uyuşmazlık çıktığı vakit MÖHUK 27/1 maddesi kapsamında hakim tarafından re'sen dikkate alınacaktır. Bu hukuk seçiminde de aslen İŞKUR yurtdışı hizmet akdinin, kanunla paralel bir koruma sağladığı görülmektedir.

III. Yetkili Yabancı Hukukun Uygulanmasını Engelleyen Durumlar

A. Doğrudan uygulanan kurallar

Her devletin kendine ait sosyal ekonomik ve toplumsal yapısına ilişkin kendi menfaatlerini koruma amaçlı yapılmış yabancı, Türk vatandaşı ayrımı yapılmayan ve de tarafların hukuk seçimi olsa dahi doğrudan uygulanan kuralları mevcuttur⁷⁹. Halihazırda olan mevzuatlarımızda tanıımı bulunmayan ancak içerik olarak ülke güvenliği, kamu menfaatinin temel alındığı kurallardır⁸⁰. O nedenledir ki MÖHUK 27. maddesinin hangi fıkrası uygulanırsa uygulansın eğer aynı Kanunun 6. maddesi çerçevesinde uyuşmazlık konusu Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları kapsamına giriyorsa taraflarca seçilen hukuk değil doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması gerekir⁸¹. Örneğin,

⁷⁵ Nitelikli işçi (skilled worker): Yüksek düzeyde eğitim ve beceriye sahip, belirli bir konuda uzmanlaşmış ve yüksek ücretle çalışan işçi anlamına gelmektedir.

⁷⁶ Türk Borçlar Kanunu, madde 21-22.

⁷⁷ "İŞKUR Yurtdışı Hizmet Akdi" (İŞKUR) (Erişim 04 Ağustos 2024). Madde hükmüne göre taraflar arasında yapılan iş sözleşmesi, "İkinci Sözleşme" başlığını taşımakta olup, "Taraflar arasında ikinci iş sözleşmesi bu sözleşmedeki haklarını sınırlandırıcı olmamak koşuluyla imzalanabilir. İki sözleşme arasında fark olması halinde, işçinin lehine olan hükümler uygulanır" düzenlemesi mevcuttur.

⁷⁸ "İŞKUR Yurtdışı Hizmet Akdi". "İşçi ve işveren arasındaki sözleşmenin uygulanmasında doğacak anlaşmazlıklar ile diğer ihtilafların giderilmesinde işverenin Türkiye'deki ikametgâhının veya şirket merkezinin bulunduğu şehrin mahkemeleri ile icra daireleri yetkilidir. Sözleşme maddelerinde, çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatı, çalışılan ülkede konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması halinde Türk mevzuatı uygulanacaktır." hükmüne yer verilmiştir.

⁷⁹ Belkis Vural Çelenk, "Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 1 (Ocak 2017), 280-282.

⁸⁰ Elçin, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, 163.

⁸¹ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.

pandemi döneminde devletlerin aldığı önlemler, ithalat ve ihracat yasakları, kotalar, döviz kontrol kuralları, kambiyo mevzuatı ve rekabet hukukuna ilişkin hükümler doğrudan uygulanan kurallar kapsamında yer almaktadır. Nitekim dövizle ilişkin 1962 ile 1983 yılına kadar uygulanan Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 17 sayılı Karar⁸² döneminde iş sözleşmeleri yabancı unsurlu olsun olmasın ödeme cinsi döviz olan kayıtlar geçerli değildi. İş Kanunu'nun işçi ücreti Türk parası ile ödenir maddesi MÖHUK 6. maddesi kapsamında kabul ediliyordu⁸³.

Hangi kuralların doğrudan uygulanan kurallar olduğuna ilişkin ayrı bir mevzuatımız olmadığından bu niteliğe sahip kurallara karar verme yetkisi hakime aittir. Dikkat edilmesi gereken bireysel menfaatleri temel alan ya da sözleşmenin tarafları arasındaki dengeyi sağlama amaçlı olan her nispi veya emredici hüküm doğrudan uygulanan kural niteliği taşımayabilir⁸⁴. Bu kuralların kamu menfaati çok ağır basmaktadır ve iş hukukunda çoğu kuralın emredici niteliği göz önüne alınacak olursa doğrudan uygulanan kuralları tabiri caiz ise şöyle tanımlayabiliriz: diğer emredici düzenlemelerden daha emredici ve bu kuralların genellikle idari ya da cezai yaptırımlarla desteklendiği ileri sürülebilir⁸⁵. İş hukukunda doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanı ancak işyerinin o ülkede bulunması halinde uyuşmazlığa müdahale edecektir⁸⁶. Doğrudan uygulanan bu kurallar uygulanacak hukukun mutad işyeri hukukuna göre belirlendiği durumlarda *lex causae'nin* bir parçası olarak uygulanma imkânına sahiptir⁸⁷. Eğer ki yetkili yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının uygulandığı vakit ortaya MÖHUK 5. maddesindeki Türk kamu düzenine aykırı bir durum ortaya çıkıyorsa bu durumda yetkili yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK 5. madde engeli ile karşı karşıya kalacaktır⁸⁸.

B. Kamu düzeninin etkisi

MÖHUK 5. maddede yer alan⁸⁹ hüküm ile kanun koyucu kamu düzeninin müdahalesini istisnai olarak düzenlemiştir. Milletlerarası özel hukuk kapsamında kamu düzeninin müdahalesi ancak taraflarca kararlaştırılan yabancı hukukun ilgili hükmünün uyuşmazlığa uygulanmasıyla ortaya çıkan durumun, Türk kamu düzenine açık aykırılık oluşturması halinde ve uygulanan yabancı hukukta uyuşmazlığa uygulanabilecek ve Türk kamu düzenini ihlal etmeyen başka bir hükmün bulunmaması durumunda Türk hukuku devreye girecektir⁹⁰. Görüldüğü üzere Yargıtay'ın 2020 yılının sonlarına kadar Türk iş hukukundaki hükümlerin emredici nitelikte olması gerekçesiyle, yetkili yabancı hukuku uyuşmazlığa uygulanmaksızın yabancı unsurlu iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa kamu düzeni dolayısıyla Türk hukukunun uygulanması, MÖHUK 5. maddesinin amacına ve ruhuna aykırılık teşkil etmektedir⁹¹. Kamu düzeni ile doğrudan uygulanan kurallar her ne kadar sonuç olarak yetkili yabancı hukukun uygulanmasını engelleyici nitelikte olsalar da birbirinden oldukça farklıdır. Eğer uyuşmazlık konusu doğrudan uygulanan kuralların kapsamına giriyorsa burada yetkili kanuna bakılmadan doğrudan uygulanır ve özel hukukta sonuç doğururlar. Somut olayımız açısından ise iş kanundaki kıdem tazminatı, ücretli izin, hafta tatili ücreti, ihbar süresi ve tazminatı gibi konular sadece işçiyi (zayıf tarafı) koruma isteği ve iş hukukunun emredici niteliği gerekçe gösterilerek doğrudan uygulanan kurallar kapsamına

⁸² Ekşi, "Tunçomağ'a Armağan", 142-145.

⁸³ Tarman, 540; Ekşi, "Tunçomağ'a Armağan", 142-145.

⁸⁴ Mustafa Erkan, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/2 (Nisan 2011), 81-121.

⁸⁵ Elçin, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, 167.

⁸⁶ Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk", 396.

⁸⁷ Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk", 396.

⁸⁸ Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk", 396.

⁸⁹ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun. "Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır."

⁹⁰ Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 59.

⁹¹ Yargıtay, K. 2012/36421; Yargıtay 9. HD (Yargıtay), K. 22007/19549 (08 Kasım 2016). Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 61. Nitekim 2020 yıllarının sonuna kadar Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yurt dışı hizmet akdinden doğan her davada, doğrudan "maddi olgulara ve emredici kurallara göre" veya "iş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesi uyarınca" gerekçeleriyle sadece Türk hukukunu uygulamasının MÖHUK kurallarına aykırılık teşkil ettiği aşıkardır.

girmez⁹². Ancak karıştırılmaması gereken durum mutad işyeri hukukunda resmi bayram tatilleri doğrudan uygulanan kurallara kapsamındadır ve uygulanacak hukuk Türk hukuku seçilse dahi bu doğrudan uygulanan kurallara dikkate alınmalıdır⁹³. Temel olan ayrımcılık yasağı gibi, iş güvenliği ve asgari ücret gibi konular doğrudan uygulanan kurallara kapsamında nitelikleri sebebiyle sayılabilirler. Bunun akabinde toplu iş ve sosyal güvenlik hukuku da bu kapsama dahil edilemez çünkü bu konular kamu hukukunun bir parçası olarak sayılmaktadır⁹⁴.

Kıdem tazminatını milletlerarası özel hukuk kapsamında incelendiğimizde baskın görüş tek başına yetkili yabancı hukukta kıdem tazminatının farklı şekilde düzenlenmesi kamu düzeni müdahalesini yahut doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını gerektirmez⁹⁵. Hatta yetkili yabancı hukukta kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olması dahi bazı görüşlere göre müdahale gerektirmemektedir. Çünkü Türk hukukunda Borçlar Kanunu çerçevesinde yapılan işlerde kıdem tazminatı ödenmemektedir. Bu nedenle yetkili yabancı hukukta kıdem tazminatının düzenlenmemiş olması Türk hukuku açısından tahammül edilemez olarak kabul edilmediği sonucuna varılmıştır⁹⁶. Kanımızca iş kanunda tanımlanan şekilde çalıştırılan işçiye yabancı yetkili hukukta kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olması kamu müdahalesini gerektirmelidir. Çünkü doktrinde belirtildiği üzere Borçlar Kanunu'nda düzenlenen iş ile İş Kanunu'nda düzenlenen iş ilişkisi farklılıklar içermektedir ve İş Kanunu'ndan kaynaklı bir uyuşmazlıkta yetkili yabancı hukuk eğer ki kıdem tazminatına ilişkin bir düzenlemesi yoksa bu durum kamu düzenine açık aykırılık olarak değerlendirilmelidir.

Kamu müdahalesini gerektiren diğer bir durum ise zamanaşımına ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği üzere iş sözleşmelerinden doğan alacaklarda ve bu alacakların tabi olacağı zamanaşımı süresine MÖHUK 27. madde'nin gösterdiği hukuk uygulanacaktır⁹⁷. Zamanaşımı süresinin özelliği bir hakkın belirli bir süre içerisinde ileri sürülmemesi hâlinde artık bu hakkın talep edilememesi sonucunu doğuran bir defa hakkı olmasıdır⁹⁸. Fakat, hukuken borç ilişkisini sona erdirmez. Yabancı hukukun uygulanması aşamasında zamanaşımı süresinin kamu müdahalesi engeline ancak Türk hukukundaki zamanaşımı süresinden daha kısa bir zamanaşımı süresi öngörmesi durumunda takılacaktır⁹⁹. Eğer ki yabancı hukuk Türk hukukundan daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörüyorsa burada işçinin aleyhine bir durum olmadığından kamu düzeni müdahalesinden bahsedilemez¹⁰⁰. Ancak belirtmek gerekir ki zamanaşımı bir tarafı koruma hizmetinden ziyade toplumsal barışı ve hukuki öngörülürlüğü sağlayan bir kurumdur. Bu nedenle de işçi lehine çok daha uzun bir zamanaşımı süresinin olması kamu müdahalesini ortadan kaldıracak bir neden olmadığı da ileri sürülebilir.

Sonuç olarak, kamu düzeni müdahalesi istisnai niteliktedir ve yetkili yabancı hukukun uygulanması sonucu ortaya çıkan durumun değerlendirilmesi gerekir. Aksi halde doğrudan uygulanan kurallara gibi kamu düzeni müdahalesi değerlendirilme yapılmadan kamu düzeni müdahalesinde bulunmak açıkça MÖHUK kurallarına aykırılık taşımaktadır. Nitekim küreselleşmenin etkisiyle beraber toplumun

⁹² Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 61.

⁹³ MÖHUK 6. madde: "Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır." Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk", 396.

⁹⁴ Rifat Erten, "Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye'de Açtıkları İşçi Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri", Prof. Dr. Rıza AYHAN'a Armağan (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022), 239.

⁹⁵ Aysel Çelikel- Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Çözümlemiş Örnek Olaylar Seçilmiş Mahkeme Kararları, (İstanbul: Beta, 2013), 310-311. Elçin, 205. Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 61-62. Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Ankara: Seçkin, 2013), 216-217.

⁹⁶ Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık", 62.

⁹⁷ Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 367.

⁹⁸ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020) 1418- 1419. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 611; M.Kemal Oğuzman-M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022), 77; Avşar, "2023 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Yurt Dışı Hizmet Akdine Uygulanacak Hukuk", 622.

⁹⁹ Avşar, "2023 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Yurt Dışı Hizmet Akdine Uygulanacak Hukuk", 623 vd.

¹⁰⁰ Avşar, "2023 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Yurt Dışı Hizmet Akdine Uygulanacak Hukuk", 625.

kültürel, ekonomik ve siyasal açılardan hızlı değişim ve dönüşüm etkisinde olduğunu düşünürsek kamu düzeni müdahalesinde eski Yargıtay kararlarını esas almanın da adil olmayacağı düşünülebilir. İş sözleşmesi yapılırken pazarlık noktasında mavi yakalı işçilerin konumunu, nitelikli işçiler ve altın yakalılarla eşit görmek ne kadar doğru olacağı düşünülmelidir. Çünkü yargı kararlarına bakıldığında işçinin iş sözleşmesindeki uyuşmazlığa uygulanacak hukuku anlaması ve yorumlaması doğrudan Türk hukukunun uygulanması için asli gerekçe gösterilmektedir.

Sonuç

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusu her ne kadar MÖHUK 27. maddede açıkça düzenlenmiş olsa da uygulamada değişik şekillerde problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde ülkemizin de yurtdışındaki faaliyetleri kapsamında Türkiye’den götürülen Türk işçilerle beraber bu uyuşmazlıklar daha fazla yargıya taşınmıştır. Yargı mercilerinin bu tür davalarda zayıf konumda gördükleri işçiye koruma amacıyla seçilen hukuk yerine doğrudan Türk hukukunu uygulamaları veya hatta inceleme yapmaksızın kamu düzeni müdahalesinde bulunmaları sıkça rastlanan bir durum haline gelmiştir. Ancak Yargıtay’ın yurtdışı hizmet akdi kapsamında çalışan işçilerin açtıkları davada uygulanacak hukuk noktasında yaklaşımları 2020’den itibaren değişmeye başlamıştır. BAM’ların zayıf konumda gördüğü işçiler için almış olduğu koruma tavrı her kadar tarafımızca hukuka aykırı kabul edilse de, diğer bir yandan her işçi statüsü içinde geçerli olmamalıdır. Çünkü literatüre yeni giren altın yakalı işçilere, nitelikli işçi grubundaki işçilere (skilled worker) ve mavi yakalı işçilere her ne kadar kanun bakımından ayırım yapılmasa da her bir somut olay karşısında ayrıca zayıf konumu ve de sözleşmeyi anlayıp, yorumlama kabiliyeti açısından farklı yaklaşılması gerektiği düşünülmektedir. Bu işçi grubunun beyin takımını oluşturması sebebiyle işverenle pazarlık payı mevcuttur, o nedenle bu işçi grubuyla işveren arasındaki uyuşmazlıklarda zayıf konum, sözleşmeye erişim, okuma anlama ve yorumlama kabiliyeti yapılmaksızın kararlaştırılan ülke hukukunun uygulanması gerekir. Diğer yandan mavi yakalı işçiler için ise İŞKUR yurtdışı hizmet akitleri koruma sağlamak için getirilmiştir ve de çalışılan ülke hukukunu seçerek o ülkede çalışan işçiler ile aynı muamelenin uygulanmasını sağlar. İşçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla taraflarca seçilen hukuk uygulanır, eğer taraflar hukuk seçimi yapmamış ya da yapsalar dahi geçerli olmadığı durumlarda iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye MÖHUK 27/2 ve 3. fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir. Böylelikle hem MÖHUK doğru uygulanmış olur hem de milletlerarası özel hukuk adaleti ve hakkaniyeti sağlanmış olur. Açıkça belirtilmelidir ki İŞKUR yurtdışı hizmet akdinde yer alan hukuk seçimi geçerlidir ve de amaç zayıf görülen işçinin korunması olduğu için çalışılan ülke hukukunun uygulanması da bu yurtdışı hizmet akdinin MÖHUK ile paralel olduğunu gösterir. Mahkemelerin zayıf konumdaki işçiye korumalarına ilişkin ise bunu yasal hale getirmenin bir yolu doktrinde belirttiği üzere yurtdışı hizmet akdinin de daha açık ifade ile “Türk iş hukukunun asgari koruması saklı kalmak kaydıyla çalışılan ülke hukukunun” seçildiği düzenlenebilir. Diğer bir yöntem ise MÖHUK 27. maddenin yeniden ele alınması olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylelikle Türk hukukunun doğrudan veya kamu müdahalesi şeklinde yasaya aykırı uygulanmasının önüne geçilmiş olur.

Kaynakça

- Akdeniz, Ayşe Ledün. "Yurt Dışına Götürülen İşçilerin İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Konusuna İnterdisipliner Bir Yaklaşım". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 73/2 (Ağustos 2024), 925-977. <https://doi.org/10.33629/auhfd.1458156>
- Alabay, Nusret. "Popüler Yazılar Bilgi İşçileri ve Altın Yakalılar", 2010. <https://dralabay.wordpress.com/2014/01/20/bilgi-iscileri-ve-altin-yakalilar/>
- Atamer, Yeşim M. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*. İstanbul: Beta, 2., 2001.
- Avşar, Melis. "2023 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Yurt Dışı Hizmet Akdine Uygulanacak Hukuk". *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/2 (Eylül 2024), 599-630. <https://doi.org/10.58733/imhfd.1545345>
- Aygül, Musa - Çoban, Nazlı. "Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti". *Terazi Hukuk Dergisi* 15 (2020), 1815-1832.
- Baycık, Gaye. "Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açtığı Davalarda Uygulanacak Hukuk". *Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları Sempozyumu*. 104-123. Ankara: INTES, 2017.
- Baycık, Gaye. "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık". *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 14/2 (Ağustos 2023), 55-69.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz - Gemici Filiz, Beste. "Türk Hukukunda Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi". *İKÜHFD* 15/1 (2016).
- Budde, Julian- Dohmen, Thomas - Jäger, Simon- Trenkle, Simon. "Worker Representatives," CRC TR 224 Discussion Paper Series, (University of Bonn and University of Mannheim, Germany, 2024).
- Civan, Orhan Ersun. *Genel İş Koşulları*, İstanbul: Beta, 2015.
- Çelikel, Aysel- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku, Çözümlemiş Örnek Olaylar Seçilmiş Mahkeme Kararları*, İstanbul: Beta, 2013, 310-311.
- Çelikel, Aysel - Erdem, B. Bahadır. *Milletlerarası Özel Hukuk: Genel Kurallar, Milletlerarası Özel Hukuk, Milletlerarası Usul Hukuku*. İstanbul: Beta, 17. Bası, 2021.
- Doğan, Vahit. "5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri,". Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, 2010.
- Doğan, Vahit. *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 1996.
- Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara:Seçkin, 2013, 216-217.
- Ekşi, Nuray. "Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk". 1997, 116-149.
- Elçin, Doğa. *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2012.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, 1418- 1419.
- Erkan, Mustafa. "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/2 (Nisan 2011), 81-121.

- Erten, Rifat. "Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye'de Açtıkları İşçi Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri". *Prof. Dr. Rıza AYHAN'a Armağan*. 213-262. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022.
- Gürsel, İlke. "Milletlerarası Özel Hukukta İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk". *Sicil İş Hukuku Dergisi* 46/2 (2021), 155-187.
- Kegel, Gerhard - Schurig, Klaus. *Internationales Privatrecht*, Münih: C.H.Beck, 2004.
- Mahiroğulları, Adnan. "Küreselleşmenin Türk Çalışma Hayatına Etkileri". *Journal of Social Policy Conferences* 0/49 (Ekim 2010), 0.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususî Hukuku*. İstanbul: Beta, Yenilenmiş 23. bası., 2021.
- Nomer, Ergin - Şanlı, Cemal. *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 17. Baskı. 2009.
- Oğuzman, M. Kemal- Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022, 77.
- Özel, Sibel. "Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk". *Public and Private International Law Bulletin* 43/1 (Temmuz 2023), 371-408. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1280362>
- Reithmann Christoph - Martiny, Dieter *Internationales Vertragsrecht*, Köln: O. Schmidt, 2004.
- Sarıöz Büyükalp, İpek. "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu". *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/2 (Şubat 2019), 195-248. <https://doi.org/10.32957/hacettepehdf.479885>
- Şanlı, Cemal vd. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 10. Baskı, 2023.
- Tarman, Zeynep Derya. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59/3 (Eylül 2010), 521-550. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001608
- Tekinalp, Gülören. *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 10. Basım, 2009.
- Toker, Ali Gümrah. "5718 Sayılı MÖHUK Çerçevesinde Telif Hakkına İlişkin Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk". *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 8/1 (Haziran 2022), 51-74. <https://doi.org/10.55027/tfm.1050385>
- Tokol, Aysen. "Küreselleşme ve Endüstri ilişkilerine Etkisi". *Küreselleşmenin İnsani Yüzü*. 131-152. İstanbul: Alfa Basım, ts.
- Vural Çelenk, Belkis. "Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 1 (Ocak 2017), 277-296.
- Hakenberg Kararı, Hakenberg Kararı (Kanun No. C-13/73). K. C-13/73 (AAD 12 Temmuz 1973).
- Heiko Koelzsch v. Etat du Grand-Duché de Luxembourg, Heiko Koelzsch v. Etat du Grand-Duché de Luxembourg (Kanun No. C-29/10). K. C-29/10 (AAD 15 Mart 2011).
- İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 27. HD (İstinaf Mahkemesi (Direnme Kararı)), K. 2022/1171 (BAM 25 Nisan 2022). www.lexpera.com.tr
- "İŞKUR Yurtdışı Hizmet Akdi". İŞKUR. Erişim 04 Ağustos 2024. <https://www.iskur.gov.tr/isveren/yurtdisi-istihdam>
- Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun. 5718 (27 Kasım 2007). Erişim 15 Ekim 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5718.pdf>

Petrus Wilhelmus Rutten v. Cross Medical Ltd., Petrus Wilhelmus Rutten v. Cross Medical Ltd. (Kanun No. C-383/95). K. C-383/95 (Avrupa Birliği Adalet Divanı 09 Ocak 1997).

Türk Borçlar Kanunu. 6098 (11 Ocak 2011). Erişim 10 Ekim 2024.
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6098.pdf>

Yargıtay 7. HD, K. 2013/17312 (Yargıtay 24 Ekim 2013). www.lexpera.com.tr

Yargıtay 9. HD, K. 2011/3964 (Yargıtay 18 Şubat 2011). www.lexpera.com.tr

Yargıtay 9. HD, K. 2012/36421 (Yargıtay 06 Kasım 2012). www.lexpera.com.tr

Yargıtay 9. HD, K. 2016/19549 (Yargıtay 08 Kasım 2016). www.lexpera.com.tr

Yargıtay 9. HD, K. 2016/20715 (Yargıtay 24 Kasım 2016). www.lexpera.com.tr

Yargıtay 9. HD, K. 2018/916 (Yargıtay 22 Ocak 2018). www.lexpera.com.tr

Yargıtay 9. HD, K. 2021/8086 (Yargıtay 18 Kasım 2021). www.lexpera.com.tr

Yargıtay 7. HD, K.2013/12824 (Yargıtay 08 Temmuz 2013). www.lexpera.com.tr

Yargıtay 7.HD, K.2013/12825 (Yargıtay 08 Temmuz 2013). www.lexpera.com.tr

Yargıtay 9.HD, K. 2012/37574 (Yargıtay 13 Kasım 2012). www.lexpera.com.tr

Yargıtay 22.HD, K. 2013/10573 (Yargıtay 13 Mayıs 2013). www.lexpera.com.tr

Yargıtay 22. HD, K. 2013/10564 (13 Mayıs 2013). www.lexpera.com.tr

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K. 2023/424 (Yargıtay 10 Mayıs 2023). www.lexpera.com.tr

Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği. 26789 (16 Şubat 2008). Erişim 28 Ağustos 2024.
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=11973&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

Yapay Zekânın Hukuk Alanındaki Uygulamaları ve Hukuk Alanında Kullanılmasının Olası Sonuçları

Applications of Artificial Intelligence in the Field of Law and Possible Consequences of Its Use in the Field of Law

Sedat Ayaz ^{ID}

Milli Eğitim Bakanlığı, Türkiye
ayazsedatayaz@gmail.com,
ror.org/00jga9g46



Geliş Tarihi/Received: 13.10.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 26.12.2024
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
07.02.2025

Öz: Yapay zekâ ile ilgili teknolojik gelişmeler sürekli artmaktadır. Günümüzde birçok bilim alanı, yapay zekâ ile ilgili önemli çalışmalar yapmaktadır ve bu alandaki yenilikleri faydaları doğrultusunda kullanarak önemli gelişmelere imza atmaktadır. Dolayısıyla birçok disiplin yapay zekâ teknolojilerinden etkilenmektedir. Hukuk disiplini de yapay zekâdan yararlanmaktadır ve yapay zekâ teknolojilerinde meydana gelen gelişmelerden etkilenmektedir. Bu makalede yapay zekâ ile ilgili terimler ve bu alanın tarihsel gelişimi ile ilgili bilgiler verilmektedir. Ayrıca, bu alanla ilgili gelişmeler sonucunda hukuk alanında meydana gelecek yenilikler üzerine yapılan çalışmalar ele alınmaktadır. Tüm bu çalışmalardan yararlanarak yapay zekânın mahkeme kararlarını tahmin etme süreci ile ilgili çalışmalar aktarılmaktadır. Bunun yanında yapay hukukçular hakkında bilgi verilmekte ve yapay zekânın Türkiye'deki Ulusal Yargı Ağı Projesine entegre edilmesinin olası sonuçları hakkında bilgi verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Algoritma, Bilişim ve Teknoloji Hukuku, Makine Öğrenmesi, Yapay Hukukçular

Abstract: Technological developments related to artificial intelligence are constantly increasing. Today, many scientific fields are conducting important studies on artificial intelligence and are taking important steps by using the innovations in this field in line with their benefits. Therefore, many disciplines are affected by artificial intelligence technology. The discipline of law also benefits from artificial intelligence and is affected by the developments in artificial intelligence technology. In this article, information is provided about the terms related to artificial intelligence, the historical development of this fields. In addition, studies on the innovations that will occur in the field of law as a result of the developments in this field are discussed. Information is being transferred about the process of artificial intelligence predicting court decisions by using all this studies. In addition, information is provided about artificial lawyers and on the possible results of the integration of artificial intelligence into the National Judiciary Network Project used in Türkiye.

Keywords: Artificial Intelligence, Algorithm, Information and Technology Law, Machine Learning, Artificial Lawyers

Extended Abstract

Studies on artificial intelligence are constantly increasing. Many fields of science need artificial intelligence and carry out important studies in this field. Similar to these fields, law also requires artificial intelligence. By using artificial intelligence, a legal system can be created that is more useful, more reliable and faster results are obtained. It is obvious that the technologies formed by the development of artificial intelligence will have significant effects in the field of law.

Law, which is affected by these developments, is also included in the fields where technologies such as machine learning and data analytics are located, and joint studies are carried out with these fields. Numerical researches carried out in the field of law have enabled the law to work together by making use of data analytics and have brought a new perspective to legal methods. Text analysis with all kinds

of legal documents such as academic texts, legislation, judicial decisions, petitions in the field of law is called legal analytics. Using artificial intelligence methods, text analysis is carried out in legal analytics.

Artificial intelligence is known as a field of technology and science that aims to give computers and machines abilities to mimic human intelligence and learning abilities. The biggest goal of artificial intelligence is to make computer systems that can solve complex problems, make decisions about them, recognize patterns and make sense of them. Artificial intelligence operates in a similar way to the basic elements of human intelligence. These abilities are known as decision-making, perception, comprehension, reasoning, learning, using language and problem solving. Artificial intelligence uses mathematical models, algorithms, and data analysis methods to perform these operations.

Artificial intelligence has a long history. Humanity's work on artificial intelligence dates back thousands of years. The greatest development of artificial intelligence began in the 20th century. The development period of artificial intelligence started in the 1950 with Alan Turing's question "Can computers think?". During these times, he focused on artificial intelligence, symbolic logic and language processing. He also officially defined John McCarthy using the term "Artificial Intelligence". As a result of the results obtained at the Dartmouth Conference held at Dartmouth College in 1956, artificial intelligence began to be accepted as a scientific discipline. In the studies carried out here, serious discussions have taken place on the studies obtained by using symbolic methods and mathematical methods of artificial intelligence. In later studies, a program known as one of the first programs related to artificial intelligence called Logic Theorist was developed, and important studies were carried out in the fields of learning, problem solving and language processing by laying the foundations of expert systems.

When we look at the development of artificial intelligence over time in the 1970, the development of expert systems accelerated, and an expert system in the field of medicine called MYCIN achieved great success in diagnosis, as well as significant success in processes such as image processing and pattern recognition. In the 1980s, studies on methods such as deep learning and artificial neural networks gained importance and came to the fore with artificial intelligence capabilities that defeated their competitors in computer games. In later periods, artificial intelligence advanced further with machine learning and statistical methods. In the 2000, due to developments in areas such as deep learning, object recognition and big data analysis, artificial intelligence has become more important, and with the spread of the internet in society, big data analytics and data sources have added even more power to the power of artificial intelligence.

By the 2010, larger studies on artificial intelligence began to be carried out. Applications such as artificial neural networks and deep learning have enabled artificial intelligence to achieve great development in many areas. More powerful computational resources and large data sets have allowed deep learning models to produce more complex and remarkable results. One of the most important events of artificial intelligence, which exhibits its ability to gain information and natural language processing, is that the computer known as Watson has achieved significant success by competing with humans in the television program called Jeopardy. In 2015, one of Google's major studies, the deep neural network-based image recognition study created by Google, achieved great success in the field of image recognition in the ImageNet competition held at that time. These studies have made a great impact in the field of artificial neural networks and deep learning image processing. In addition, important studies have been carried out in the development of the field of face recognition, and the study called DeepFace, created by Facebook/Meta and these studies have provided the ability to recognize faces on pictures and photos with an accuracy that is very similar to humans. Then, with the artificial intelligence-based program called AlphaGo, created by Google, it achieved great success by defeating the world first in the game of Go, which is a very complex and difficult game. All these developments have significantly paved the way for artificial intelligence.

As in other fields, artificial intelligence is significantly used in law. Law is known as a complex field that contains a lot of information, and lawyers use artificial intelligence technologies to process information, make decisions and analyze them. Artificial intelligence technologies are especially used in studies such as analyzing and classifying legal data such as legal documents, court decisions, laws and case law, legal research and information processing. By using artificial intelligence-based technology, results are obtained in a shorter time than legal research processes. In addition, by using these technologies, contract and case law analysis, classification of court decisions and legal consultancy services can be provided.

In this study, first of all, information is given about the historical development of artificial intelligence and its application process in law. Then, developments related to artificial intelligence's work on predicting court decisions are described. In addition, information is given about artificial lawyers and information is given about the results of integrating artificial intelligence into the National Judicial Network Project used in our country.

Giriş

Yapay zekâ, insanların yapabilecekleri işleri makineler ve bilgisayarlar kullanılarak yapılabilmesi ve bunlar için teknolojilerin oluşturulması olarak ifade edilebilen bir alan olarak tanımlanmaktadır¹. Başka bir ifadeyle, bir olay karşısında ortaya çıkan problemlere çözüm bulabilen, uzmanlık alanıyla ilgili bilgileri artıran, veri tabanını genişleten bunun gibi insana özgü düşünme yollarını kullanarak akıllı sistemler oluşturmayı hedefleyen bir bilim olarak bilinmektedir². Bunun yanında yapay zekâ için var olan sorunun bilindiği fakat bu sorunun nasıl çözüleceği ile ilgili bilgi sahibi olunmadığı durumlarda, doğru olan çözümü meydana getiren, bulan ve bunları öğrenen insan veya makine tarafından oluşturulmuş sistemler olarak bilinen tanımında yaygın olarak bilinmektedir³. Görüldüğü üzere birçok bilim insanı ve kurum yapay zekanın tanımını yapmıştır. Ortak bir tanımla olmamakla birlikte birçok tanımının olduğu görülmektedir. Akıllı makineler düşüncesini de ilk defa Alan Mathison Turing gündeme getirmiştir⁴.

Avrupa Komisyonunun ifade ettiği yapay zekâ tanımında ise belirlenen amaçlara ulaşmak maksadıyla etrafında olanların analizini yaparak ve belli bir yere kadar bağımsız hareket ederek mantıklı hareketler yapan sistemler olarak ifade edilmektedir⁵.

Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisinin yaptığı tanım Avrupa Komisyonunun yaptığı tanımla çok benzerlik göstermektedir. Ofisin yayınladığı "Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi'nde bulunan yapay zekâ tanımı olarak bir bilgisayarın veya bilgisayar kontrolündeki bir makinenin farklı çalışmaları zeki varlıkları taklit ederek benzer hareketler yapabilmesi olarak oluşturulan sistem olduğu bilgisi yer almaktadır⁶.

Yapay zekâ, karmaşık problemleri çözmeye çalışmaktadır. Bu işlemleri gerçekleştirmek için matematiksel modeller, algoritmalar, mühendislik, dilbilim ve veri analizi gibi yöntemlerden faydalanmaktadır⁷. Birçok bilim alanı yapay zekâyı ihtiyaç duymakta ve bu alan ile ilgili önemli çalışmalar yapmaktadır. Hukuk da bu alanlar gibi yapay zekâyı ihtiyaç duymaktadır. Yapay zekâ kullanılarak daha kullanışlı daha güvenilir ve daha hızlı sonuçların elde edildiği bir yargı sistemi

¹ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, *Yıkıcı Teknolojilerin Bedensel Zararlara Etkileri* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2021), 10.

² Open AI. What is artificial intelligence (AI)? OpenAI. 2021. <https://openai.com/learn/what-is-ai>

³ Yavuz Köroğlu, *Yapay Zeka'nın Teorik ve Pratik Sınırları* (Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2017), 6.

⁴ Alan M. Turing, "Computing Machinery and Intelligence". *Mind, New Series* 59/236, (1950), 453.

⁵ European Commission. *The European Commission's High-Level Expert Group On Artificial Intelligence, A Definition of AI: Main Capabilities And Scientific Disciplines*. 2018.

⁶ Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanlığı, & Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı. (2021). Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (UYZS) 2021-2025. <https://cbddo.gov.tr/UYZS>

⁷ Vasif Vagifoğlu Nabiye, *Yapay Zekâ* (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2005), 47.

oluşturulabilir. Yapay zekânın gelişimi ile oluşan teknolojilerin hukuk alanında meydana getirdiği ve getireceği önemli etkilerin oluşacağı aşıkardır. Bu gelişmelerden etkilenen hukuk, yapay zekânın alt dallarından olan makine öğrenmesi ve veri analitiği gibi alanlardan yararlanabilen çalışmalara dahil edilmektedir ve bu alanlarla ortak çalışmalar yapılmaktadır. Hukuk alanında da büyük oranda yapılan sayısal araştırmalar, hukukun veri analitiğinden yararlanarak ortak çalışmalarda bulunmasını sağlamıştır ve hukuki yöntemlere yeni bir bakış açısı kazandırmıştır⁸. Hukuk alanındaki her türlü akademik metinler, mevzuat, yargı kararları, dilekçeler gibi her türlü hukuki belgeler ile yapılan metin analizine hukuk analitiği denmektedir⁹. Yapay zekâ yöntemleri kullanılarak, hukuk analitiğinde metin analizi yapılmaktadır.

“Zekânın matematiksel bir alt yapı taşıdığı bilinmektedir. Bunun üzerine hukukunda bir zeka ürünü olduğu bilgisinden yola çıkılarak hukukun da formüleştirmeye uygun olduğu söylenebilir mi?”¹⁰ Hukuktaki söz dizimleri matematikteki sayılar gibi belli bir kural çerçevesinde oluşturulmuştur. Bu söz dizimleri incelendiğinde belirli kurallar çerçevesinde kodlamalardan oluştuğu sonucuna varılmaktadır. Makine dili de dilin matematiksel olduğu tezine dayanmaktadır. İnsanlar dili kullanarak belirli bir çerçevede kodlanmış simgelerden ve seslerden yararlanarak anlamlı söz öbekleri elde etmektedir. İnsanlar, elde ettikleri simgeler ve sesler sayesinde yeni bir kodlama yöntemiyle okuma ve yazma yeteneğine ulaşmaktadır. Dilin matematiksel bir yapısı olduğu ve belli bir kodlama çerçevesinde ortaya çıktığı sonucundan yola çıkarak makinelerinde bu konuda tutarlı ve hızlı hizmet sağlayacağı sonucuna varılması mümkündür. Hukuk kuralları sözdizimsel olarak kodlaştırılabilirliğine göre hukuk kurallarının uygulanmasında da kodlamalar kullanılarak kurallar formüleleştirilebilecektir. Böylece daha rahat bir şekilde istenilen yazılımlar elde edilebilecektir.

Yapay zekânın yargıda farklı şekillerde kullanılabileceği düşünülmektedir. Bunlar arasında hakime yardımcı yapay zekâ, kararları tahmin eden ve karar taslakları sunan yapay zekâ ve doğrudan karar veren yapay zekâ olduğu bilinmektedir¹¹. Ayrıca, yapay zekâ teknolojilerinden yararlanarak sözleşme ve içtihat analizleri ile mahkeme kararlarının sınıflandırılması ve hukuki danışmanlık hizmetleri yapılabilmektedir¹². Böylece, hukuk da yapay zekâ temelli teknolojiler kullanılarak adli süreçlerde ve hukuki araştırmalarda daha kısa sürede daha doğru sonuçlar elde edilmektedir.

Bu çalışmada öncelikle yapay zekânın tarihsel gelişimi, yapay zekânın yükselişi ve bazı olası etkileri hakkında bilgi verilmektedir. Ardından, hukuk alanında kullanılan yapay zekâ uygulamaları ile ilgili bilgiler ifade edilmektedir. Daha sonra yapay zekânın mahkeme kararlarını tahmin etme çalışmaları ile ilgili gelişmeler anlatılmaktadır. Bunun yanında Türkiye’de yapay zekânın Ulusal Yargı Ağı Projesine (UYAP)’a entegre edilmesi ve olası etkileri ile yapay hukukçular ve yapay hukukçuların yargıya olası etkileri hakkında bilgi verilmektedir.

I. Yapay Zekânın Tarihsel Gelişimi

İnsanların tarih boyunca süren yapay zekâ ile ilgili çok önemli çalışmaları bulunmaktadır. Yapay zekânın modern olarak gelişim dönemi ise, 1950’lerde Alan Turing’in "bilgisayarlar düşünebilir mi?" sorusuyla başlamıştır¹³. Benzer olarak Türkiye’de de Cahit Arf 1959 yılında “ Makine düşünebilir mi ve nasıl

⁸ Shai Dothan, “A Guide to Quantitative Legal Research”, *SSRN Electronic Journal* 221, (2020), 17.

⁹ Ali Semih Çamkerten, “Hukuk Analitiği”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1, (2023), 239.

¹⁰ Sevda Bora Çınar, “Dava Yönetimi ve Yapay Zeka Etkileşimi Üzerine Düşünceler”. *Legal Hukuk Dergisi* 20/234 (2022), 2106.

¹¹ Hikmet Bilgin, “Yapay Zekanın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hakimler Hakkında Düşünceler”. *İnühFD* 13/2 (2022), 410.

¹² Tommaso Fornaciari - Massimo Poesio, “Automatic Deception Detection in Italian Court Cases”, *Artificial Intelligence and Law*, 21/3, (2013), 325; Masha Medvedeva vd. “Using Machine Learning to Predict Decisions of the European Court of Human Rights”, *Artificial Intelligence and Law* 28 (2020), 240.

¹³ Cem Say, *50 Soruda Yapay Zekâ* (İstanbul: Bilim ve Gelecek Kitaplığı, 2021), 23.

düşünebilir? adlı makaleyle yapay zekâ ile ilgili önemli bir çalışma gerçekleştirmiştir¹⁴. İlk defa John McCarthy "Yapay Zekâ" terimini kullanarak bir tanımlama yapmıştır. 1956 yılında Dartmouth College'da gerçekleştirilen Dartmouth Konferansında alınan sonuçlar neticesinde yapay zekâ bilimsel bir disiplin olarak kabul görmeye başlamıştır¹⁵. Daha sonra yapılan çalışmalarda Logic Theorist adında yapay zekâ ile ilgili ilk programlarından biri olarak bilinen bir çalışma yapılmıştır.¹⁶ 1960'ların başında bilgisayarların video dizileri ve ortaya çıkan görüntüleri üzerine önemli çalışmalar yapılmaktadır. Böylece gelişmiş ülkeler tarafından ticaret, sanayi, tarım, eğitim ve devlet sektörlerinin merkezinde akıllı sistemler oluşturulmaya çalışılmıştır.

Zaman içerisinde yapay zekâ ve akıllı makineler ile ilgili birçok çalışma bulunmaktadır. İslam tarihinde yapılan araştırmalara göre dünyanın ilk robotunu büyük İslam alimlerinden El Cezeri'nin icat ettiği ifade edilmektedir¹⁷. Bu alim, mekatronik biliminin var olmasında emeği geçen zamanının önemli alim ve düşünürlerinden biri olarak bilinmektedir. Ayrıca, El Cezeri otomatik oyuncaklar, mum saatleri, robotlar, şifreli kilitler, kan miktarını ölçen aletler, güneş saatleri gibi birçok makinenin mucidi olarak bilinmektedir ve dünyanın ilk sibernetik bilgini ünvanını taşımaktadır. Yapay zekâ ve robotik alanlarının birbirleriyle ilişkili ancak ayrı ve bağımsız alanlar olduğu ifade edilmektedir¹⁸.

Yapay zekânın gelişimine baktığımızda 1960 ve 1970 yılları arasında yapay zekâ ile ilgili önemli çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalar arasında mantık teorisi, geometri motoru, formel mantıktan ve matematiksel mantıktan yararlanarak elde edilen algoritmalar yer almaktadır. 1970'li yıllarda, uzman sistemlerin gelişimi hızlanmış MYCIN adında tıp alanında bir uzman sistem, teşhis koyma ile ilgili büyük bir başarı sağlamıştır. 1974-1980 dönemlerinde yapay zekâ ile ilgili çalışmalar insanlar tarafından istenilen seviyeye ulaşmamıştır. Netice olarak, bu alanda maddi sorunlar baş göstermiş, ayrıca veri ve donanım yetersizliği gibi faktörler sonucu yapay zekâ alanında büyük bir düşüş meydana gelmiştir. Bu dönemde "AI winter", yani "yapay zekâ kışı" olarak bilinen bir duraksama dönemi olmuştur. 1980'li dönemlerde, derin öğrenme ve yapay sinir ağları gibi yöntemler ile ilgili çalışmalar önem kazanmıştır¹⁹. 21. yüzyılın başlarında derin öğrenme, nesne tanıma ve büyük veri analizi gibi alanlardaki gelişmelerden dolayı yapay zekâ, çok daha önemli bir alan haline gelmiştir²⁰. 2010'lara gelindiğinde ise yapay zekâ üzerine daha büyük çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Derin öğrenme alanında önemli çalışmalar yapılmıştır. Yapay zekânın bilgi kazanma ve doğal dil işleme yeteneklerini sergileyen en önemli olaylarından biri, Watson ismiyle bilinen bilgisayarın, Jeopardy isimli televizyon programında insanlarla yarışarak başarılar elde etmiş olmasıdır²¹. 2015 yılında Google'ın büyük çalışmalarından biri olan Google tarafından oluşturulan derin sinir ağı temelli görüntü tanıma çalışması, o zamanlarda yapılan ImageNet yarışmasında görüntü tanıma alanında başarı sağlamıştır. Bu çalışmalar yapay sinir ağları, derin öğrenme ile görüntü işleme alanında etki yaratmıştır²². Ayrıca, yüz tanıma alanının gelişmesiyle ilgili çalışmalar yapılmış ve Facebook/Meta'nın oluşturduğu DeepFace adındaki çalışma, resimler ve fotoğraflar üzerinde bulunan yüzleri insana büyük bir oranda benzeyen bir doğrulukla

¹⁴ Arf, Cahit. "Makine Düşünebilir mi ve Nasıl Düşünebilir?". *Atatürk Üniversitesi 1958-1959 Öğretim Yılı Halk Konferansları*, 1 (1959), 93.

¹⁵ Haugeland John, *Artificial Intelligence: The Very Idea* (MIT Press Cambridge MA., 1985), 23.

¹⁶ Allen Newell - H. Simon, "The Logic Theory Machine--A Complex Information Processing System", *IEEE Transactions on Information Theory* 2/3 (1956), 72.

¹⁷ Bekir Çırak - Abdulkadir Yörük, "Mekatronik Biliminin Öncüsü İsmail El-Cezeri", *Siirt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 4/175 (2016), 180.

¹⁸ Alan Martin, *Robotics and Artificial Intelligence: The Role of AI in Robots*, (2021)

https://aibusiness.com/author.asp?section_id=789&doc_id=773741#:~:text=Robotics%20and%20artificial%20intelligence%20are%20two%20related%20but%20entirely%20different (Erişim: 01.05.2022)

¹⁹ Patrich Hanry Winston, *Artificial Intelligence* (California: Addison-Wesley, 1992), 49.

²⁰ Oleg Metsker vd. "Text and Data Mining Techniques in Judgment Open Data Analysis for Administrative Practice Control". *Communications in Computer and Information Science* 947 (2019), 173.

²¹ Kevin Kelly. *Büyük Teknolojik Dönüşüm* (İstanbul: Optimist Kitap, 2017), 78.

²² Christian Szegedy vd. "Going Deeper With Convolutions, 2015 IEEE Conference on Computer Vision and Pattern Recognition (CVPR)". (2015): 1-9.

tanıma becerisi sağlamıştır²³. Ardından Google'ın meydana getirdiği AlphaGo isimindeki yapay zekâ temelli program, karmaşık ve zor bir oyun olan Go oyununda dünya birincisini yenerek başarı elde etmiştir²⁴. 1997'de satranç oynayabilen Deep Blue adındaki bilgisayar programı, dünya satranç şampiyonu Kasparov ile yaptığı ilk yarışmada berabere kalmış. Daha sonra geliştirilen programla yaptıkları maçta ise program şampiyon Kasparov'u yenmiş ve büyük bir başarı elde etmiştir²⁵. 1998'de internetin yoğun bir şekilde kullanılması ile yapay zekâ temelinde oluşturulan programlar geniş kitleler tarafından kullanılmaya başlanmıştır²⁶. Teknolojik çalışmaların artması ve gelişmesiyle beraber yapay zekâ ile ilgili çalışmalarında arttığı görülmektedir.

Modern olarak 1950 yılından itibaren yapay zekâ kavramının kullanıldığı ve daha sonra 1980'lerde yapay zekâ daha da gelişim sağlayarak öğrenen makine teknikleri kullanılmaya başlanmış, 2010 yılından itibaren derin öğrenme teknikleri üzerine çalışılmaya başlanmıştır²⁷ ve günümüzde yapay zekanın daha çok geliştiği, ileriki zamanlarda da büyük bir gelişme sağlayacağı ve hayatımızın büyük bir bölümünde önemli derecede yer alacağı öngörülmektedir. Hukukta bu önemli gelişmelerden yararlanmalı ve dikkatli bir şekilde teknolojik gelişmelere entegre olabilmelidir.

II. Yapay Zekanın Yükselişi ve Bazı Olası Etkileri

Yapay zekâ insan zekâsına bazı durumlarda yetişemese de çok önemli işlemler yapabilmektedir. Hatta bazı durumlarda insanların yapabileceklerinin çok üstünde işler başarabilmektedir. Yapay zekâ teknolojisi kullanılarak yapılmak istenen yapay zekânın aynen bir insanı taklit ederek karar verebilecek ve bu kararları uygulayabilecek sistemler haline getirilmesidir²⁸. Yapay zekâ, sayısal sonuçların dışında ayrıca ses, görüntü ve yazı gibi farklı şekillerdeki verileri de analiz edebilen, işleyen ve anlamlı çıkarımlara ulaşan sistemlerdir²⁹. Yapay zekâ teknolojilerinin; karmaşık koşullarda karar alabilme, yorumlama, bulanık önermeler mantığı sayesinde kelimeleri anlayabilme, problem çözebilme, yapay sinir ağları kullanılarak öğrenebilme, genetik algoritmalar ile karmaşık sorunlara çözüm bulabilme, doğal dil işleme kullanılarak metinleri okuyup, anlayabilme gibi birçok becerisi bulunmaktadır³⁰. Yapay zekânın hayatımıza getirdiği birçok avantaj bulunmaktadır. Doğru kararlar elde etme, hızlı bir şekilde sonuçlara ulaşma, devamlı olarak çalışabilme, veri tabanlı kararlar alma, düşük hata oranı, zor olan problemleri çözme, iş süreçlerinde otomasyon sağlama ve erişilebilirlik bu avantajlardan bazılarıdır. Bu olumlu avantajlarının yanında olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Etik ve mahremiyet konuları, güvenlik tehditleri, algoritma önyargısı, insanların yaşamlarını ve işlerini olumsuz etkileme durumu ve olumsuz sosyal etkileri gibi yapay zekânın bazı zorlukları bulunmaktadır. Bu olumlu ve olumsuz etkiler arasında dikkatli bir denge sağlanmalıdır³¹. Buna göre de planlı bir şekilde çalışmalar yapılmalı ve insanlık yararına olacak şekilde düzenlemeler oluşturulmalıdır. Avrupa'da yapay zekâ teknolojisi üretim yapan bireylerin daha donanımlı ve verimli ürünler elde edebilmeleri için üreticilere büyük destek sunmaktadır. Bu belirtilen çalışmalar, sağlıktan tarıma, finansal hizmetlerden inşaata, enerjiden eğitime kadar birçok sektörde yapay zekâdan nasıl yararlanıldığını gösteren çalışmalardır. Bu yoğun kullanım neticesinde, yapay zekâ ile ilgili gelişmelerin artacağı öngörülmektedir. Teknolojik gelişmelerdeki artış, verilerin analizi, verilerin erişilebilirlik durumu, algoritma ve kodlamada meydana

²³ Mei Wang - Weihong Deng. "Deep Face Recognition: A Survey". *Neurocomputing* 429 (2021), 232.

²⁴ Nathaniel Ming Curran vd. "Anthropomorphizing AlphaGo: A Content Analysis of the Framing of Google DeepMind's AlphaGo in the Chinese and American Press", *AI & SOCIETY* 35/3 (2020), 730.

²⁵ Deepblue adındaki bilgisayar programı dünya satranç şampiyonu Kasparov'u yenmiştir. Bkz. <https://youtu.be/VilBd2pT9QE?si=kGsWGL8c-6Cyd4B>

²⁶ Harun Pirim, "Yapay Zeka", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 1/1, (2006), 87.

²⁷ Mehmet Sert vd. "Using Artificial Intelligence to Predict Decisions of the Turkish Constitutional Court," *Social Science Computer Review* 1 (2021), 2.

²⁸ Vegard Kolbjørnsrud vd. "How Artificial Intelligence Will Redefine Management". *Harvard Business Review* 2/1 (2016), 6.

²⁹ Vasant Dhar, "The Future of Artificial Intelligence". *Big Data*, 4/1 (2016), 8.

³⁰ Ercan Öztemel, "Yapay Zekâ ve İnsanlığın Geleceği. Bilişim Teknolojileri ve İletişim: Birey ve Toplum Güvenliği", *Türkiye Bilimler Akademisi* (2020), 84.

³¹ Burak Görentaş, *Sanal Yargıç* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2023), 51.

gelen gelişmeler yapay zekâ teknolojisini çağımızın en önemli ve dikkat çeken bilimi haline getirmiştir³². Yapay zekâ teknolojisi kullanılarak doğru ve hızlı sonuçlara ulaşma, yüksek verimlilik, devamlı çalışılabilirlik, hata oranında düşüklük, veriye dayalı karar verebilme, karmaşık problemleri çözebilme becerisi ve iş ile ilgili otomasyon oluşturma gibi birçok önemli imkan bulunmaktadır.

Yapay zekâ kullanılırken ve gelişimi için çalışmalar yapılırken insanlar açısından dikkate alınması gereken önemli konulardan biri etik konusudur³³. Robotlar ve insanlar arasında güvenlik kurallarını belirlemeyi hedefleyen Isaac Asimov tarafından belirtilen Üç Robot Yasası'ndaki gibi³⁴ insanların korunması öncelik alınarak yapay zekâ da temel etik kurallarının oluşturulması gerekmektedir³⁵.

Robot hukuku çalışmalarında özellikle üç robot yasasından esinlenmekte ve bu kurallar sayesinde hukuk ile robotlar veya yapay zekâ ile oluşturulan sistemler arasındaki ilişki güvenlik ilkeleri çerçevesinde şekillenebilmektedir. Bu kuralların bu alanda çalışan kişilere ilham veren bir yönü bulunmaktadır³⁶. Yapay zekâ düzenlemelerinde risk temelli yaklaşım söz konusudur. Yapay zekânın gelecekte hukukçuları nasıl etkileyeceği ve hukukçuları nelerin beklediği gibi birçok önemli sorun bulunmaktadır. Ayrıca, yapay zekâ temelli teknolojilerden ve robotik araçlardan yararlanılması durumunda kanun ve düzenlemelerin oluşturulmasında temel ilkeler oluşturulmak üzere hazırlıklar yapılmaktadır³⁷.

Yapay zekâ ile ilgili gelişmelerin ve çalışmaların farkında olan Birleşmiş Milletler yapay zekâ ve robotik ile ilgili çalışmaların başlatılmasına karar vermiştir. Birleşmiş Milletler bünyesindeki Bölgelerarası Suç ve Adalet Araştırma Enstitüsü (UNICRI) tarafından Lahey'de Yapay Zekâ ve Robotik Merkezi kurulmuştur³⁸. Bu kuruluşun görevi, yapay zekâ ile ilgili gelişmeleri takip etmek ve yapay zekâ konusunda çalışmalar yapmaktır. Bu kuruluşun yapay zekâ ile ilgili belirttiğimiz çalışmaları olmasına rağmen Birleşmiş Milletler'in yapay zekâ konusundaki çalışmaları günümüzdeki yapay zekâ düzenlemelerinden ve çalışmalarından uzak gözükmektedir³⁹.

Birleşmiş Milletlerin aksine Avrupa Birliği önemi gittikçe artan yapay zekâ ve robotlar ile ilgili önemli çalışmalar yapmaktadır. 2012 yılında Avrupa Birliği robotik ile ilgili çalışmaların etik ve yasal durumlarını belirlemek için çalışmalar yapmıştır. Mevcut kanunların robotik teknolojilerinin hızlı yayılımında ve oluşturulmasında işlevselliğinin durumunu incelemiş ve AB, robotik alanında yapılan çalışmaların kanunları, değerleri ve toplumsal iletişimlerini etkileme durumunu araştırmak için teknoloji ile hukuk arasında bulunan ilişki üzerine çalışmalar yapan RoboLaw olarak bilinen bir proje ortaya koymuştur⁴⁰. Bu projede yapılan çalışmalar neticesinde Robotik Alanda Hukuki Düzenleme Rehberi

³² European Commission. (2018), 237. Final Communication from the Commission to the European Parliament, The European Council, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Artificial Intelligence For Europe.

³³ Görentaş, *Sanal Yargı*, 10.

³⁴ Isaac Asimov'un ifade ettiği üç robot yasası kuralları aşağıdaki gibidir;

1. Bir robot hareketsiz durduğundan dolayı bir insanın zarar görmesine sebebiyet vermemelidir. Ayrıca, başka hiçbir şekilde bir insanın zarar görmesine yol açamaz.

2. Bir robotun birinci kural ile ters bir duruma düşmemek şartıyla insanların verdiği emirlere uyması gerekmektedir.

3. Bir robotun birinci ve ikinci kuralla ters düşmemek şartıyla kendi varlığını koruması gerekmektedir.

Fakat, üç robot yasasının hukuki bir yönü bulunmamaktadır. Asimov'un kendisi de bu yasaları yetersiz bulup sonradan kitaplarına 0. ilkeyi de eklemiştir. Bu ilke ise şu şekildedir: "*Bir robot, "insanlığa" zarar veremez ya da insanlığın zarar görmesine seyirci kalmaz.*" Detaylı bilgi için bkz. Isaac Asimov, "Vakıf Serisi ve Robot Serisi". *İthaki Yayınları*, (2019), 238.

³⁵ Gizem Yılmaz, "Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı", *Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi* 28/1 (2020), 33.

³⁶ Melih Erdoğan, "Sıfırıncı Yasa", *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi* 19/3 (2017), 752.

³⁷ Gülşen Gedik, "Robotlara Karşı Gerçek Kişilerin Korunması Gerekliği ve Robot Vergisi Önerisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26/1 (2020), 33.

³⁸ United Nations Interregional Crime and Justice Research Enstitute, UNICRI Centre for Artificial Intelligence and Robotics *The Hague, The Netherlands*. http://www.unicri.it/in_focus/on/UNICRI_Centre_Artificial_Robotics (Erişim: 25.04.2019).

³⁹ Oğuz Gökhan Yılmaz, "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı- Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?" *Adalet Dergisi* 66, (2021), 388.

⁴⁰ RoboLaw. RoboLaw: Project Overview. RoboLaw, 2014. <http://www.robotlaw.eu/projectdetails.htm>

adında bir çalışma düzenlenmiştir⁴¹. Ayrıca, Robotik çalışmalar ile ilgili hizmetlerin büyük bir yer edinebilmesini sağlamaya çalışan, ticari kapasitesini artırmaya çalışan ve kâr amacı olmayan merkezi Brüksel'de bulunan uluslararası euRobotics adındaki kuruluş dünyanın bilinen en büyük sivil fonu ile desteklenen robotik inovasyon programı SPARC'ı oluşturmuştur⁴².

Daha sonra, 2017 yılında Avrupa Birliği Robotlar ile ilgili Medeni Hukuk Kuralları olarak bilinen bir rapor düzenlemiştir⁴³. Düzenlemede robotların, insanlar gibi hak ve sorumluluk sahibi oldukları fikrinden yola çıkarak "elektronik kişilik" kazandıkları ifade edilmiştir. Bundan dolayı, robotlar için özel bir vergi sisteminin oluşturulması dile getirilmiştir. Ayrıca, Robotlar ile ilgili tasarımların ve etik değerlerin belirlendiği etik ilkeler bağlamında düzenlemelerin yapılması gerektiği dile getirilmiştir. Robot üzerine çalışan teknik uzmanların araştırma etiği ve davranış kuralları gibi çerçeve düzenlemeler önerilmiştir⁴⁴.

Avrupa Birliği tarafından 10 Nisan 2018'de yapay zekâ ile ilgili alınan önlemler ve çalışmalar hakkında "Avrupa İş Birliği Bildirgesi" imzalanarak yayınlanmıştır. Avrupa İş Birliği Bildirgesi, yapay zekâ çalışmalarının sosyal, ekonomik ve etik değerleri ile ilgili farkındalık oluşturma gerekliliğini de vurgulayan bir bildirgedir. Bununla birlikte bu bildirge, AB'nin yapay zekâ konusunda diğer ülkeler karşısında lider konumunda olması için üye ülkelerin, firmaların ve resmî kurumların yapay zekâ konusunda birlikte çalışma yapması ile ilgili gerekliliği ifade etmektedir⁴⁵.

Avrupa Birliği Tüketici Danışma Komisyonu 16 Mayıs 2018'de yapay zekâ konusunda tüketicilerin korunması ilgili çalışma toplantıları gerçekleştirmiştir. Bu toplantıda tüketicilerin kişisel bilgilerinin korunması, adillik, şeffaflık, doğruluk, tüketicilerin bilgilendirilmesi gibi konular dile getirilmiştir. Ayrıca, burada yapay zekâ teknolojilerinden yararlanan tüketicilerin ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla bu teknolojinin oluşturulması, tasarlanması ve uygulanması ile ilgili ortak bir düşünce birliğine ulaşılmıştır⁴⁶.

Avrupa Birliği Ekonomik ve Sosyal Komitesi tarafından 19 Eylül 2018'de yapay zekâ teknolojisi konusunda tavsiye niteliğinde bir karar alınmıştır. Bu kararda yapay zekâ çalışmalarının ekonomik ve sosyal etkilerine vurgu yapılmaktadır. Yapay zekâ çalışmalarından birçok alanda yararlanılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu çalışmalar yapılırken yararları ve zararları üzerinde durulmuş ve bununla ilgili önlem alınması gerektiği belirtilmiştir. Kararda, yapay zekâ çalışmalarının ekonomideki yeri ve etkileri üzerinde de durulmuştur⁴⁷. Dolayısıyla, AB Ekonomik ve Sosyal Komitesinin aldığı tavsiye kararındaki en büyük amaç yapay zekâ çalışmalarının toplumlar ve insanlar için olumlu etkilerini artırmaktır.

Tüm bu çalışmalar neticesinde Avrupa Konseyi Avrupa Adalet Verimliliği Komisyonu 3-4 Aralık 2018'de hukuk alanında yapay zekâ ile ilgili çalışmaları değerlendirmek için Avrupa Adalet çevrelerinde ve sistemlerinde yapay zekâ kullanımı ile ilgili etik şartname adlı bir rapor düzenlemiştir⁴⁸. Bu rapor, yapay

⁴¹ Robolaw Project Results. https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50951

⁴² euRobotics. (2020). About SPARC. EuRobotics. https://eu-robotics.net/divi_overlay/sparc/

⁴³ European Parliament. (2017). Civil Law Rules On Robotics. <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/printficheglobal.pdf?id=656479&l=en>

⁴⁴ European Parliament. (2017). Civil Law Rules On Robotics. <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/printficheglobal.pdf?id=656479=en>

⁴⁵ European Commission. (2018). The European Commission's High-Level Expert Group on Artificial Intelligence. A Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines.

<https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/aihlegdefinitionofai18december1.pdf>

⁴⁶ European Consumer Consultative Group. (2018). Policy Recommendations for a Safe and Secure Use of Artificial Intelligence, Automated Decision-Making, Robotics and Connected Devices in a Modern Consumer World.

⁴⁷ European Economic and Social Committee. (2018). Artificial intelligence: Anticipating It's Impact on Work to Ensure a fair Transition. <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-informationreports/opinions/artificial-intelligence-anticipating-its-impact-jobs-ensure-fair-transition-own-initiative opinion>

⁴⁸ European Commission. (2018). The European Commission's High-Level Expert Group on Artificial Intelligence. A Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines.

zekâ ve hukuk ile ilgili etik değerlere dikkat çeken ilk Avrupa metni olarak bilinmektedir. Bu çalışma hukuk ve yapay zekâ alanında çalışmalar yapılırken referans alınması gereken bir rapordur. Avrupa Komisyonu Yapay Zekâ Üst Düzey Uzman Grubu (AI HLEG), Nisan 2019'da güvenilir, şeffaf ve etik değerlere uygun yapay zekâ kullanımına dikkat çekmek için "Güvenilir Yapay Zekâ İçin Etik Rehber" olarak bilinen bir belge hazırlamıştır⁴⁹. Bu belge, yapay zekâ kullanılırken şeffaflık, güvenlik, hesap verebilirlik, insan haklarına ve mahremiyete saygı, adillik, çevre güvenliğine duyarlılık gibi değerlerin dikkate alınması gerektiğini vurgulamak için hazırlanmıştır.

2018 yılında Bilim ve Teknoloji Politikaları Genel Müdürlüğü Başkanlığı yapay zekâ üzerine çalışmalar başlatmıştır. Bu kurum Türkiye de ilk olarak bir Yapay Zekâ Komitesi oluşturmuş ve bunun yanında Ulusal Güvenlik Yetkilendirme Kanunundan yararlanarak Yapay Zekâ Ulusal Güvenlik Komitesini oluşturmuştur. Türkiye, özellikle UNESCO ve Avrupa Birliği gibi insanı merkeze alarak yapay zekâ ilkelerini belirleyen kuruluşlara paydaşlık yapmıştır⁵⁰. Yapay zekâ teknolojilerinin uygulanmasında ve araçlarının ithalatında bu kanunlardan ve kurumlardan yararlanılmaktadır. Özellikle sürücüsü olmayan yapay zekâ temelli araçlar için mevzuat düzenlenmiştir. Dünyanın birçok ülkesinde sürücüsü olmayan akıllı arabalar ile ilgili büyük çalışmalar yapılmaktadır. Bu araçların önümüzdeki günlerde trafiğe çıkartılacağına dair önemli beklentiler bulunmaktadır⁵¹.

Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm ofisinin oluşturduğu 2021-2025 yılı Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi'nde yapay zekâ konusu ile ilgili kurallar ve değerler gündeme getirilmiş ve bunlar üzerine çalışmalar yapılmıştır. Ayrıca, Türkiye'nin sorumluluk alabilen, güvenilir yapay zekâ ilkelerini benimsediği ifade edilmiştir⁵².

21 Nisan 2021 Tarihinde Avrupa Komisyonu tarafından sunulan ve yapay zekâ teknolojisinin hizmete sunulması, halka arzı ve bazı yapay zekâ uygulamalarının yasaklanması ile ilgili kuralları belirleyen "Yapay Zekâ Hakkında Uyumlaştırılmış Kurallar Getiren ve Bazı Birlik Yasama Tasarruflarını Değiştiren (Avrupa Birliği) 2024/1689 sayılı Tüzük", Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde 12 Temmuz 2024 tarihinde yayınlanmıştır ve 1 Ağustos 2024 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. "Avrupa Birliği Yapay Zeka Yasası" olarak çıkartılan bu kanunla güvenilir ve insan odaklı bir yapay zekâ teknolojisinin kullanılması ve iç pazarın işleyişinin düzenlenmesinin sağlanması hedeflenmiştir. Bu şekilde yapay zekâ teknolojisinin kullanılmasıyla oluşabilecek olumsuz etkilere karşı çevrenin, güvenliğin, sağlığın yanında hukukun ve demokrasinin üstünlüğünde dahil edildiği temel hakların korunması hedeflenmiştir⁵³.

Bunların dışında Amerika Birleşik Devletleri, Japonya, Birleşik Krallık, Hollanda ve Avusturalya gibi birçok ülke yapay zeka çalışmalarını geliştirmekte ve hızla gelişen bu teknolojinin kontrolünü sağlayabilmek adına birçok mevzuat çalışması düzenlemektedir.

III. Hukuk Alanında Kullanılan Yapay Zekâ Uygulamaları

Hukuk hizmetlerinin kullanılmasında teknolojiye yararlanarak bir sistem ve altyapı oluşturulması hukuk hizmeti açısından birçok fayda sağlayacaktır. Legaltech kavramı ile ifade edilen bu durum, hukuki hizmetlerin sunulmasında teknolojik altyapıyı kullanmak olarak da bilinmektedir⁵⁴. Teknolojik alt yapı

<https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/aihlegdefinitionofai18december1.pdf>

⁴⁹ High-Level Expert Group on AI (AI HLEG). Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI. 2019. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>

⁵⁰ Unesco Türkiye Milli Komisyonu, Yapay Zekâda Önyargıyı Aşmak. Erişim: 8 Mart 2021. <https://events.unesco.org/event?id=1133699146&lang=1033>

⁵¹ Yılmaz, "Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı", 40.

⁵² Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanlığı, & Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı. (2021). Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (UYZS) 2021-2025. <https://cbddo.gov.tr/UYZS>

⁵³ Avrupa Birliği Yapay Zeka Tüzüğüne ulaşmak için bkz: Regulation -EU -2024/1689 -EN -EUR-Lex (europa.eu). Erişim: 12 Temmuz 2024. <https://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>

⁵⁴ Julian Webb, "Legal Technology: The Great Disruption?" *Lawyers in 21st Century Societies, Vol.2 Comparisons and Theories*, Editor: Richard L. Abel, Hilary Sommerlad, Ole Hommerslev and Ulrike Schultz (Oxford: Hart Publishing, 2022), 515.

kullanılarak hukuksal hizmet sağlayan kuruluşların, avukatların ve adliyelerin verimliliği ve hızı artmaktadır. Kullanıcı memnuniyeti sağlanmakta ve toplumun hukuk sistemine erişimi kolaylaşmaktadır. Böylece, hukuki hizmetlerde gecikmelerin önüne geçilebilmektedir. Legaltech uygulamaları, hukuk ile ilgili olan birçok alanda faaliyet göstermektedir. Bu teknolojik uygulamalar, büyük oranda yapay zekâ, veri analitiği ve otomasyon gibi teknolojilerden yararlanılarak oluşturulmaktadır⁵⁵. Birçok firma, hukuk bürosu ve üniversiteler gibi kurumlar legaltech sisteminden yararlanmakta ve bu teknolojinin gelişimine destek vermektedir⁵⁶.

Dünyanın önde gelen birçok üniversitelerindeki hukuk fakültelerinde legaltech adlı laboratuvarın olduğu bilinmektedir. Bu laboratuvarın amacı hukuk alanındaki teknolojik gelişmeleri araştırmak ve öğrencileri bu konuda eğitmek olarak bilinmektedir. Bu laboratuvarlara örnek verecek olursak; Stanford Üniversitesi'nde "CodeX" adlı hukuk ve yapay zekâ laboratuvarı, Harvard Hukuk Fakültesi'nde "Legaltech Lab" adlı laboratuvar, New York Üniversitesi'nde "Technology Law and Policy Clinic" adlı teknoloji politikaları ve hukuku kliniği ve University of California Hastings College of the Law'da "Innovation Law Lab" adlı laboratuvarlar bulunmaktadır⁵⁷.

Gelişmeye oldukça elverişli olan yapay zekâ ve hukuk alanı hukukçular ve yapay zekâ alanında uzman kişiler tarafından büyük ilgi görmektedir. Hukukçular yapay zekânın hukuki statüsü, kişiliği ve cezai sorumluluğu gibi konular üzerine çalışmakta ve Yapay zekâ ile ilgilenen uzmanların ise daha çok akıllı arama algoritmaları ile benzer vakaların incelenmesi, yazılı metinlerinden özet çıkarılması ve daha önce elde edilen olay ve bilgilerden yararlanarak veri deposunda oluşturdukları bilgileri kullanarak yeni olaylarda karar verme konusunda destek sunulması gibi birçok önemli uygulama alanlarında çalışmaları bulunmaktadır⁵⁸. Hukuk alanındaki yapay zekâ ile ilgili çalışmalar çok güncel çalışmalardır. Türkiye'deki hukukçular da son yıllarda yapay zekâ ile ilgili çalışmalar yapmaktadır. Türkiye'de Hacettepe Üniversitesi, Akdeniz Üniversitesi, OSTİM Teknik Üniversitesi, Bahçeşehir Üniversitesi gibi bir çok üniversitede, yapay zekâ ile ilgili enstitü ve bölümler açılmakta ve kendi bünyelerinde var olan bir çok bölümde de yapay zekâ dersleri verilmektedir.

Yapay zekâ sistemlerinin aracılığıyla elde edilen icatların var olan patent hukuku ile ilgili etkilerini ve bu konu üzerine geleneksel fikri mülkiyet hukukunun eksikliklerini ve olumsuzluklarını tartışan çalışmalar mevcuttur⁵⁹. Örneğin Dr. Stephen Thaler tarafından geliştirilen DABUS adlı yapay zeka sistemi, yine Dr. Stephen Thaler'in işaret edildiği bir dizi fikri mülkiyet hakları ile koruma altındadır⁶⁰. DABUS'un çalıştırılması sonucu pek çok yaratıcı fikir oluşturduğu bilinmektedir. Bu buluşlarla ilgili patent başvurularına konu edilen ve kamuoyunda gündeme gelen iki önemli çıktı dikkat çekmektedir. Bu çıktılardan birincisi fraktal konteyner, ikincisi de nöral alev olarak bilinmektedir⁶¹. Dr Stephen Thaler yapay zekâ sistemlerinin buluş sahibi olarak tanınmasını hedefleyen "Yapay Mucit Projesi" ne öncülük ederek, DABUS'un buluşçu olarak gösterildiği pek çok patent başvurusunda bulunmaktadır. Başvurular esasında geleneksel fikri mülkiyet hukukunun "insan" buluş sahibini odağına alması, yapay zekâ sistemlerinin ise henüz kişi olarak kabul edilememesi ve dolayısıyla "hak sahibi" olarak da

⁵⁵ Wolfgang Hoffman-Riem, "Legal Technology/Computational Law – Preconditions, opportunities and risks", *Journal of Cross-Disciplinary Research in Computational Law* 1/1 (2021), 2.

⁵⁶ Bilgin, Hikmet. "Hukuk Alanındaki Hizmetlerde Kullanılan Teknolojik Olanaklar (Legaltech) ve Avukatlık Mesleğine Olası Etkileri". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 73/2, (2024), 1023.

⁵⁷ Görentaş, Sanal Yargıç, 60.

⁵⁸ Görentaş, Sanal Yargıç, 16.

⁵⁹ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "Yapay Zekanın Buluşlarının Patentlenmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 6/11 (Haziran 2018), 599; Aybike Tunç, "Yapay Zeka Teknolojilerinin Ortaya Koyduğu Buluşların Patentlenebilirliği (Avustralya Federal Mahkemesi'nin 30.07.2022 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)", *Karar İncelemeleri Dergisi* 1/1 (2022), 597.

⁶⁰ İlgili patentlerin listesi ve özet açıklamaları için bkz. "Imagination Engines Incorporated (IEI) Patents", <https://www.imagination-engines.com/patents.html> (Erişim: 03.04.2023)

⁶¹ Sevda Bora Çınar, "Fikri Mülkiyet Hukukunun Dabus'la İmtihani: Yapay zeka Sistemleri Buluş Sahibi Olarak Kabul Edilebilir mi?". *İnühFD*, 14/2, (Haziran 2023), 390.

tanımlanamayacağı gerekçesiyle reddedilmektedir⁶². Türk Patent ve Marka Kurumuna (TÜRKPATENT) ise henüz bir başvuru yapılmamıştır. Bir çok ülkede de farklı durumlar mevcuttur. Şu an için sadece Güney Afrika'da yapılan patent başvuruları olumlu sonuçlanmıştır. Böylece, Güney Afrika yapay zekâ sistemlerinin buluşçu olarak kabul edildiği ilk ülke olmuştur⁶³. Yapay zekânın buluşları ile ilgili patentleme konusunun çok kapsamlı bir çalışma olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu konuyla ilgili sadece yargının değil yasamanında önemli çalışmalar yapması gerekmektedir.

Şirketler hukuku ve şirket yönetimi ile ilgili yapay zekâyı kullanan ve değerlendiren önemli uygulama örnekleri bulunduğundan, Ticaret Hukuku alanında da bu konuyu ele alan ve değerlendiren önemli çalışmalar bulunmaktadır⁶⁴. Adalet Bakanlığı da bu gelişen ve gündem olan konular üzerine çalışmalar yapmaktadır. 2021 yılında Bakanlık tarafından yayınlanan Adalet Dergisinin ilk sayısının konusu "Yapay Zekâ ve Hukuk" olarak yayınlanmıştır. Bu sayıda yer alan çalışmalarda hukuk ve yapay zekâ üzerine üzerine çalışmalar yapılmıştır. Özellikle "Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi? -Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı" gibi çalışmalar dikkat çekmiş, yapay zekâ ve hukuk alanına ilginin artmasını sağlamıştır⁶⁵. Belirtilen makalede, yapay zekâ teknolojisiyle oluşturulacak hukukçuların verecekleri kararların ayrımcılık yasağı, adil olma gibi temel hukuki ilkeleri dikkate alarak oluşturulması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte gelecekte robot hâkimlerin olabileceği ve bunun olası sonuçlarının ceza hukuku bakımından değerlendirildiği çalışmalar da ortaya çıkmıştır⁶⁶. Yapay zekâ ile ilgili gelişmeler sayesinde yapay zekâ temelli oluşturulan hâkim, savcı, avukat gibi hizmet veren sistemlerin, gelecekte insanların yerini alabileceğinin mümkün olup olmadığının tartışıldığı çalışmalara rastlanılmaktadır⁶⁷. Yapay zeka ve hukuk üzerine çalışma yapan araştırmacıların çalıştıkları en önemli konular arasında yapay zekânın hukuki ve cezai sorumluluğu, yapay zekânın verdiği zararların sorumluluğun nasıl olacağı, yapay zekâ ürünlerinin fikri eser kavramına girip giremeyeceği gibi konular yer almaktadır⁶⁸. Hukuk alanında yapay zekânın bir hukuk öznesi olup olmadığı, hukuk eğitiminde teknolojik yenilik ve etik değerler, yapay zekânın olumlu ve olumsuz etkileri gibi konular üzerinde durulduğu bilinmektedir⁶⁹. Yapay zekâ çalışmalarını medeni hukuk açısından inceleyecek olursak yapay zekânın hukuki statüsünün ve kişiliğinin tartışıldığı çalışmalar ve idare hukuku alanında yapay zekânın nasıl kullanılabileceği ile ilgili çalışmalar bulunmaktadır⁷⁰. 2019 yılında Türkiye'nin sayıca en büyük

⁶² Bora Çınar, "Fikri Mülkiyet Hukukunun Dabus'la İmtihani: Yapay zeka Sistemleri Buluş Sahibi Olarak Kabul Edilebilir mi?", 397.

⁶³ Bora Çınar, "Fikri Mülkiyet Hukukunun Dabus'la İmtihani: Yapay zeka Sistemleri Buluş Sahibi Olarak Kabul Edilebilir mi?", 398.

⁶⁴ Anıl Sena Bayındır, *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Ortaya Koyduğu Buluşların Patentlenebilirliği* (Ankara: İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2022), 69; Florian Möslin, "Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zekâ ve Şirketler Hukuku". çev. Sevda Bora Çınar. *İstanbul Hukuk Mecmuası* 79/2, (2021), 719; Sevda Bora Çınar, *Şirketler Hukukunun Geleceği Üzerine Bir İnceleme: Şirket Yönetiminde Yapay Zekâ*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 218; Alkan Altaş, "Yapay Zekanın Şirket Yönetiminde Yer Almasına İlişkin Değerlendirmeler". *SÜHFD* 31/3, (2023) 1369.

⁶⁵ Yılmaz, "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı- Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?", 389.

⁶⁶ Zafer İcer - Başak Buluz. "Yapay Zekanın Ceza Muhakemesindeki Rolü ve Geleceği". 9. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali. 2019; Seda Yağmur Sümer, "Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hakim", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23/2, (2021), 1550.

⁶⁷ Murat Volkan Dülger, "Günümüz Yapay Zekâ Teknolojisi ve Robot Yargıç/Avukat Gerçeği (Artificial Intelligence Technology Today and the Reality of Robot Judge/Lawyer)". *Hplusdergi*, 4, (2021), 5; Hikmet Bilgin, "Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hakimler Hakkında Düşünceler". 411; Sevda Bora Çınar, "Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler". 2109; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "Robot Hukuku", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7/29 (2017), 105.

⁶⁸ Cemil Güner, "Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 15, (2020), 251.

⁶⁹ Zafer Zeytin - Eray Gençay, "Hukuk ve Yapay Zekâ: E-Kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması", *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (2019), 56; Başak Ozan Özparlak, "Otomatik Hukuk: Hukuk Sisteminde ve Mesleğinde Yapay Zekâ", *Hukuk Defterleri* 20, (2019), 2.

⁷⁰ Onur Kaplan, "Yapay Zekâ Kavramına İdare Hukuku Açısından Bir Yaklaşım". 3. Uluslararası Sosyal Bilimlerde Kritik Tartışmalar Kongresi (2020, November 20); Seda Kara Kılıçarslan, "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2 (2019), 374; Sinan Sami Akkurt, "Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 13 (2019), 43; Başak Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay

barolarından olan Ankara, İstanbul ve İzmir baroları "Yapay Zekâ Çağında Hukuk" adında önemli çalışmalar gerçekleştirmiştir. Yapay zekâ ve hukuk alanında ilk rapor bu gerçekleştirilen çalıştayda oluşturulmuştur⁷¹.

Yargı sistemi içinde yapay zekâ teknolojileri kullanılarak ilk yapılan çalışma 2005 yılında Adli Yardım Kurulu tarafından Hollanda'da oluşturulan ve Tilburg Üniversitesi ile iş birliği yapılarak geliştirilen "Rechtswijzer" uygulaması olarak bilinmektedir⁷². Bu uygulamayla tüketici talepleri, boşanma, işten çıkarma, kira anlaşmazlıkları ve borçlar gibi anlaşmazlıklar üzerine çözüm üretmek için çalışmalar yapılabilmektedir. Hızlı ve doğru çözüm elde edebilmek için oluşturulan önemli ve ilk uygulamadır. Estonya'da da bazı uyuşmazlık mahkemelerinde yapay zekâyâ sahip robot hakimlerden yararlanılacağı düşünülmektedir⁷³. Avrupa Birliği 2013 yılında bu konularda Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü Tüzüğü adlı bir tüzük oluşturarak, tacirlerin ve tüketicilerin çevrimiçi satın alma konusunda oluşan anlaşmazlıkları mahkemeye gitmeden, alternatif çözüm yöntemleri kullanılarak anlaşmazlıkları çözmelerine destek sunacak bir çevrimiçi platform oluşturmuştur⁷⁴.

Günümüzde hukuki işlemlere yardımcı olmak için önemli uygulamalar yapılmıştır. Bu uygulamalara örnek olarak; farklı şekillerdeki hukuki metinlerden elde edilen verilerin otomatik bir şekilde değerlendirilmesi, sonuçlandırılması ve bunların yapılandırılmış veriye çevirmesi sayesinde kolaylıkla rapor sunabilen ve bulut tabanlı yapısı sayesinde 20'nin üzerinde farklı dil için güvenilir ve hızlı olarak işlemleri gerçekleştirebilen LE VERTON adlı yazılım verilebilir⁷⁵. Avukatların 360.000 saat harcayarak yapabilecekleri işleri sadece saniyeler harcayarak bitirebilen COIN adındaki yapay zekâ teknolojisi bulunmaktadır ve bu yazılım sayesinde ayrıca bankalarda kullanılan senede ortalama olarak 12.000'in üzerinde yapılan kredi sözleşmesi işlemlerinin insanların yaptığı çalışmalara oranla daha hızlı ve doğru sonuç verdiği bilinmektedir⁷⁶. Hakimlerin vereceği kararların ve mahkemelerin sonuçlarının analiz edilip değerlendirilmesine, avukatların deneyimlerinin raporlanmasına, dava sürecindeki yapılacakların tahminine kadar bir çok işlemi çok hızlı ve güvenilir şekilde halledebilen avukatlar için rehber olabilen bir doğal dil işleme uygulaması olan LexMachine yazılımı bulunmaktadır⁷⁷. Amerika Birleşik Devletleri yargı sisteminde kullanılan ve kullanım şekli ve özellikleri ile Türkiyede kullanılan Uyap sistemine benzeyen PACER (Public Access to Court Electronic Records) sistemi sayesinde mahkemeye belge veya dilekçe sunulabilme gibi elektronik ortamda işlem yapılabilmektedir. Yargı süreci için dosya evraklarına elektronik ortamda erişim sağlanabilmektedir ve istenildiği takdirde dosyalar indirilebilmektedir⁷⁸. Sözleşmelerde bulunan kilit sorunların ve bilgilerin otomatik bir şekilde tespit edilmesi, yürütülen dava süreçlerinin özetinin tek seferde oluşturulması, davayı takip eden kişilerin tüm inceleme sürecinin düzenlenmesi gibi birçok çalışmayı yapabilen ve kullanıcılar için hızlı bir şekilde bilgi elde edebilen doğal dil işleme yöntemi kullanılarak oluşturulan Kira Systems adında yazılım bulunmaktadır⁷⁹. Doğal dilde sorulan hukuki sorulara karşı milyonlarca belge arasından ilgili belge ve bilgileri bularak hızlı bir şekilde öngörülerin oluşmasına destek sunan ROSS Intelligence

Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 9/35, (2018), 221.

⁷¹ İstanbul Barosu, Türkiye'nin İlk Yapay Zeka Çağında Hukuk Raporu, "Yapay Zeka Çağında Hukuk", İstanbul, Ankara, İzmir Baroları Çalıştay Raporu, (2019). <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15324> (Erişim T: 27.12.2019)

⁷² Emma M. van, "Online Dispute Resolution: een veelbelovend initiatief voor toegang tot het recht?", 262.

⁷³ Gültekin-Varkonyi. *Robot Yargıçlar*, 57.

⁷⁴ European Commission. (2021). Functioning of the European ODR Platform: Statistical Report 2020. <https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/2021-report-final.pdf>

⁷⁵ Robert Dale, "Law and Word Order: NLP in Legal Tech", *Natural Language Engineering* 25/1 (2019), 213.

⁷⁶ Cenk Akil, "Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü Araştırma", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/1, (2012), 16.

⁷⁷ Riya Sil vd. "Artificial Intelligence and Machine Learning based Legal Application: The State-of-the-Art and Future Research Trends", *2019 International Conference on Computing, Communication, and Intelligent Systems (ICCCIS)* (2019), 59.

⁷⁸ Ömer Faruk Ebibli, *Hukuk Açısından Yapay Zekanın İncelenmesi*. (İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022), 29.

⁷⁹ Christian Powell Sundquist, "Technology and the (Re) Construction of Law", *Journal of Legal Education* 70 (2020), 406.

yazılımı da bulunmaktadır⁸⁰. Birleşik Krallık'da kullanılan TPT (Traffic Penalty Tribunal) sistemi sayesinde mahkemeye gitmeye gerek olmadan trafik cezaları hakkında başvuru ve itirazlar çevrimiçi bir elektronik ortamda düzenlenmektedir ve bunun sonucunda uzman hukukçular tarafından başvurularda ve itirazlara karşı kararlar alınabilmektedir⁸¹. Şirketlere yönelik açılan davaların azaltılmasına yönelik geliştirilen ve elektronik postaların işlenmesi yoluyla tehlikeli olabilen e-postaların otomatik olarak belirlenerek kurumun hukuk birimindeki çalışanlar tarafından tehlikeleri önleyebilecek çalışmalarda destek sağlayabilen Intraspection adlı yazılım bulunmaktadır⁸². Yüklenen yasal belgede bulunan taleplere göre uyarlanan keşif yanıtları, savunma, keşif istekleri ve bunlarla ilgili belgeler oluşturabilen yapay zekâ sistemi Legalmotion adlı çalışma bulunmaktadır⁸³. Davanın dava türünü, süresini kazanılabilirlik oranını, hâkim ile eşleştirme durumunu değerlendirip analiz ederek bir avukatın başarı durumunu anlayabileceğini öngörebilen Premonition yazılımı bulunmaktadır⁸⁴. Hukukçulara sözleşmeleri yapay zekâ yöntemleri ile değerlendirerek olumlu ve olumsuz tarafları göstermede yardımcı olan Toughriver yazılımı da bulunmaktadır⁸⁵. Dava dosyası ile ilgili kanun maddelerinin otomatik olarak belirlenmesi, hâkim kararının tahmin edilebilmesi gibi dava stratejisinin oluşturulmasında avukatlara destek sunan Ravel Law yazılımı bulunmaktadır⁸⁶. Doğal dil işleme yönteminden yararlanarak CARA AI adlı bir algoritma ile benzer davalar üzerine çalışmalar yapan Casetext yazılımı mevcuttur⁸⁷. Avrupa, Asya, ve Kuzey Amerika'daki 11 hukuk ofisinde kullanıma açılan 50'den fazla belgeyisaniyeler içerisinde ve bireysel incelemeden %10 daha doğru analiz edebildiği belirtilen, böylece sözleşmelerden bilgi çıkarımı ve sözleşmelerin analizi ile ilgili avukatlara destek sunan eBrevia adlı yazılımda bulunmaktadır⁸⁸. Avukatların dört saat çalışarak ancak %85 doğruluk oranında sonuca ulaştığı hukuki sorunların sadece 26 dakika gibi kısa bir sürede %95 oranında büyük bir doğruluk oranı ile sonuca ulaştıran LawGeex yazılımı bulunmaktadır⁸⁹. Bir chatbot olan ve "Robot avukat" olarak adlandırılan DoNotPay adında uygulamalar da bulunmaktadır⁹⁰. Bu uygulama, hukuk öğrencisi tarafından geliştirilen park cezalarına yönelik basit ama çok verimli bir uygulama olan ve ilk robot avukat olarak bilinen sistem olarak ifade edilmektedir. Amerika Birleşik Devletlerinde COMPAS adlı bir yapay zekâ programı kullanılmaktadır⁹¹. Bu program, hükümlülerin yeniden suç işleme riskini hesaplayarak hakimlerin af kararına destek olabilmekte, hakimlere yardımcı program olarak kullanılmaktadır⁹². Buna karşın, bu programın ırkçılık yaptığı, verdiği kararların incelenmesi

⁸⁰ İçer – Buluz, "Yapay Zekanın Ceza Muhakemesindeki Rolü ve Geleceği", 9. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali. 2019.

⁸¹ Ebibli, *Hukuk Açısından Yapay Zekanın İncelenmesi*. 44.

⁸² Marcos Eduardo Kauffman - Marcelo Negri Soares, "AI in legal services: New trends in AI-enabled legal services". *Service Oriented Computing and Applications* 14/4 (2020), 224.

⁸³ Kiseniia Yu Nikolskaia - Victor Naumov, "Artificial Intelligence in Law". *International Multi Conference on Industrial Engineering and Modern Technologies (FarEast Con)* (2020), 2.

⁸⁴ Jishitha Kuppalu vd. "Benefits of Artificial Intelligence in the Legal System and Law Enforcement". *2022 International Mobile and Embedded Technology Conference (MECON)*, (2022), 224.

⁸⁵ Kuppalu vd. "Benefits of Artificial Intelligence in the Legal System and Law Enforcement", 227.

⁸⁶ Kuppalu vd. "Benefits of Artificial Intelligence in the Legal System and Law Enforcement", 221.

⁸⁷ Gizem Gültekin-Varkonyi. *Robot Yargıçlar* (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2022), 54.

⁸⁸ David Christopher Giwa - Daniel Kodjovi, "Artificial Intelligence and the Future of the Administration of Law and Justice in Nigeria". *SSRN Electronic Journal* (2023), 5.

⁸⁹ Hary Abdul Hâkim vd. "AI in Law: Urgency of the Implementation of Artificial Intelligence on Law Enforcement in Indonesia". *Jurnal Hukum Novelty* 14/1 (2023), 130.

⁹⁰ Matthew Sparkes, "AI Legal Assistant will have Defendant Fight a Speeding Case in Court". *New Scientist* 257/8 (2023), 3421.

⁹¹ COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), alternatif yaptırımlar için suçluların ıslah edilebilir olup olmadıkları ile ilgili suçlu profili oluşturan, Northpointe adlı şirketin geliştirdiği dava yönetimi ve karar destek aracıdır. Makinenin puanlamasını nasıl yaptığı ticari sır kapsamında geliştirici şirket tarafından saklanırken, genel bilgi olarak puanlamaya mevcut suçlamalar, bekleyen suçlamalar, önceki tutuklanma geçmişi, önceki duruşma öncesi başarısızlık, istihdam durumu, ikamet istikrarı, madde bağımlılığı ve toplum bağları gibi kriterler, yargılama öncesi risk puanlarını etkileyen en önemli göstergelerdir. Detaylı bilgi için bkz. Northpointe, Practitioner's Guide to COMPAS Core (March 19, 2015) <https://s3.documentcloud.org/documents/2840784/Practitioner-s-Guide-to-COMPAS-Core.pdf> (Erişim tarihi: 9 Aralık 2021)

⁹² Öyle ki Wisconsin Yüksek Mahkemesi, COMPAS risk puanlarının ceza verme sırasında hâkimler tarafından dikkate alınabileceğine karar vermiştir. İlgili karar için bkz. *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (2016). <https://www.courts.ca.gov/documents/BB24-2L-3.pdf> (Erişim Tarihi: 9 Aralık 2021)

neticesinde tespit edilmiştir⁹³. Ancak sistem geçmiş verilerden yararlanarak matematiksel bir doğrulukla kararlarını vermektedir. Toplumda bazı kesimlere karşı ön yargı olduğundan dolayı toplum tarafından oluşturulan kaynaklardan yararlanan yapay zekâ sistemlerinde de ön yargı oluşabilmektedir. Dolayısıyla gerçekte suç işleme niyeti olmayan kişilere karşı ön yargılı olan toplum, bir bakıma bu bireyleri suça sürükleyebilmektedir. Böylece, yapay zekâ sisteminin mahkumların suça sürüklenme riskini tespit ettiği sonucuna ulaşılabilceği söylenmektedir⁹⁴. Facebook/Meta şirketi tarafından oluşturulan ve geliştirilen FastText adındaki program Yargıtay kararlarının suç türlerine göre sınıflandırılması için makine öğrenmesi yöntemleri de kullanılarak yapılan önemli çalışmalar yapmaktadır⁹⁵. Hukuk alanında yapay zekâ ile ilgili çalışmalar yapılırken yapay zekânın alt dallarından biri olan özellikle doğal dil işleme yöntemleri kullanılmaktadır⁹⁶. Türkiye'de Anayasa Mahkemesi ve Yüksek mahkemelerin aldığı kararlarının sonuçlarını tahmin edebilme çalışmalarında doğal dil işleme yöntemleri kullanılmaktadır.⁹⁷ Türkiye'de hukuk alanında kullanılan yapay zeka temelli sistemler olarak özellikle avukatlara hizmet veren uygulamalar olarak "Kazancı", "Sinerji" ve "Lexpera" gibi yazılımlar olduğu bilinmektedir. Bu uygulamalar avukatlara hukuki destek sağlayan belli dilekçeler yazmaları için programın arama motoruna anahtar kelimeler yazılarak örnek dilekçeler elde etme gibi hizmetler sağlamaktadır⁹⁸.

Avrupa Birliği ülkelerinin dışında Çin mahkemeleri de yapay zekâ temelli mahkemeler konusunda önemli çalışmalar yapmaktadır⁹⁹. Şangay Yüksek Halk Mahkemesi 2014 yılında ulusal yargı sistemi reformunda bir pilot uygulama olarak belirlenmiş, Şangay'da Yargı Sisteminde yapılan yenilikler ile ilgili çalışmalara dikkat çekmek amacıyla Temmuz 2015 tarihinde alınan ulusal kararlar neticesinde Şangay Yüksek Halk Mahkemesi "yargılama merkezli dava reform yazılımı geliştirme görevini" de üstlenerek önemli çalışmalara başlamıştır¹⁰⁰. Bu çalışmalar kapsamında büyük veri yönetimi yazılımını geliştirmek için iş birliği yapmak üzere 220 milyon davanın tüm bilgileri 2020 yılına kadar akıllı mahkemeler denilen bir uygulamaya yüklenmiştir¹⁰¹. Çin Internet Mahkemeleri, çevrimiçi olarak birçok uyuşmazlık konularına bakmaktadır. Koronavirüs salgını sürecinde mahkemeler açısından birçok zorluk oluşmasına rağmen akıllı mahkemeler sayesinde birçok zorluğun üstesinden gelinmiştir. Çin'deki tüm mahkemelerde, 3 Şubat-31 Mart 2019 arasında, çevrimiçi platformlar kullanılarak 150.000 duruşma yapılmıştır¹⁰². Çin'de bu tür davaların yaklaşık çözüme kavuşma süreleri 40 gün iken internet mahkemelerinde dava 37 dakika gibi kısa bir sürede çözüme kavuşmaktadır. Ayrıca, %98 gibi yüksek bir oranla bu davalarda alınan kararlar temyiz olunmadan kabul görmektedir¹⁰³. Salgın problemine rağmen büyük bir başarı elde edilmiştir¹⁰⁴.

Hukuk alanında yapay zekâ teknolojisinin kullanımı çalışmalarında ilk olarak akla gelen en önemli kavramlardan biri çevirim içi (online) hukuk çalışmalarıdır. Bu konuyla ilgili Tania Sourdin, "Judges,

⁹³ Örneğin uyuşturucu bulundurmaktan suçlu bulunan iki tutukludan, daha önce hiç suç kaydı olmayan Bernard Parker adlı siyahinin yüksek riskli (10); bir soygun girişimi ve uyuşturucudan 3 ayrı suç kaydı olan Dylan Fugett adlı beyazın ise düşük riskli (3) olarak değerlendirildiği yönünde ilgili haber için bkz Ayşe Özek Karasu, 'Algoritmalar cinsiyetçi, çünkü yapanlar erkek' Habertürk, (15 Kasım 2018).

⁹⁴ Bora Çınar, "Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler". 2113.

⁹⁵ Berker Kılıç - Yüksel Öner, "Yargıtay Kararlarının Suç Türlerine Göre Makine Öğrenmesi Yöntemleri ile Sınıflandırılması", *Veri Bilimi* 4/3 (2021), 66.

⁹⁶ Görentaş, *Sanal Yargı*, 19.

⁹⁷ Emre Mumcuoğlu, Ceyhan E. Öztürk, Haldun M. Ozaktas, Aykut Koç, "Natural language processing in law: Prediction of outcomes in the higher courts of Turkey", *Information Processing and Management* 58/5 (2021), 7.

⁹⁸ Ebibli, *Hukuk Açısından Yapay Zekanın İncelenmesi*. 37.

⁹⁹ Görentaş, *Sanal Yargı*, 21.

¹⁰⁰ Yadong Cui, *Artificial Intelligence and Judicial Modernization*. (Shanghai, China: Shanghai Law Society. 2020), 34.

¹⁰¹ Gültekin-Varkonyi. *Robot Yargıçlar*. 58.

¹⁰² Changqing Shi, Tania Sourdin, Bin Li, "The Smart Court- A New Pathway to Justice in China?" *International Journal for Court Administration* 12/1 (2021), 12.

¹⁰³ Tara Vasdani, "Robot justice: China's use of Internet Courts". *The Lawyers Daily, Part of Lexis Nexis Canada Inc.* (2020), 47.

¹⁰⁴ Görentaş, *Sanal Yargı*, 22.

Technology and Artificial Intelligence" adlı çalışmasında dört farklı çevrimiçi mahkeme örneğini dile getirmiştir¹⁰⁵.

a. Çevrimiçi (online) yargı: Aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar, anlaşılmadıkları uyuşmazlık konularını çevrimiçi bir hâkim ya da paneliste ileterek çözüm bulmaları konusunda talepte bulunmaktadır. Bu tür mahkemelerde hakimler fiziksel olarak aynı ortamdadır.

b. Çevrimiçi (online) hakemlik: Aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar, anlaşılmadıkları uyuşmazlık konularını bir hakemin ya da panelistin çözmesi konusunda talepte bulunmaktadır. Taraflar fiziki olarak aynı ortamda bulunmamakta ve bütün çalışmalar çevrimiçi yapılmaktadır.

c. Çevrimiçi (online) tahkim: Aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar, anlaşılmadıkları uyuşmazlık konularını bir tahkimcinin çözmesini talep etmektedir.

d. Hibrit mahkemeler: Fiziksel ve çevrimiçi mahkemelerin çeşitli öğelerinin bir araya getirilmesiyle oluşturulan mahkeme türüne hibrit mahkemeler denmektedir.

Yukarıda belirtilen mahkeme türlerinin kullanımında tarafların menfaatleri dikkate alınarak bir seçim yapılmalıdır.

Türkiye’de hukuk alanında yapay zeka temelli teknolojileri kullanırken güvenli bir sistem oluşturmak için block-zincir gibi güvenilir teknolojilerden yararlanması gerekmektedir. Aksi takdirde büyük bir güvenlik riski ve endişesi oluşabilecektir. Türkiyede koronavirüs salgını döneminde e-devlet üzerinden veri sızıntısı yapılarak 85 milyon kişinin kimlik bilgilerinin çalındığı bilinmektedir. İlgili bakanlık da açıklamalarda bulunarak bu haberin doğruluğunu kabul etmiştir¹⁰⁶. Bunun gibi büyük risklerin olduğu bir elektronik sistemde güvenilir bir şekilde hukuki hizmet verilmesi için risklerin ortadan kaldırılarak büyük önlemlerin alınması gerekmektedir. Bakanlık bünyesinde donanımlı uzman ekiplerin ve çok iyi donatılmış alt yapının oluşturulduktan sonra ve gerekli hukuki zemin oluşturulduktan sonra yapay zeka temelli yargı sistemine belli durumlarda geçilebilir veya bu teknolojiden belirli ölçülerde yararlanılabilir.

Yargılamadaki en büyük gelişmelerden biri yargılamanın sadece duruşma salonlarında değil ayrıca çevrimiçi (Online) yapılabilmesidir. Özellikle Koronavirüs salgını sürecinde bu yöntem birçok ülke tarafından kullanılmıştır. Türkiye yargı sisteminde dijitalleşme sürecine 1998 yılında başlamış ve 2000 yılında UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Sistemini kullanmaya başlamıştır¹⁰⁷. Dijital ortamda kullanılabilecek idari ve yargısal faaliyetler UYAP sistemi kullanılarak elektronik ortama taşınabilmektedir¹⁰⁸. Birçok kurumun sistemi UYAP’a entegre edildiğinden bilgi ve belge alışverişi yapılabilmektedir. Koronavirüs salgını sürecinde Türkiyedeki hukukçular UYAP sisteminden yararlanarak duruşma sorgulama ekranındaki “E-Duruşma Talebi” tercihlerini kullanarak duruşmaya e-duruşma şeklinde katılabilmişlerdir¹⁰⁹. Türkiye’de e-duruşma sistemine 15.09.2020 tarihinde geçilmiş ve 09.11.2021 tarihi itibarıyla 81 ilde 1400 hukuk mahkemesinde kullanılmaya başlanmıştır.

¹⁰⁵ Tania Sourdin, *Judges, Technology and Artificial Intelligence. The Artificial Judge* (Newcastle: Elgar Law, Technology and Society Series. 2021), 49.

¹⁰⁶ Bakan Uraloğlu, 85 milyon kişinin bilgilerinin çalındığını doğruladı: ‘Maalesef önlenemedi’ Euronews (12 Eylül 2024).

¹⁰⁷ UYAP; günümüzün gerekli tüm teknolojik gelişmelerini kullanarak, Adalet Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatının, bağlı ve ilgili kuruluşlarının, adli ve idari tüm yargı ve yargı destek birimlerinin donanım ve yazılım olarak iç otomasyonunu ve benzer şekilde bilgi otomasyonu sistemlerini kurmuş kamu kurum ve kuruluşları ile dış birim entegrasyonunu sağlayan ve e-Dönüşüm sürecinde e-Adalet ayağını oluşturan bir bilişim sistemi olarak tanımlanmaktadır. Tanım için bkz. <https://www.uyap.gov.tr/Genel-Bilgi> (Erişim Tarihi: 27 Aralık 2020)

¹⁰⁸ Örneğin UYAP ile entegrasyon sağlanan MERNİS’ten nüfus kayıtları ve Adres Kayıt Sistemi’nden adres kayıtları, TAKBİS’ten tapu ve kadastro kayıtları, Adli Sicil Bilgi Sistemi’nden sabıka kayıtları, Merkez Bankasından döviz kurları ve POLNET’ten ehliyet kayıtları yargı birimlerince otomatik olarak anında alınabilmektedir.

¹⁰⁹ E-duruşma tüm Türkiye’de, UYAP Bilişim Sistemi. <https://uyap.gov.tr/e-durusma-tum-turkiyede> (Erişim T: 09.11.2021)

Bu şekilde emek ve zaman tasarrufu sağlanmış ve koronavirüs salgını sürecinde adalete erişim hakkının kesintiye uğramasının önüne geçilmiştir.

IV. Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarını Tahminine Dair Yapılan Çalışmalar

Mahkeme kararlarını tahmini ile ilgili birçok çalışma yapılmıştır. Mahkeme kararlarını tahmin eden makineler için robot hâkim veya yargıç gibi terimler kullanılmaktadır¹¹⁰. Ancak robot, bazı materyaller kullanılarak oluşturulan parçaların elektronik devreler ve bir program yardımıyla kontrol altına alınan hareket yeteneği olan ve kendi yapması gerekenler konusunda kararlar alabilen bir makine olarak ifade edilmektedir¹¹¹. Bu tanım; hareket kabiliyeti olmayan, yazılım kullanılarak oluşturulan yapay zekâyı ifade etmemektedir.¹¹² Robot yargıç kavramı, insan yargıcın yerine geçerek karar veren otonom bir yapay zeka sistemi olarak tanımlanabilir¹¹³. Bundan dolayı mahkeme kararlarını tahmin eden uygulamalar için "sanal yargıç" terimi kullanılması daha isabetli olacaktır.¹¹⁴ Leipzig Üniversitesi hukuk bölümünden mezun olan Leibniz, kişiler arasında anlaşmazlıklar olduğunda haklıyı bulmak adına hesaplama yapabilecek "mantık makinesi" adında bir öngörü sisteminin hayalini daha 17. yüzyılda kurmuştur¹¹⁵. Teknolojinin gelişmesiyle beraber Leibniz'in bu hayalinin gerçekleşmesine çok yaklaşmıştır.

Hukuk alanında yapay zekâ ile ilgili çalışmalar yapılırken yapay zekânın alt dallarından biri olan özellikle dilbilimi ve kodlamalardan yararlanarak doğal dil işleme yöntemleri kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemesi ve Yüksek mahkemelerin aldığı kararlarının sonuçlarını tahmin edebilme çalışmalarında doğal dil işleme yöntemleri kullanılmaktadır.¹¹⁶ Mahkeme kararlarını tahmin etmede en çok dikkat çeken çalışmalar makine öğrenmesi yöntemlerini kullanan metin sınıflandırma çalışmalarıdır. 2016 yılında Aletres tarafından AIHM kararları üzerine çalışmalar yapılmıştır¹¹⁷. Yaklaşık %79 gibi yüksek doğruluk sonuçlarına ulaşılmıştır¹¹⁸. Buda doğru tahmin için gayet yüksek bir oran olarak değerlendirilmiştir. Hata payını en aza indirmek ve tahmin oranlarını daha yükseğe çıkarabilmek için

¹¹⁰ Max Tegmark, *Life 3.0: Being Human in the age of Artificial Intelligence*, (New York: Alfred A. Knopf Doubleday Publishing Group, 2017), 64; Gültekin-Varkonyi, *Robot Yargıçlar*, 95; Seda Yağmur Sümer, "Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hakim". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23/2, (2021), 1569.

¹¹¹ Melis Aydemir, "Yapay Zekalı Robotların Ceza Sorumluluklarının Araştırılması", *Suç ve Ceza Hukuku Dergisi* 1/4, (2018), 60.

¹¹² Ebru Armağan Yüksel Bozkurt, "Robot Law", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7/29, (2016), 99.

¹¹³ Seda Yağmur Sümer "Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hakim". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23/2 (2021), 1555; Tania. Sourdin, *Judges, Technology and Artificial Intelligence. The Artificial Judge*. Newcastle: Elgar Law, Technology and Society Series. 2021. 58 ; Mei Wang - Weihong Deng. "Deep face recognition: A survey", 229.

¹¹⁴ Görentaş, *Sanal Yargıç*, 34.

¹¹⁵ Say, *50 Soruda Yapay Zekâ*, 26.

¹¹⁶ Emre Mumcuoğlu vd. "Natural language processing in law: Prediction of outcomes in the higher courts of Turkey", *Information Processing and Management* 58/5 (2021), 7.

¹¹⁷ Nikolaos Aletras vd. "Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective" *Peer J Computer Science*, 2/10, 2016, 86; Zihenyu Liu – Huanhuan Chen. *2017 IEEE Symposium Series on Computational Intelligence (SSCI). A Predictive Performance Comparison of Machine Learning Models for Judicial Cases*, 2017. 4. Masha Medvedeva, "Using Machine Learning to Predict Decisions of the European Court of Human Rights". *Artificial Intelligence and Law* 241.; Alexandre Quemy - Robert Wrembel, "On Integrating and Classifying Legal Text Documents". *International Conference on Database and Expert Systems Applications: 31st International Conference, DEXA 2020, Bratislava, Slovakia, September 14–17, 2020, Proceedings, Part I* (2020): 390; Adrea Visentin vd. "Predicting judicial decisions: A statistically rigorous approach and a new ensemble classifier". *Proceedings 31st International Conference on Tools with Artificial Intelligence ICTAI, 2019-November*: 1821.

¹¹⁸ Nikolaos, "Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing perspective" 89; Liu-Chen, *2017 IEEE Symposium Series on Computational Intelligence (SSCI). A Predictive Performance Comparison of Machine Learning Models for Judicial Cases*, 2017. 5.

daha sonra birçok çalışma daha gerçekleştirilmiştir¹¹⁹. Türkiye'de ise mahkeme kararları üzerinde yapılan çalışmalar özellikle Anayasa Mahkemesi¹²⁰ ile Yargıtay¹²¹ kararları üzerinedir.

Pek çok ülkede mahkeme kararlarının sonuçlarını tahmin edebilen önemli çalışmalar bulunmaktadır. 2013 yılında bir yazılım prototipi oluşturan Houy ve arkadaşlarının Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararları tahmini çalışmalarında önemli çalışmaları mevcuttur¹²². Aletras ve arkadaşlarının da 2016 yılında doğal dil işleme yöntemlerini kullanarak ve makine öğrenmesi yöntemlerinden Destek Vektör Makineleri metodundan yararlanarak AIHM'nin kararlarını inceleyip tahminleme yapan çalışmaları bulunmaktadır¹²³. Makine öğrenmesi yöntemleri kullanılarak Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi kararlarını tahmin edebilen çalışmaları olan Katz ve diğerlerinin 2017'de araştırmaları bulunmaktadır¹²⁴. Makine öğrenmesi yöntemlerinden yararlanarak idari kararların temyiz aşamasında sonuçlarının tahmini ile ilgili bir yöntem oluşturan Metsker ve arkadaşlarının 2019'da önemli çalışmaları mevcuttur¹²⁵. Yapay zekâ sistemleri kullanılarak AIHM kararlarının tahminine ve bazı ülkelerdeki mahkeme kararlarının tahminine yönelik birçok önemli çalışma yapılmıştır¹²⁶.

Yapılan çalışmalar göstermektedir ki; yapay zekâ teknolojileri kullanılarak hukuk metinlerini belli mahkemelere göre sınıflandırmak mümkündür. Her bir çalışmanın kullanılan yöntemlere göre, kendi veri seti ve sınıflandırma kategorilerine göre farklı sonuçlara ulaşılabilmektedir. Hukuk analitiğinde bu tür çalışmaların önemli bir yeri bulunmaktadır. Elbette ki kullanılan yöntemlerin olumlu ve olumsuz tarafları bulunmaktadır¹²⁷. Olumlu ve olumsuz etkileri dikkate alınarak kullanılmak istenilen yöntem ve elde edilmek istenen sonuçlara göre farklı yaklaşımlar tercih edilmektedir. Bu tür çalışmalarda kodlamalar yapmak birçok ülkede çoğu mahkeme kararları için zor olsa da Çin Halk Cumhuriyetinde oldukça kolay bir şekilde yapılabilmektedir¹²⁸. Bunun temel sebebi ise ilgili ülkede adalete erişim, mahremiyet, masumiyet karinesi, hak arama özgürlüğü vb. ilkelere hassasiyetle yaklaşılmaması ve pragmatik yaklaşımla bu tür hukuki ilke ve engellerle karşılaşmadan teknolojiyi hemen her alanda sınırsızca kullanabilme pratiğidir.

Hukuk alanında yapay zekâ uygulamalarının oluşturulması ve geliştirilmesi için metinsel belgelerin dijital ortamlara aktarılması gerekmektedir. Metinsel belgeler dijital ortamlara aktarılırken cinsiyetçi,

¹¹⁹ Masha, "Using Machine Learning to Predict Decisions of the European Court of Human Rights". *Artificial Intelligence and Law* 242; Alexandre, Robert, "On Integrating and Classifying Legal Text Documents". *International Conference on Database and Expert Systems Applications: 31st International Conference, DEXA 2020*, Bratislava, Slovakia, September 14–17, 2020, Proceedings, Part I (2020): 392; Visentin vd. "Predicting judicial decisions: A statistically rigorous approach and a new ensemble classifier". *Proceedings 31st International Conference on Tools with Artificial Intelligence ICTAI*, 1822.

¹²⁰ Emre Mumcuoğlu, "Natural Language Processing in Law: Prediction of outcomes in the Higher Courts of Turkey", *Information Processing and Management* 58/5, (2021), 8.

¹²¹ Özlem Aydın, *Mobbing İçerikli Yargı Kararlarının Makine Öğrenmesi Algoritmaları ile Sınıflandırılması* (Balıkesir: Balıkesir Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2020), 64.

¹²² Constantin Houy vd. Towards automated identification and analysis of argumentation structures in the decision corpus of the German Federal Constitutional Court. In 2013 7th IEEE International Conference on Digital Ecosystems and Technologies (DEST), (2013), 73.

¹²³ Aletras vd. "Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective", 84.

¹²⁴ Martin Daniel Katz vd. A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States. *PLOS ONE*, 12/4, 2017, 7.

¹²⁵ Oleg v.d., "Text and data mining techniques in judgment open data analysis for administrative practice control", 174.

¹²⁶ Nikolaos, "Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective" 90; Liu – Chen, 2017 IEEE Symposium Series on Computational Intelligence (SSCI). A Predictive Performance Comparison of Machine Learning Models for Judicial Cases, 2017, 5; Masha, "Using Machine Learning to Predict Decisions of the European Court of Human Rights". *Artificial Intelligence and Law*, 243; Alexandre, Robert, "On Integrating and Classifying Legal Text Documents". *International Conference on Database and Expert Systems Applications: 31st International Conference, DEXA 2020*, Bratislava, Slovakia, September 14–17, 2020, Proceedings, Part I (2020): 393; Visentin vd. "Predicting judicial decisions: A statistically rigorous approach and a new ensemble classifier". *Proceedings 31st International Conference on Tools with Artificial Intelligence ICTAI*, 1824.

¹²⁷ Merve Ayşegül Kulular İbrahim - Ali Semih Çamkerten, "Hesaplamalı Hukuk", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1, (2023), 169.

¹²⁸ Gültekin-Varkonyi, *Robot Yargıçlar*. 61.

ırkçı, adaletsiz vb. içerikler taşıma riski barındırabilmektedir. Daha öncede dile getirdiğimiz Amerika Birleşik Devletlerinde kullanılan COMPAS adlı programın ırkçı kararlar aldığı tespit edilmiştir¹²⁹. Aynı risk yargıda kullanılacak diğer sistemler içinde geçerlidir. Dolayısıyla yapay zekânın öncelikle bu hukuki metinsel belgelerin iyileştirilmesi için kullanılması gerekmektedir. Daha sonra ön yargılardan kurtarılabilen hukuki metinler dijital ortama aktarılacak daha adil, eşit ve güvenilir bir hukuk hizmeti sağlanabilecektir. Aksi takdirde, yapay zeka sistemleri önyargı konusunda birçok riski barındırabilmektedir. Bu durumda yapay zeka tabanlı yargı hizmeti sunulması açısından büyük sorunlar oluşturabilecektir.

V. Türkiye’de Yapay Zekânın Ulusal Yargı Ağı Projesine Entegre Edilmesi ve Olası Etkileri

Türkiye’de ulusal yargı ağı projesi (UYAP) hukuksal bir otomasyon olarak geniş bir alanda hizmet vermektedir. Yapay zekâ temelli akıllı sistemler, teknolojik olarak ileri düzeyde gelişmiş yapılardır ve etraflarındaki dünyaya oluşturuldukları kodlamaya göre cevap veren makinelerdir. Akıllı sistemler hukuk alanına entegre edilebileceğinden UYAP’a da entegre edilerek hukuk alanına büyük bir hizmet sağlayabilecektir. Hukuk tabanlı akıllı sistemler kurarak hukuk alanında yapılacak faaliyetlerin daha donanımlı, hızlı ve güvenilir olması için bu akıllı sistemler kullanılabilir. Hukuk tabanlı akıllı sistemler kullanarak akıllı adliyeler oluşturulması mümkündür. Bu adliyelerde oluşturulacak alt yapıyla akıllı otomasyonlar oluşturulabilecektir. Bunların yanında adliyelere entegre edilmiş UYAP sistemiyle de koordineli bir şekilde çalışacak akıllı yargı ağı oluşturulabilecektir. Bu otomasyonlarla yargı sistemine yardımcı sistemler oluşturulabilecektir. Bu yargı ağı geliştirilerek akıllı sistemlerden oluşmuş Sanal Hâkim, Avukat, Savcı, Kâtip gibi sistemler de oluşturulabilecektir. Bu şekilde oluşturulacak akıllı adliyeler, akıllı yargı sistemleri ve yargı mensuplarının yerini alan yazılımlar sayesinde hukuk daha hızlı, daha güvenilir ve daha donanımlı şekilde işleyebilecektir.

İnsanın egemen olduğu hukuk alanının dijitalleşmesi, dijitalin hukukleşmesine bağlı olarak gelişim sağlayacaktır. Yapay zekâ teknolojilerinin hukuki nitelik sorunu, sorumluluk alanlarındaki belirsizlikler ile birlikte insanı odağına alan sistemlerle de uyumlu değildir¹³⁰. Yargı sisteminde teknolojinin yargı mensuplarına yardımcı bir eleman mı, yoksa direkt yargı mensuplarının yerini alabilecek bir sistem mi olacağı soruları çok önem arz etmektedir. Şayet, teknoloji, e-tebliğatin yapılmasından, duruşmaların online yapılması gibi alanlarda yardımcı eleman olarak kullanılacaksa hukuki çerçeve belirlenmiştir. Fakat, teknolojinin yargı mensuplarının yerine geçerek asil eleman olarak kullanıldığı noktada hukuki olarak bir çok mevzuat eksikliği ve engeli bulunmaktadır. T.C Anayasası 9. maddesi gereğince yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılmaktadır. T.C Anayasası 36. maddesi gereğince herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir ve T.C Anayasası 138. maddesi gereğince de hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere talimat veremez; genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Bu maddeler dikkate alındığında sanal hakimlerin Türk Milleti adına karar vermesi Anayasaya aykırılık oluşturabilecektir¹³¹. Dolayısıyla sanal hakimlerin kullanılabilmesi için öncelikle bir Anayasa değişikliği gerekmektedir. Nitekim, sanal avukatlık içinde benzer mevzuat eksiklikleri bulunmaktadır. Avukatlık Kanunu 3. maddesi gereğince avukatlık mesleğine kabul şartları belirtilmiştir. Bu şartların hiçbiri sanal

¹²⁹ Örneğin uyuşturucu bulundurmaktan suçlu bulunan iki tutukludan, daha önce hiç suç kaydı olmayan Bernard Parker adlı siyahinin yüksek riskli (10); bir soygun girişimi ve uyuşturucudan 3 ayrı suç kaydı olan Dylan Fugett adlı beyazın ise düşük riskli (3) olarak değerlendirildiği yönünde ilgili haber için bkz Ayşe Özek Karasu, ‘Algoritmalar cinsiyetçi, çünkü yapanlar erkek’ Habertürk (15 Kasım 2018).

¹³⁰ Sevda Bora Çınar, ‘Yapay Zekanın Hukuki Niteliği: Felsefi, Bilimsel ve Tarihi Yaklaşımlarla Malvarlığı Unsurlarının Kişiliğe Giden Süreci’ *Uluslararası Bilişim Kongresi Bildiriler Kitabı* (International Informatics Congress 2022 Proceedings Book) (17-19 Şubat 2022, Batman Üniversitesi Yayınevi 2022) 417 -427, <http://earsiv.batman.edu.tr/handle/20.500.12402/4205> Erişim Tarihi 24 Mayıs 2022.

¹³¹ Bora Çınar, “Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler”, 2117.

avukatlara uymamaktadır¹³². Dolayısıyla sanal avukatların kullanılabilmesi içinde Avukatlık Kanununda değişiklik yapılması gerekmektedir.

Yapay zekâ tabanlı akıllı yargı sisteminin birçok olumlu etkisi olabileceği gibi birçok olumsuz etkileri de olabilecektir. Bu etkiler; siber güvenlik, maliyet, iletişim, hukuk alanında büyük veri, sanal hâkime ya da avukata güven gibi birçok olumsuz etkenler içerebilecektir. Bu olumsuz etkileri en aza indirerek dengeli, şeffaf, açıklanabilir ve adil bir alt yapı oluşturulması mümkündür. Böylece hukuk alanında insanlığa hizmet edecek büyük bir yol katedilmiş olacaktır. Hukuk eğitiminde var olan kalite sorunu, yargı bağımsızlığı, liyakat gibi birçok sorundan dolayı yapay zeka destekli teknolojilerden yararlanarak oluşturulan yargı sistemi şu anki sisteme göre daha verimli ve adil olacağı düşünülmektedir¹³³. Yapay zekâ destekli yargı sisteminin güvenlik, önyargı gibi birçok riski olabilmektedir. Bunun için bu sistemlerin bilişim uzmanları ve hukukçular tarafından oluşturulacak özel komisyonlar tarafından denetimleri yapılabilir. Böylece sistemin güvenilirliği sağlanabilecektir. Tüm bunların yapılabilmesi için yargıda teknolojinin kullanımını sağlayacak hukuki mevzuatın oluşturulması gerekmektedir.

Türkiye’de hakimler karar verirken psikoloji ve sosyoloji bilimlerinden çok yararlanmaktadır. İnsan ilişkileri ve gelenekler karar vermede etkin rol oynamaktadır. Bundan dolayı tamamen insansız bir akıllı yargı sisteminin bütünleştirildiği UYAP sisteminden hukuk çalışanlarına yardımcı olabilecek bir yardımcı yapay zekâ temelli akıllı sistemlerin oluşturulduğu bir UYAP sistemi Türk yargı sistemine şu an için daha uygun görünmektedir.

VI. Yapay Hukukçular ve Yapay Hukukçuların Yargıya Olası Etkileri

Teknoloji çağında olduğumuzdan günümüz insanları için kolayca uyum sağlayabilecekleri yapay zekâ temelli adalet birimlerinin oluşturulabileceği düşünülmektedir. Yapay zekânın hukuk alanında uygulanması birçok risk barındırdığı gibi birçok önemli avantajda sağlamaktadır. Teknolojinin yaygınlaşması ve gelişmesiyle bizzat fiziki olarak duruşmalara katılmak istemeyen ve talepleri e-duruşma şeklinde olan bireylerin kolaylıkla hukuk hizmeti alabilmeleri sağlanacaktır. Ayrıca, hukuk alanında yapay zekâ teknolojilerinden yararlanarak dava sürecinde yapılan usuli hatalardan daha rahat bir şekilde kaçınılabilecektir. Böylece, insanlar birçok konuda tasarruf edebilecek ve insanların adalete erişimi kolaylaşacaktır. Yapay zekâ temelli yargı sistemleri uygulanırken adil, hızlı, verimli ve orantılı bir sistemin oluşturulması gerekmektedir¹³⁴. Mahkeme kararlarının yapay zekâ yöntemleri kullanılarak sınıflandırması sadece bir tahmin çalışması olarak görülecektir ve yapılan çalışmaların sadece tahmin çalışması olarak kalması yetersiz bir çalışma olacağından dolayı mahkeme kararlarını tahmin için yapılan çalışmalar mahkemelerde ve yargı sisteminde somut bir şekilde kullanılmalıdır ve uygulanmalıdır¹³⁵.

Yapay zekâyâ temelli bir yargı sisteminden iyi sonuçlar ve doğru kararlar alınabilmesi için insan hâkimlerin karar verme süreçlerine dikkat edilmesi gerekmektedir. İnsan hakimlerin bilgileri ve birikimleri veri halinde alınmalı ve kodlanmalıdır. Duygusal ve psikolojik durumları da dikkate alınmalıdır. Bu bilgilerde kodlanarak büyük bir data oluşturulmalıdır. Bu datalardan yararlanarak oluşturulacak kodlamalarla yapay hakimler oluşturulabilir.

Hakimler karar verirken kanıtlar, argümanlar ve yasalar gibi birçok etkeni değerlendirmekte ve birçok dış etkenden de etkilenebilmektedir. Karar süreci, davaya, davanın türüne ve yargıçların kişisel özelliklerine bağlı olarak değişkenlik gösterebilmektedir. Hakimler, karar açıklama sürecinde verdikleri kararın gerekçelerini ve kullandıkları argümanları taraflara açık bir şekilde ifade ederler. Bu şekilde hakimler verdikleri kararların açık ve adil bir şekilde oluşturduklarını göstermiş olurlar. Ancak,

¹³² Bora Çınar, “Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler”, 2118.

¹³³ Bora Çınar, “Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler”, 2102.

¹³⁴ Görentaş, *Sanal Yargı*, 33.

¹³⁵ Görentaş, *Sanal Yargı*, 33.

hakimlerin kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığı bulunmaktadır. Dolayısıyla, hakimlerin verdikleri kararlara itiraz edilmesi mümkün görülmekte hakim karar verme süreci bilimsel ve yasal bir zeminde gerçekleştiğinden, kararın geçerliliği sürmektedir ve karar itirazlardan etkilenmemektedir¹³⁶. Ayrıca, hakimler takdir yetkilerini kullanırken birçok iç ve dış etkenden etkilenebilmektedir. Takdir yetkisini kullanma sürecinin büyük bir bölümünün bilinçsiz olarak oluştuğu görülmektedir¹³⁷. Dolayısıyla hakim karar verme yetkisini kullanırken verdiği kararlar karmaşık bir süreç olarak ifade edilmektedir.

Hakimlerin karar verme süreçlerinde iki önemli görüş bulunmaktadır¹³⁸. Bunlar; hukuki formalizm ve hukuki realizim olarak bilinmektedir¹³⁹. Hukuki formalizm, hâkimlerin bir dava sürecinde kanunları olayların gerçeklerine rasyonel, tartışmacı ve mekanik bir şekilde uyguladığını ve kararların yalnızca yasal yollar kullanılarak açıklanabileceğini savunurken, hukuki realizim, hâkim kararlarının rasyonel bir şekilde verildiğini sadece yasalara göre verilmediğini psikolojik, siyasi ve sosyal faktörlerin hâkim kararlarını etkilediğini ifade etmektedir¹⁴⁰. Karar verme süreçlerinde sadece yasal dayanaklar dikkate alındığında hakimlerin verdikleri kararların yeterli şekilde gerekçelendirilmeyeceği düşünülmektedir. Hâkimlerin karar verme süreciyle ilgili en çok dikkat çeken fikirler arasında "rasyonalist" görüş olduğu bilinmektedir. Bu görüş dikkate alındığında hakim tarafından verilen kararlarının sadece kanunlar dikkate alınarak değil ayrıca iç ve dış etkenler arasında bulunan sosyal, politik ve psikolojik etkenlerin de verilen kararları olumlu veya olumsuz etkilediği bilinmektedir¹⁴¹.

Yapay zeka temelli yargı sistemi oluşturulduğunda karar verme süreci hakimlerde olduğundan yargı sisteminde yapay hakimlerin oluşturulması oldukça karmaşık ve zor olduğu görülmektedir. Hakimlere nazaran yapay savcı, avukat ve katiplerin oluşturulması daha rahat görünmektedir. Bunların da kendilerine göre farklı zorlukları olabilmektedir. T.C Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." ilkesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bir insanın mahkeme sürecinin her aşamasında haklarının korunmasını ve hukukun üstünlüğünün sağlanmasını garanti altına alan 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ilkelerine de uygun olarak teknolojik yargı sistemleri oluşturulmalıdır. Yapılacak yapay zeka temelli yargı sisteminde bu ilkeler dikkate alınmalıdır¹⁴².

Günümüzde Çin Halk Cumhuriyeti'nde hizmet veren "akıllı mahkemeler" sistemi belgelerin güvenliği, dijitalliği ve standart hale getirilmesi ile ilgili önemli bir çalışma olmakla birlikte yapay zekâya sahip hakimlerin kullanılması ile ilgili üzerinde araştırmaların yapılması gereken bir çalışmadır¹⁴³. Bu "akıllı mahkemeler" oluşturulurken duruşma sırasında ses transkripsiyonu, dosya sürecinde rehberlik yapabilme, deneme sırasında otomatik olarak belge oluşturma gibi yapay zekâ temelli destek hizmetleri sunmaktadır¹⁴⁴. Çin Halk Cumhuriyeti hukuksal belgelerin dijitalleştirilmesi sürecinde güvenlik sorununa dikkat etmektedir. Güvenlik sorunu için blok zincir teknolojisini kullanmaktadır. Şanghay'daki mahkemelerin, güvenlik birimlerinin, savcılıkların ve bürolarının ağları bağımsız olarak çalışmaktadır¹⁴⁵.

¹³⁶ Gültekin-Varkonyi, *Robot Yargıçlar*, 96.

¹³⁷ Koray Doğan, *Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo"* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 59.

¹³⁸ Aletras vd. "Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing Perspective", 87; Görentaş, *Sanal Yargıç*, 35.

¹³⁹ Ebibli, *Hukuk Açısından Yapay Zekanın İncelenmesi*. 57.

¹⁴⁰ Shai Danziger vd. "Extraneous Factors in Judicial Decisions". *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 108/17, (2011), 6893.

¹⁴¹ Görentaş, *Sanal Yargıç*, 35

¹⁴² Görentaş, *Sanal Yargıç*, 33.

¹⁴³ Görentaş, *Sanal Yargıç*, 30.

¹⁴⁴ Yadong Cui, *Artificial Intelligence and Judicial Modernization* (Shanghai, China: Shanghai Law Society, 2020), 37 ; Görentaş, *Sanal Yargıç*, 30.

¹⁴⁵ Cui, *Artificial Intelligence and Judicial Modernization*, 46; Görentaş, *Sanal Yargıç*, 30.

Hollanda'da hukuk alanında yapay zekâ teknolojilerinden yararlanarak oluşturulan ilk sistemin "Rechtwijzer" uygulaması olduğu bilinmektedir¹⁴⁶. Bu sistem sayesinde kira, borçlar, tüketici, boşanma, işten çıkarma gibi davalar ile ilgili hizmet verilebilmektedir. Böylece hızlı ve güvenilir sonuçlar elde edilebilmektedir.

İngiltere'de kullanılan trafik cezaları konusunda insanların mahkemeye gitmeden çevrim içi hizmet alabilecek şekilde başvuru yapabilecekleri ve dilekçe verebilecekleri TPT adlı bir yargı sistemi bulunmaktadır¹⁴⁷. Bu sistem sayesinde hızlı ve adil bir şekilde kararlar alınabilmektedir.

Estonya'da yapay zeka teknolojisini kullanarak bazı uyuşmazlık mahkemelerinde yapay zekâyâ sahip robot hakimlerden yararlanılacağı düşünülmektedir¹⁴⁸.

Amerika Birleşik Devletlerinde COMPAS adlı bir yapay zekâ programı kullanılmaktadır¹⁴⁹. Bu sistem hakimler tarafından yardımcı bir sistem olarak kullanılmaktadır. Ayrıca ABD'de yargı sisteminde hukukçulara ve vatandaşlara hizmet sağlaması için PACER adlı bir sistem oluşturulmuştur. Bu sistem kullanılarak elektronik ortamda başvurular yapılabilmekte ve dosyalar elde edilebilmektedir¹⁵⁰. ABD'de bunlar gibi birçok akıllı yargı sistemi kullanılmaktadır.

Japonya ve Tayland'da yapay zekâyı kullanarak yargı sisteminde önemli çalışmalar yapmaktadır. Bunun gibi birçok ülkenin yargı sisteminde kullanmak için yapay zekâ teknolojilerinden yararlandığı bilinmektedir. Günümüzde yargı hizmeti sunarken teknolojinin en yoğun kullanıldığı ülkeler arasında Çin Halk Cumhuriyetinin ve Amerika Birleşik Devletlerinin olduğu bilinmektedir. Bunlarla birlikte Avrupa Birliği'nde bu teknolojiye yararlanmaya çalışmakta ve bu teknolojiyi kontrol altına alabilmek için önemli düzenlemeler yapmaktadır.

Görüldüğü üzere; hukuk sisteminin dijitalleşmesi, toplum için hassas riskler taşıdığı için özel uzmanlık gerektiren çalışmalarla sağlanabilecektir. Daha önce de bahsettiğimiz gibi yapay zekâ temelli yargı sisteminin adil, şeffaf, verimli ve hızlı birçok olumlu yargı hizmetini sağlayacağı görülmektedir. Fakat, insanların karar alma mekanizmaları hala tam olarak anlaşılmadığından dolayı güvenilir bir dijital taklidinin yapılması oldukça zor görünmektedir. Ayrıca, T.C. Anayasasının mevcut maddeleri dikkate alındığında yapay zekâ temelli yapay hakimlerin kullanılması yasal da görünmemektedir. Bunun için öncelikle anayasa değişikliği yapılması gerekecektir. Mevcut Avukatlık Kanunu da yapay avukatlara izin vermemektedir. Tüm bunların yasal olarak kullanılması için mevzuat değişikliği yapılmalıdır. Her hâlükârda, uygun mevzuatlar hazırlanarak olumsuz durumlara karşı gerekli tedbirler alındıktan ve gerekli dijital altyapı hazırlandıktan sonra yargı sisteminde yapay zekâ teknolojileri verimli bir şekilde kullanılabilecektir.

Sonuç

Son yıllarda yapay zekâ ile ilgili önemli çalışmalar yapılmaktadır. Yapay zekâ teknolojisi ile ilgili gelişmeleri takip etmenin ve yapay zekâ ile ilgili temel kavramlara hâkim olmanın önemi her geçen gün artmaktadır. Yapay zekâ ile ilgili disiplinler arası çalışmalar yapmak isteyen hukukçuların alanları dışında yapay zekâ ile ilgili belli bilgileri de bilmelerinin önemli olduğu sonucuna varılmaktadır. Yapay

¹⁴⁶ Emma M. van, " Online Dispute Resolution: een veelbelovend initiatief voor toegang tot het recht?", 262.

¹⁴⁷ Ebibli, *Hukuk Açısından Yapay Zekanın İncelenmesi*, 44.

¹⁴⁸ Gültekin-Varkonyi, *Robot Yargıçlar*, 57.

¹⁴⁹ COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), alternatif yaptırımlar için suçluların ıslah edilebilir olup olmadıkları ile ilgili suçlu profili oluşturan, Northpointe adlı şirketin geliştirdiği dava yönetimi ve karar destek aracıdır. Makinenin puanlamasını nasıl yaptığı ticari sır kapsamında geliştirici şirket tarafından saklanırken, genel bilgi olarak puanlamaya mevcut suçlamalar, bekleyen suçlamalar, önceki tutuklanma geçmişi, önceki duruşma öncesi başarısızlık, istihdam durumu, ikamet istikrarı, madde bağımlılığı ve toplum bağları gibi kriterler, yargılama öncesi risk puanlarını etkileyen en önemli göstergelerdir. Detaylı bilgi için bkz. Northpointe, Practitioner's Guide to COMPAS Core (March 19, 2015) <https://s3.documentcloud.org/documents/2840784/Practitioner-s-Guide-to-COMPAS-Core.pdf> (Erişim tarihi: 9 Aralık 2021)

¹⁵⁰ Ebibli, *Hukuk Açısından Yapay Zekanın İncelenmesi*, 29.

zekâ teknolojisinde gerçekleşen gelişmeler, yapay zekâ ile ilgili disiplinler arası çalışmalar yapan alanlara önemli derecede etki edecektir. Özellikle yapay zekâ ile ilgili hukuk alanında çok önemli çalışmalar olduğu görülmektedir. Hukukçuların bu alana hâkim olması oldukça önemlidir ve bu alanda uzmanlarla birlikte disiplinler arası çalışma yapılması hukuk alanının gelişimi açısından büyük önem arz etmektedir. Çalışmamızda da özellikle yapay zekâ ile ilgili temel kavramlar ve tarihsel gelişimi hakkında bilgi verilmekte ve yapay zekânın gelişimi ile birlikte hukuk alanında verimli, hızlı, eşit ve adil bir hukuk hizmetinin sağlanacağı kanaatine varılmaktadır. Bunun yanında önyargı, ırkçılık ve cinsiyetçilik gibi olumsuz karar ve sonuçların elde edilebileceği yapay zekâ temelli yargı sistemlerinin oluşabileceği de görülmektedir. Olumsuz sonuçların ve kararların oluşmaması için yapay zekâ teknolojisinden yararlanarak olumsuz tutum ve yargı oluşturabilecek metinlerin ayıklanması gerekmektedir. Gelecekte yapay zekâ teknolojisinin daha çok gelişeceği öngörüldüğünden diğer alanlarda olduğu gibi hukuk alanında bu gelişmelerden etkileneyeceği kesin ve kaçınılmazdır. Dolayısıyla hukuk alanını bu gelişmelerin dışında düşünemeyiz. Hukuk, teknolojiye yararlanan ve takip eden bir alan olarak görülmelidir. Aksi takdirde topluma hitap edemeyen bir alan haline geleceğinden çok kötü sonuçlar ortaya çıkacaktır.

Dünyanın birçok ülkesinde yargı sisteminde yapay zekâ teknolojisinden yararlanılmaktadır. Bu teknoloji sayesinde ülkeler vatandaşlarına daha verimli, hızlı ve adil bir hukuk hizmeti sunabilmektedir. Geliştirilen özel yazılımlar sayesinde doğruluk oranı yüksek olan kararlar alınabilmektedir. Bu programlar avukat, hakim ve savcı gibi yargı mensuplarına işleriyle ilgili yardımcı olmakta, doğru belge sunma, doğru analiz yapabilme ve doğru kararlar alabilme gibi işlerde önemli derecede kolaylık sağlamaktadır. Ayrıca AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarını tahmin eden önemli çalışmalar yapılmıştır. Bu teknoloji sayesinde birçok veri elde edilmiş ve gerekli yerlerde kullanılmıştır. Bunun yanında, dünyanın önde gelen hukuk fakülteleri de teknoloji laboratuvarları kurarak teknolojiye hakim hukukçular yetiştirmeyi amaçlamaktadır.

T.C Anayasası dikkate alındığında yargı yetkisinin kullanılmasında hakimlere ve mahkemelere kimsenin talimat veremeyeceği belirtilmektedir. Dolayısıyla dijital bir programın karar konusunda hakimlere talimat ve öneride bulunması şu an için yasal görünmemektedir. Dolayısıyla, Türkiye’de yapay zekânın (UYAP’a) entegre edilerek yapay hakim, savcı ve avukatların kullanılması için öncelikle Anayasal değişikliğin yapılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bunun yanında, Avukatlık Kanununa göre sanal veya yapay avukatların görev alması da yasal görünmemektedir. Türkiye’de yapay hakim, avukat, savcı gibi yargı sistemlerinin görev alması için mevzuat düzenlemesinin yapılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Hukuk alanında yapay zekâ teknolojisi, yardımcı eleman olarak kullanılmaktadır. E-tebliğat veya dijital mahkemeler gibi dijital uygulamalarda mevcut mevzuat çerçevesinde teknolojik çalışmalardan yararlanılabilmektedir.

Dolayısıyla, hukukçuların teknolojik gelişmeleri kullanarak yargı sisteminde hızlı, güvenilir ve adil bir sistemi oluşturabilme konusunda önemli gelişmeler elde edebilecekleri düşünülmektedir. Teknolojik gelişmelerin riskleri olabilmektedir. Bu riskleri yok edebilmek veya düşürebilmek için önlemler alınması gerekmektedir. Uzmanlardan oluşan bir kurul sayesinde ve gerekli mevzuat oluşturulduktan sonra önlemler alınabilecektir. Böylece toplum tarafından kabul görülebilecek yapay zekânın olumsuz etkilerinden de arındırılmış güvenilir akıllı yargı sistemleri kurulabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Yapay zekâ teknolojisini kullanmanın en büyük amacı insanlığa hizmet etmektir. Dolayısıyla hukuk alanında da yapay zekâ kullanılırken buna dikkat edilmeli, insan odaklı bir sistemin mimarisi geliştirilmeli ve Hukuk hizmeti açısından insanlığa hizmet edecek şekilde çalışmalar yapılmalıdır. Hukukun amaçları arasında toplumun huzur, adalet, eşitlik ve güvenliğini sağlamak olduğundan hukuk hizmetinde teknolojik gelişmeler kullanılırken gerekli tedbirler alınmalı ve bu yönde çalışmalar yapılmalıdır.

Kaynakça

- Akil, Cenk. "Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü Araştırma". *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/1 (Haziran 2012), 11-26.
- Akkurt, Sinan Sami. "Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 13 (Haziran 2019), 39-59. <https://doi.org/10.18771/mdergi.581875>
- Aletras, Nikolaos vd. "Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing Perspective". *Peer J Computer Science* 2/10 (2016), 83-93. <https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>
- Altaş, Alkan. "Yapay Zekanın Şirket Yönetiminde Yer Almasına İlişkin Değerlendirmeler". *SÜHFD* 31/3 (2023), 1357-1380.
- Arf, Cahit. "Makine Düşünebilir mi ve Nasıl Düşünebilir?". *Atatürk Üniversitesi 1958-1959 Öğretim Yılı Halk Konferansları* 1 (1959), 91-103.
- Asimov, Isaac. *Vakıf Serisi ve Robot Serisi*. İstanbul: İthaki Yayınları, 3. Basım, 2019.
- Aydemir, Melis. "Yapay Zekalı Robotların Ceza Sorumluluklarının Araştırılması". *Suç ve Ceza Hukuku Dergisi* 1/4 (2018), 1-73. <https://robotic.legal/wp-content/uploads/>
- Aydın, Özlem. *Mobbing İçerikli Yargı Kararlarının Makine Öğrenmesi Algoritmaları ile Sınıflandırılması*. Balıkesir: Balıkesir Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Bak, Başak. "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 9/35 (2018), 211-232. <https://www.youtube.com/watch?v=3WhpAKJcggl>
- Bayındır, Anıl Sena. *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Ortaya Koyduğu Buluşların Patentlenebilirliği*. Ankara: İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Bilgin, Hikmet. "Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hakimler Hakkında Düşünceler". *İnüHFD* 13/2 (2022), 405-419.
- Bilgin, Hikmet. "Hukuk Alanındaki Hizmetlerde Kullanılan Teknolojik Olanaklar (Legaltech) ve Avukatlık Mesleğine Olası Etkileri". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 73/2 (2024), 1019-1067.
- Bora Çınar, Sevda. "Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler". *Legal Hukuk Dergisi* 20/234 (2022), 2089-2130.
- Bora Çınar, Sevda. "Fikri Mülkiyet Hukukunun Dabus'la İmtihani: Yapay zekâ Sistemleri Buluş Sahibi Olarak Kabul Edilebilir mi?". *İnüHFD* 14/2 (2023), 387-400.
- Bora Çınar, Sevda. "Şirketler Hukukunun Geleceği Üzerine Bir İnceleme: Şirket Yönetiminde Yapay Zekâ". İstanbul: *Seçkin Yayıncılık*, (2022).
- Bora Çınar, Sevda. "Yapay Zekanın Hukuki Niteliği: Felsefi, Bilimsel ve Tarihi Yaklaşımlarla Malvarlığı Unsurlarının Kişiliğe Giden Süreci". *Uluslararası Bilişim Kongresi Bildiriler Kitabı (International Informatics Congress 2022 Proceedings Book)*, 17-19 Şubat 2022, 417 -427. Batman Üniversitesi Yayınevi, 2022. <http://earsiv.batman.edu.tr/handle/20.500.12402/4205>
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. "Robot Law". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7/29 (2016), 85-113.

- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. “Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 6/11 (2018), 585-622.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. *Yıkıcı Teknolojilerin Bedensel Zararlara Etkileri*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 1. Basım, 2021.
- Cui, Yadong. *Artificial Intelligence and Judicial Modernization*. Shanghai, Shanghai Law Society, China: 2020.
- Curran, Nathaniel Ming vd. “Anthropomorphizing AlphaGo: A content analysis of the framing of Google DeepMind’s AlphaGo in the Chinese and American press”. *AI & SOCIETY* 35/3 (2020), 727-735. <https://doi.org/10.1007/s00146-019-00908-9>
- Çamkerten, Ali Semih. “Hukuk Analitiği”. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1 (2023), 234-254. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2023.79>
- Çırak, Bekir – Yörük, Abdulkadir, “Mekatronik Biliminin Öncüsü İsmail El-Cezeri”, *Siirt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 4/175 (2016), 175-194.
- Dale, Robert. “Law and Word Order: NLP in Legal Tech”, *Natural Language Engineering* 25/1 (2019), 211-217. <https://doi.org/10.1017/S1351324918000475>
- Danziger, Shai vd. “Extraneous factors in judicial decisions”. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 108/17 (2011), 6889-6892. <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>
- Dhar, Vasant. “The Future of Artificial Intelligence”. *Big Data* 4/1 (2016), 5-9. <https://doi.org/10.1089/big.2016.29004.vda>
- Doğan, Koray. *Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo”*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Dothan, Shai. “A Guide to Quantitative Legal Research”. *SSRN Electronic Journal* 221 (2020), 1-24. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3719836>
- Dülger, Murat Volkan. “Günümüz Yapay Zekâ Teknolojisi ve Robot Yargıç/Avukat Gerçeği (Artificial Intelligence Technology Today and the Reality of Robot Judge/Lawyer)”. *Hplusdergi* 4 (2021), 4-9. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3792182>
- Ebibli, Ömer Faruk. *Hukuk Açısından Yapay Zekanın İncelenmesi*. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Erdoğan Melih, “Sıfırncı Yasa”, *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi* 19/3 (2017), 746-759.
- Fornaciari, Tommaso - Poesio, Massimo. “Automatic Deception Detection in Italian Court Cases”. *Artificial Intelligence and Law* 21/3 (2013), 303-340. <https://doi.org/10.1007/s10506-013-9140-4>
- Gedik, Gülşen. “Robotlara Karşı Gerçek Kişilerin Korunması Gerekliliği ve Robot Vergisi Önerisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26/1 (2020), 24-48.
- Giwa, David Christopher - Kodjovi, Daniel. “Artificial Intelligence and the Future of the Administration of Law and Justice in Nigeria”. *SSRN Electronic Journal* (2023), 1-11. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4566440>
- Görentaş, M. Burak. *Sanal Yargıç*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2023.

- Gültekin-Varkonyi, Gizem. *Robot Yargıçlar*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Güner, Cemil. "Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 15 (2020), 229-272. <https://doi.org/10.18771/mdergi.757376>
- Hâkim, Hary Abdul vd. AI in Law: Urgency of the Implementation of Artificial Intelligence on Law Enforcement in Indonesia". *Jurnal Hukum Novelty* 14/1 (2023), 122-134.
- Haugeland, John. *Artificial Intelligence: The Very Idea*. MIT Press Cambridge MA. 1985.
- Hoffman-Riem, Wolfgang "Legal Technology/Computational Law – Preconditions, opportunities and risks", *Journal of Cross-Disciplinary Research in Computational Law* 1/1 (2021), 1-16. <https://journalcrcl.org/crcl/article/view/7/3> (Son Erişim: 07.05.2023)
- Houy, Constantin vd. Towards automated identification and analysis of argumentation structures in the decision corpus of the German Federal Constitutional Court., In 2013 7th IEEE International Conference on Digital Ecosystems (and Technologies (DEST), 2013), 72-77. <https://doi.org/10.1109/DEST.2013.6611332>
- İçer, Zafer - Buluz, Başak. "Yapay Zekanın Ceza Muhakemesindeki Rolü ve Geleceği". *9. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali*. 2019.
- İstanbul Barosu, Türkiye'nin İlk Yapay Zeka Çağında Hukuk Raporu, "Yapay Zeka Çağında Hukuk", İstanbul, Ankara, İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15324>
- Kaplan, Onur. "Yapay Zekâ Kavramına İdare Hukuku Açısından Bir Yaklaşım", *3. Uluslararası Sosyal Bilimlerde Kritik Tartışmalar Kongresi*, (2020, November 20).
- Kara Kılıçarslan, Seda. "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2 (2019), 363-389. <https://doi.org/https://doi.org/10.33432/ybuhukuk.599224>
- Katz, Martin Daniel vd. A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States. *PLOS ONE* 12/4 (2017), 1-15. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0174698>
- Kauffman, Marcos Eduardo - Soares, Marcelo Negri. "AI in legal services: New trends in AI-enabled legal services", *Service Oriented Computing and Applications* 14/4 (2020), 223-226. <https://doi.org/10.1007/s11761-020-00305-x>
- Kelly, Kevin. *Büyük Teknolojik Dönüşüm*. İstanbul: Optimist Kitap, 2017.
- Kılıç, Berker - Öner, Yüksel. "Yargıtay Kararlarının Suç Türlerine Göre Makine Öğrenmesi Yöntemleri ile Sınıflandırılması". *Veri Bilimi* 4/3 (2021), 61-71. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2032425>
- Kolbjørnsrud, Vegard vd. "How Artificial Intelligence Will Redefine Management". *Harvard Business Review* 2/1 (2016), 3-10.
- Koroğlu, Yavuz. "Yapay Zeka'nın Teorik ve Pratik Sınırları". *Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi*, (2017), 1-10.
- Kulular, İbrahim vd. "Hesaplamalı Hukuk". *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1 (2023), 160-182.
- Kuppala, Jishitha vd. "Benefits of Artificial Intelligence in the Legal System and Law Enforcement", *2022 International Mobile and Embedded Technology Conference (MECON)* (2022), 221-225. <https://doi.org/10.1109/MECON53876.2022.9752352>

- Liu, Zihenyu - Chen, Huanhuan. 2017 IEEE Symposium Series on Computational Intelligence(SSCI). A Predictive Performance Comparison of Machine Learning Models for Judicial Cases, 2017, 1-6. <https://doi.org/10.1109/SSCI.2017.8285436>
- Martin, Alan. Robotics and Artificial Intelligence: The Role of AI in Robots, (2021) https://aibusiness.com/author.asp?section_id=789&doc_id=773741#:~:text=Robotics%20and%20artificial%20intelligence%20are%20two%20related%20but%20entirely%20different (Erişim: 01.05.2022)
- Metsker, Oleg vd. "Text and data mining techniques in judgment open data analysis for administrative practice control". *Communications in Computer and Information Science* 947 (2019), 169-180. https://doi.org/10.1007/978-3-030-13283-5_13
- Möslein, Florian. "Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zekâ ve Şirketler Hukuku". çev. Seveda Bora Çınar. *İstanbul Hukuk Mecmuası* 79/2 (2021), 699-728. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.2.0004>
- Mumcuoğlu, Emre vd. "Natural Language Processing in Law: Prediction of Outcomes in the Higher Courts of Turkey". *Information Processing and Management* 58/5 (2021), 1-16. <https://doi.org/10.1016/j.ipm.2021.102684>
- Nabiyev, Vasif Vagifoğlu. *Yapay Zekâ*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Newell, Allen, Simon, H. "The logic theory machine--A complex information processing system". *IEEE Transactions on Information Theory* 2/3 (1956), 61-79. <https://doi.org/10.1109/TIT.1956.1056797>
- Nikolskaia, Kiseniia Yu - Naumov, Victor. "Artificial Intelligence in Law". *2020 International-Multi Conference on Industrial Engineering and Modern Technologies (FarEast Con)* (2020), 1-4. <https://doi.org/10.1109/FarEast-Con50210.2020.9271095>
- Özparlak, Başak Ozan. "Otomatik Hukuk: Hukuk Sisteminde ve Mesleğinde Yapay Zekâ". *Hukuk Defterleri* 20 (2019), 1-4.
- Öztemel, Ercan. "Yapay zekâ ve insanlığın geleceği. Bilişim Teknolojileri ve İletişim: Birey ve Toplum Güvenliği". *Türkiye Bilimler Akademisi* (2020), 75-91.
- Pirim, Harun. "Yapay Zeka" *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 1/1 (2006), 81-93.
- Quemy, Alexandre - Wrembel, Robert. "On Integrating and Classifying Legal Text Documents", International Conference on Database and Expert Systems Applications: 31st International Conference, DEXA 2020, Bratislava, Slovakia, September 14–17, Part I, (2020): 385-399. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-3-030-59003-1_25
- Gelder, E. M. van "Online Dispute Resolution: een veelbelovend initiatief voor toegang tot het recht?". Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Erasmus Universiteit Rotterdam, M v V 7/8 (2018), 262-267. <https://repub.eur.nl/pub/114267/RePub-114267.pdf>
- Say, Cem. *50 Soruda Yapay Zekâ*. İstanbul: Bilim ve Gelecek Kitaplığı. 2021.
- Sert, Mehmet vd. "Using Artificial Intelligence to Predict Decisions of the Turkish Constitutional Court," *Social Science Computer Review* 1 (2021), 1-19. <https://doi.org/10.1177/08944393211010398>
- Shi, Changqing vd. "The Smart Court- A New Pathway to Justice in China?" *International Journal for Court Administration* 12/1 (2021), 1-19. <https://doi.org/10.36745/ijca.367>

- Sil, Riya vd. "Artificial Intelligence and Machine Learning based Legal Application: The State-of-the-Art and Future Research Trends". *2019 International Conference on Computing, Communication, and Intelligent Systems (ICCCIS)* (2019) 57-62. <https://doi.org/10.1109/ICCCIS48478.2019.8974479>
- Sourdin, Tania. *Judges, Technology and Artificial Intelligence. The Artificial Judge*. Newcastle: Elgar Law, Technology and Society Series. 2021.
- Sparkes, Matthew. "AI Legal Assistant will have Defendant Fight a Speeding Case in Court". *New Scientist* 257/8 (2023), 3421. [https://doi.org/10.1016/S0262-4079\(23\)00042-8](https://doi.org/10.1016/S0262-4079(23)00042-8)
- Sundquist, Christian Powell. "Technology and the (Re) Construction of Law". *Journal of Legal Education* 70 (2020), 402-412.
- Sümer, Seda Yağmur. "Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hakim". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23/2 (2021), 1543-1591. <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998255>
- Szegedy, Christian vd. "Going deeper with convolutions, 2015 IEEE Conference on Computer Vision and Pattern Recognition (CVPR)", (2015), 1-9. <https://doi.org/10.1109/CVPR.2015.7298594>
- Tegmark, Max. *Life 3.0: Being Human In The Age of Artificial Intelligence*, New York: Alfred A. Knopf Doubleday Publishing Group, 2017.
- Tunç Aybike. "Yapay Zekâ Teknolojilerinin Ortaya Koyduğu Buluşların Patentlenebilirliği (Avustralya Federal Mahkemesi'nin 30.07.2022 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)", *Karar İncelemeleri Dergisi* 1/1 (2022), 593-601.
- Turing, Alan M. "Computing Machinery and Intelligence", *Mind, New Series* 59/236 (1950), 433-460.
- Vasdani, Tara. "Robot Justice: China's Use of Internet Courts". *The Lawyers Daily, part of Lexis Nexis Canada Inc.* 2020. <https://www.lexisnexis.ca/en-ca/ihc/2020-02/robot-justice-chinas-use-of-internet-courts.page>
- Visentin, Adrea vd. "Predicting Judicial Decisions: A Statistically Rigorous Approach and a New Ensemble Classifier". *Proceedings 31st International Conference on Tools with Artificial Intelligence, ICTAI*, 2019-November: 1820-1824. <https://doi.org/10.1109/ICTAI.2019.00275>
- Wang, Mei - Deng, Weihong. "Deep face recognition: A survey". *Neurocomputing* 429 (2021), 215-244. <https://doi.org/10.1016/j.neucom.2020.10.081>
- Webb Julian, "Legal Technology: The Great Distruption?" *Lawyers in 21st Century Societies, Vol.2 Comparisons and Theories*, Editor: Richard L. Abel, Hilary Sommerlad, Ole Hommerslev and Ulrike Schultz (Oxford: Hart Publishing, 2022).
- Winston, Patrich Hanry. *Artificial Intelligence*. California: Addison-Wesley, Third edition. 1992.
- Yılmaz, Gizem. "Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı". *Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi* 28/1, (2020), 27-55. <https://doi.org/10.29228/mjes.8>
- Yılmaz, Oğuz Gökhan. "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı- Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?". *Adalet Dergisi* 66 (2021), 379-415.
- Zeytin, Zafer - Gençay, Eray. "Hukuk ve Yapay Zekâ: E-Kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması". *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (2019), 39-70.

Elektronik Kaynaklar

- Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanlığı, & Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı. (2021), Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (UYZS) 2021-2025. <https://cbddo.gov.tr/UYZS>
- Deppblue. “Deppblue adındaki bilgisayar programı dünya satranç şampiyonu Kasparov'u yenmiştir”. YouTube. Yayın Tarihi: 11 Mayıs 1997. <https://youtu.be/VilBd2pT9QE?si=kGsWGL8c-6Cydc4B>
- Euronews, “Bakan Uraloğlu, 85 milyon kişinin bilgilerinin çalındığını doğruladı: Maalesef önlenemedi”, Euronews (12 Eylül 2024) <https://tr.euronews.com/2024/09/12/bakan-uraloglu-85-milyon-kisinin-bilgilerinin-calindigini-dogruladi-maalesef-onlenemedi>
- European Commission. (2021). Functioning of the European ODR Platform: Statistical Report 2020. <https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/2021-report-final.pdf>
- European Commission. (2018). The European Commission's High-Level Expert Group on Artificial Intelligence. A Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines. https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf
- European Commission. (2018). 237 Final Communication from the Commission to the European Parliament, The European Council, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Artificial Intelligence for Europe. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/?uri=celex:52018DC0237>
- European Consumer Consultative Group. (2018). Policy Recommendations for a Safe and Secure Use of Artificial Intelligence, Automated Decision-Making, Robotics and Connected Devices in a Modern Consumer World. https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2018-058_automated_decision_making_and_artificial_intelligence.pdf
- European Economic and Social Committee. (2018). Artificial intelligence: Anticipating It's Impact on Work to Ensure a fair Transition. <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/artificial-intelligence-anticipating-its-impact-jobs-ensure-fair-transition-own-initiative-opinion>
- European Parliament. (2017). Civil Law Rules On Robotics. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/599250/EPRS_ATA\(2017\)599250_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/599250/EPRS_ATA(2017)599250_EN.pdf)
- EU -2024/1689 -EN –EUR-Lex (europa.eu). Erişim: 12 Temmuz 2024. <https://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>
- euRobotics. “About SPARC”. EuRobotics. (2020). <https://eu-robotics.net/divioverlay/sparc/>
- High-Level Expert Group on AI (AI HLEG). Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI. 2019. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>
- IEI Patents, “Imagination Engines Incorporated (IEI) Patents”. Erişim: 03.04.2023 <https://www.imagination-engines.com/patents.html>
- Northpointe, Practitioner’s Guide to COMPAS Core (March 19, 2015). Erişim: 9 Aralık 2021. <https://s3.documentcloud.org/documents/2840784/Practitioner-s-Guide-to-COMPAS-Core.pdf>
- Open AI. What is artificial intelligence (AI)? OpenAI. 2021. Erişim: 01.11.2021. <https://openai.com/learn/what-isai>

Özek Karasu, Ayşe. Habertürk. 'Algoritmalar cinsiyetçi, çünkü yapanlar erkek' (15 Kasım 2018). Erişim: 12 Ocak 2021. <https://www.haberturk.com/algoritmalar-cinsiyetci-cunku-yapanlar-erkek-2179057>

RoboLaw. RoboLaw: Project Overview. RoboLaw. 2014. <http://www.robolaw.eu/projectdetails.htm>

Robolaw Project Results, 2020. https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50951

State v. Loomis, 881 N.W.2d 749 (2016), Erişim: 9 Aralık 2021 <https://www.courts.ca.gov/documents/BTB24-2L-3.pdf>

Unesco Türkiye Milli Komisyonu, Yapay Zekâda Önyargıyı Aşmak. Erişim: 8 Mart 2021. <https://events.unesco.org/event?id=1133699146&lang=1033>

United Nations Interregional Crime and Justice Research Enstitute, UNICRI Centre for Artificial Intelligence and Robotics *The Hague, The Netherlands*. Erişim: 25.04.2019. http://www.unicri.it/in_focus/on/UNICRI_Centre_Artificial_Robotics

UYAP Tanım, Erişim: 27 Aralık 2020. <https://www.uyap.gov.tr/Genel-Bilgi>

UYAP Bilişim Sistemi, E-duruşma tüm Türkiye'de. Erişim: 09.11.2021. <https://uyap.gov.tr/e-durusma-tum-turkiyede>

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

In addition to the acts of the legislative body within the legislative function, there are also acts within the administrative function. Because first of all, there is the internal organization of the legislature and the public officials who are part of it. Furthermore, the legislative body also conducts appointments for certain positions and handles procedures related to the status of members of parliament. An important part of these procedures is related to the internal order of the legislative body. The legislative body issues regulations, particularly for maintaining internal order. However, other administrative regulatory acts may also be issued. In addition to regulatory administrative acts, the legislature may also take subjective acts concerning public officials and MPs. The owner of the legislature's actions may vary according to the internal structure of the legislature. In this framework, the legislature is composed of the parliamentary presidency, the general secretariat, the presidential council and other administrative units. Non-legislative acts of the General Assembly are also referred to as parliamentary decisions. Some special acts of parliament are specifically analyzed as they create subjective situations. These decisions pertain to appointments to the Court of Accounts, the Radio and Television Supreme Council, and the Ombudsman Institution. In terms of general assembly procedures, stringent organic criteria should be applied, and these procedures should be considered legislative actions. In this regard, a preference for pluralistic political identity of the legislative body would be suitable for appointments of this nature. Additionally, the processes of other units within the legislative body should be evaluated along with organic and material criteria.

In terms of legislative activities, there is a kind of "internal legislative order" and administrative acts are required to ensure this order. In particular, transactions regarding the status of public officials, who play an important role in ensuring this order, and transactions regarding the determination of the principles of the internal order are administrative transactions. According to the purely organic criterion, it is not possible to include the acts of the legislature in the administrative function. However, in accordance with the principle of the rule of law, state activities must comply with the law and be subject to judicial review.

There are many units in the internal organization of the legislative body. Within this organization, in our opinion, it is necessary to make an evaluation by keeping the General Assembly separate. Because the General Assembly is composed of MPs and represents democratic pluralism. Especially in the appointments made, the "preference to make appointments with a pluralist political identity" should be respected.

In determining the administrative acts of the legislative body, the organic criterion should be taken as a basis in terms of the General Assembly acts, while the acts of other legislative units should be evaluated according to the substantive criterion in addition to the organic criterion. The reason for making this evaluation in terms of the General Assembly acts is the desire of the constitutional and legislative legislator to manifest some acts, which are administrative acts according to the substantive criterion, as pure legislative will. We believe that by accepting these transactions as legislative acts, the will embodied in the General Assembly is not subject to judicial review. Moreover, if the constitutional legislator had wanted to determine which of the General Assembly's acts should be subject to judicial review, he could have regulated this concretely, as in the examples of the loss of membership and the lifting of legislative immunity.

Although it is possible to identify the transactions included in the administrative function within the framework of the criteria, as a solution, it would be more appropriate to concretely regulate that the transactions of the organs of the TGNA, which are accepted as administrative transactions, are subject to administrative judicial review. Pursuant to the Constitution, the legislative body is entrusted with the task of electing members to some organs and boards. The reason for such a preference is that the legislative body represents national sovereignty as a requirement of representative democracy and that some member selection procedures should be carried out through a deliberative procedure within the

framework of the principles of pluralist democracy. In particular, it should be accepted as a requirement of this democratic will that the member selection procedures should be accepted as a legislative act, not as an administrative act, based solely on the organic criterion.

Giriş

Egemenlik yetkisi devlet organları eliyle somutlaşmaktadır. Bu organlar tarihsel süreç içerisinde ihtiyaçlar ve gereklilikler çerçevesinde oluşmuştur. Devletin hukuki faaliyetlerini yürüten bu organlar devletin farklı kuvvetlerini oluşturmuştur. Yasama, yürütme ve yargı olarak somutlaşan bu organların teorik kökenleri Antik Yunan filozoflarına kadar (Aristo) gitmekte iken organların oluşumu, içyapısı ve kendi aralarındaki ilişkiler ise tarihsel süreç ile biçimlenmiştir.¹

Maddi kritere göre devletin faaliyetleri kural -işlem, öznel işlem ve yargı işlemi olmak üzere üçe ayrılmaktadır.² Bu kritere göre yasama fonksiyonu genel, soyut kişisel olmayan kurallar koyar. İdari fonksiyon ise öznel durumlar yaratır. İdari fonksiyon (yürütme) yasamanın koyduğu kuralları somutlaştırır. Yargı fonksiyonu ise hukuki uyumsuzlukları çözme; iddia, tespit ve müeyyideyi belirleme sürecidir.³ Maddi kriterin devlet fonksiyonlarının çok genişletmesi belirsizliğe neden olmuştur. Bu nedenle maddi kriterin daraltılması gereği doğmuştur. Böylece maddi kriter şekli veya organik kriter ile sınırlandırılarak devlet fonksiyonlarının içeriğinin yanı sıra yapan organa göre belirleme yolu tercih edilmiştir.⁴ Organik kritere göre yasama organı tarafından yapılan bütün işlemler yasama işlemi, yürütme organı tarafından yapılan bütün işlemler yürütme/ıdari fonksiyonu ve yargı organı tarafından yapılan bütün işlemler yargı faaliyeti olarak kabul edilir.⁵ Bu kriterin temel özelliği işlemleri işlemi yapan organa göre isimlendirmesidir. Bu nedenle yasama organının da fonksiyonunun tanımlanması ve hangi faaliyetlerinin yasama fonksiyonuna hangi faaliyetlerin idari fonksiyonuna dâhil olduğunun tespit edilmesi önem arz etmektedir.

Yasama organının temel görevi yasama fonksiyonunu icra etmektedir. Bu çerçevede yasama organı kanunlar ve parlamento kararları aracılığıyla bu görevini yerine getirmektedir. Ayrıca yasama organı Anayasa gereği bazı kurum ve kuruluşlara atama işlemleri yapmakla görevlidir. Yasama organının iç düzeni yine yasama organı tarafından düzenlenmelidir. Bu çerçevede yasama organı iç düzeninin sağlanması maksadıyla düzenleyici işlemlerin yanı sıra bireysel idari işlemler de yapmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle yasama organının içyapısı ve idari işlemleri incelenmeye çalışılmıştır. İşlemlerin niteliğinin tespiti için her bir yasama organı özelinde idari işlemler el alınmış ve bunların nitelikleri tespit edilmeye çalışılmıştır. Böylece yasama organının idari işlem niteliği taşıyan işlemleri her bir birim bazında belirlenmeye çalışılmıştır. Bunu sağlamak maksadıyla başta Anayasa, TBMM İçtüzüğü ve 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu ve diğer normlar incelenmiştir. Konu ile ilgili güncel içtihatlar da analiz edilmiştir. Genel kurul işlemleri ise tartışmalı yapısı nedeniyle özellikle incelenmiştir. Ancak bunun yanında yasama organının organik anlamda idare kavramına dâhil

¹ Bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2011), 815 vd.

² Kemal Gözler - Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2022), 16; Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2013), 10; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitapevi, 2006), 24 vd. Maddi kriter bu fonksiyonların içeriğini çok fazla genişletmektedir. Çünkü yasama organı öznel işlem yapabildiği (milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması) gibi idare de kural işlem (tüzük, yönetmelik ve idarenin diğer işlemleri) de yapabilmektedir. Hatta idare disiplin soruşturmaları, düzenleyici denetleyici kurumlar örneklerinde görülebildiği üzere hukuka aykırılık iddialarını, hukuki uyumsuzluklar çözme fonksiyonunu da yerine getirebilmektedir. Bu nedenle fonksiyonun içeriğine bakarak devlet fonksiyonlarını birbirinden ayırmak mümkün değildir. Bkz. Gözler - Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 17-22; Günday, *İdare Hukuku*, 11-12; Atay, *İdare Hukuku*, 25.

³ Günday, *İdare Hukuku*, 11; Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 15.

⁴ Organik ve maddi kriterinin yanı sıra işlemin yapılış usulüne de bakılması gerektiği (biçimsel ölçüt) düşüncesi için bkz. Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı kararlarına Dayalı Bir İnceleme)* (Ankara: Turhan Kitapevi, 2015), 24.

⁵ Gözler - Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 18-22.

olmasa da maddi anlamda çok yoğun işlemler yaptığını/yapabileceğini vurgulamak üzere özel bir problematiği olmasa da yasama organı iç birimlerinin idari işlemleri örneklendirilmeye çalışılmıştır.

I. Yasama Organının İçyapısı ve İşlemleri

1982 Anayasası'na göre yasama organı Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir (TBMM) ve altı yüz milletvekilinden oluşmaktadır (m. 75). Bu noktada idare organının yasama organı dışında yer aldığını tespit etmek gerekir. Çünkü yasama organının yapısı içerisinde organik anlamda idare olarak adlandırabileceğimiz bir organ bulunmamaktadır.⁶ Yasama fonksiyonu (fonksiyonel anlamda yasama) ise genel, soyut kişisel olmayan kurallar koymak demektir.⁷ Bu durumda yasama organının her işlemi genel, soyut kişisel olmayan kural niteliğinde değildir. Bir kısım işlemi ise subjektif (özel) durum yaratıcı niteliktedir. Hatta yasama organının kanun formunda bireysel işlemler yaptığı da görülmektedir ancak bu durum yasama organı ve fonksiyonunun karakteri ile uyumlu değildir.⁸ Yasama organının yasama fonksiyonuna dâhil olmayan bu işlemleri maddi ölçüte göre idari işlem niteliğindedir. Ancak salt maddi ölçüte göre yapılan bir belirleme yetersiz kalmakta ve yasama fonksiyonu ile idari fonksiyon ayrımını sağlayamamaktadır. Örneğin yasama organı tarafından çıkarılan bir yönetmeliğin ya da Genel Kurul tarafından alınan bir subjektif kararın belirlenmesi kolay olmamaktadır. Bu nedenle organik ölçüt ile maddi ölçüt birlikte ele alınmalı ve yasama organını temsil eden merciin işleminin niteliği belirlenmelidir. Organik ölçüte göre işlemler, bu işlemleri yapan organa göre belirlenir. Bu çerçevede detaylandıracağımız üzere yasama organı içerisinde organik anlamda yasama organına dâhil birimlerin işlemlerini idari fonksiyona dâhil etmek ve idari işlemlerin hukuki rejimine tâbi kılmak gerekmektedir. TBMM Genel Kurulu organik anlamda yasama kavramına dâhildir ve işlemleri maddi anlamda idari işlem olsa dahi yasama işlemi olarak kabul edilmelidir. Organik anlamda yasama organını sadece Genel Kurul ile sınırlamak mümkün değildir. Genel Kurul'un parçası olan Başkanlık Divanı da organik anlamda yasama kavramına girer ancak Başkanlık Divanı işlemlerini salt organik ölçüte göre değil maddi ölçüte göre de değerlendirmek gerekir. Genel Kurul haricindeki idari birimlerin işlemlerini maddi ölçüt açısından da değerlendirmek ve özel durum yaratan icrai işlemleri idari işlem olarak kabul etmek gerekir. İdari işlem ile yasama işlemi arasında tereddüt olan hallerde dahi hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak idari işlem lehine yorum yapmak yargısal denetim yolunu açacağı için uygun bir yorum olacaktır.

Bu çerçevede her birim işlemi özelinde açıklanacağı üzere Genel Kurul işlemlerini salt organik ölçüte göre, diğer yasama birimi işlemlerini ise hem organik hem de maddi ölçüte göre değerlendirmek gerekir. Çünkü maddi ölçütün esas alınması halinde birçok TBMM işleminin idari işlem olarak – üye seçme işlemlerinde olduğu gibi- kabulü kaçınılmazdır. Ancak Genel Kurul haricindeki birimlerin işlemlerinin doğrudan yasama fonksiyonunun uzantısı, doğal bir parçası olduğu hallerde dahi işlemleri de maddi ölçüte göre değerlendirmeden salt organik kritere göre idari işlem olarak değerlendirmemek gerekir. İçtihatlar ile de vurgulandığı⁹ üzere yasama organı (ve onu oluşturan birimler) organik anlamda idare kavramına dâhil değildir. Ancak bazı işlemler maddi ölçüte göre değerlendirilip idari işlem kabul edilmelidir.

TBMM Başkanlığı idari teşkilatı, 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu (6253 sayılı Kanun) ile düzenlenmiştir. Kanun'a göre TBMM, Genel Kurul, Başkanlık Divanı, İdari Teşkilat ve Genel Sekreter'den oluşur. Kanun'da idari birim olarak idari teşkilat ifadesi ile TBMM

⁶ Günday, *İdare Hukuku*, 4.

⁷ Bkz. Onur Çekiç, "Türk Parlamento Hukukunda Yasama İşlemi Türleri ve diğer (İsimsiz) Yasama Türleri", *Yasama Dergisi* 12 (Ağustos 2009), 107-135.

⁸ Bkz. H. Alperen Çıtak - Murat Erdoğan, "Yasama Tekniğinde Yeni Bir Eğilim: Kanun Formunda Bireysel İdari İşlemler", *Ankara Barosu Dergisi* 4 (Temmuz 2012), 257-275.

⁹ Danıştay 5. Dairesi (Danıştay), K. 1987/1783 (6 Aralık 1987).

Başkanı'na ve Genel Sekreter'e bağlı birimler kast edilmektedir¹⁰. Alt birimler doğrudan TBMM Başkanı'na veya Genel Sekreter'e ya da sekreter yardımcısına bağlıdır. Bir bütün olarak idari teşkilatın görevleri Kanun ile sayılmıştır (m. 3). Her ne kadar Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatını İlgilendiren Düzenleyici İşlem Taslaklarının Hazırlanmasına ve Onaya Sunulmasına İlişkin Yönerge'de karar mercileri olarak "TBMM Başkanlık Divanı ve Başkanlık Makamı" düzenlense de (m. 2) her ilgili idari birim -mevzuat ile kendisine verilen konularda - bireysel veya düzenleyici işlemler yapabilir.

Yasama organının yasama fonksiyonuna dâhil işlemlerinin yanı sıra idare alanına dâhil işlem tesis etmesi, "meclis içindeki iç idari düzenin" zorunlu bir sonucudur. Organik anlamda idare kavramına dâhil olmasa da yasama organının iç idari teşkilatı bulunmaktadır. 6253 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile Kanun'un amacı "*Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatının kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemek*" olarak hüküm altına alınmıştır. Bu madde de "yasama içi idari teşkilatın" varlığını işaret etmektedir. Yasama organının maddi ölçüte göre idari işlemlerinin tespiti hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Çünkü kural olarak devlet faaliyetlerinin hukuka uygunluğu ve yargısal denetime tâbi olması ilkesi esastır.¹¹

TBMM'nin idari işlem yapma yetkisinin gerekliliği ve dayanağı hakkında bazı hususlara işaret etmek gerekir. Yasama organı faaliyetleri çerçevesinde salt yasama fonksiyonuna dâhil işlemler yapılmamaktadır. Bunun yanında TBMM idari birimleri kamu hizmeti yürütmekte ve bu hizmete ilişkin işlem yapma ihtiyacı bulunmaktadır. Bunun yanı sıra ilgili kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve mevzuat gerekliliklerinin yerine getirilmesi hususunda idari işlem yapma gereği bulunmaktadır¹².

Yasama organının farklı birimleri farklı konulara ilişkin çok fazla idari işlem yapabilmektedir. Bu işlemler düzenleyici olabileceği gibi bireysel de olabilir. Yasama organının bu işlemleri yasama fonksiyonuna dâhil olmayan işlemlerdir. En nihayetinde yasama organının iç yapısına ilişkin yine yasama organının parçası olan idareler irade açıklamasında bulunabilmektedir. "Yasama içinde idare"¹³ olan bu birimlerin işlemlerinin idari yargı denetimine sokulması da bir zarurettir.

Düzenleyici işlem niteliğinde ise yönetmelik veya diğer idari işlemler çıkarılabilir. Kanun koyucu bazı hususlarda özellikle yönetmelik ile düzenleme gereğini vurgulayabilir. Bunun yanında farklı adlar ile düzenleyici işlem yapılması söz konusu olabilir. Bu, idarenin belirleme ve düzenleme konusunda yetkili olmasının doğal bir sonucudur. Bununla birlikte kanun koyucunun özellikle yönetmelik ile düzenlenmesini istediği hususlar ancak ve sadece yönetmelik ile düzenlenebilir. Bunun haricince "belirlenir, düzenlenir, tespit edilir" gibi ifadeler ile sadece düzenleme yetkisi verilen hallerde farklı düzenleyici idari işlemlerin çıkarılması da mümkündür. Diğer taraftan ilgili idarelere düzenleyici işlem yapma yetkisi dolaylı olarak verilebilir. Bazen mevzuat, "denetlenmesini sağlamak, gerekli tedbirleri

¹⁰ Kanun'a ekli (I) sayılı cetvelde gösterilen idari teşkilat, doğrudan TBMM Başkanı'na ve Genel Sekreter'e bağlı birimler ile Yasama ve Denetim Hizmetlerinden Sorumlu Genel Sekreter Yardımcısı'na, İdari, Mali ve Teknik Hizmetlerden Sorumlu Genel Sekreter Yardımcısı'na, Bilgi ve Bilişim Hizmetlerinden Sorumlu Genel Sekreter Yardımcısı'na bağlı birimlerden meydana gelir (m. 6).

¹¹ "İptal davasına konu olabilecek netlikteki bu tür işlemler, yalnızca Anayasa'nın yürütme organı içinde öngördüğü yapısal "idare"ye özgü olmayıp, yasama ve yargı organlarıncaya tesis edilmekle birlikte "yasama"ya da "yargı" fonksiyonuyla ilgili olmayan ve tümüyle "idare" işlevine ilişkin olarak yukarıda belirtilen tanıma uygun biçimde alınan kararların da dar işlem olarak kabulü gerekir. Zira, normlar hiyerarşi anlamında bu tür işlemlerden çok daha üstün hukuk normları olan kanunların, kanun hükmünde kararname, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekli ve esas bakımından Anayasaya Mahkemesi önünde iptal davalarına konu edilmeleri mümkün iken, yasama organının dar işlemlerin yargısal denetim dışında bırakılması hukuk devlet ilkesine uygun düşmez". Danıştay 10. Dairesi, K. 2010/6186 (20 Temmuz 2010).

¹² "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatını İlgilendiren Düzenleyici İşlem Taslaklarının Hazırlanmasına ve Onaya Sunulmasına İlişkin Yönerge'de de idari işlem yapma ihtiyacı vurgulanmaktadır: "Bu Yönergenin amacı, başta 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu olmak üzere TBMM Başkanlığı İdari Teşkilatı birimlerinin yürüttükleri kamu hizmetlerinin icrası ile ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak üzere ihdas edilecek düzenleyici işlemlerin taslaklarının hazırlanmasına ve karar mercilerine sunulmasına ilişkin usul ve esasları belirlemektir" (m. 1).

¹³ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, 30-31.

almak” gibi ifadeler ile söz konusu faaliyetin yürütülme koşullarının düzenlenmesini de vurgulayabilir.¹⁴ Düzenleyici işlemlerin kanunilik ilkesine uygun olması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Örneğin Danıştay, kanuni sınırları aşarak kanunu değiştirecek nitelikte olması ve buna cevaz verecek başkaca bir kanuni düzenlemenin olmaması gerekçesiyle Milli Saraylar Daire Başkanlığı Koruma ve Değerlendirme Kurulu Kuruluş ve Görevleri Yönetmeliği’ni iptal etmiştir.¹⁵

Yasama organının idari işlemleri, idari işlemlerin hukuki rejimine tâbi olmak zorundadır. Bu nedenle idari işlemler için öngörülen ayrımlar ve sınıflandırmalardan kaynaklı gereklilikler ve sonuçlar yasama organının idari işlemleri için de geçerlidir. Örneğin yasama organının idari işlemleri, basit, karma veya kolektif nitelikte olabilir.¹⁶ Yasama organının idari işlemleri idarenin kendiliğinden irade açıklaması şeklinde olabileceği gibi ilgililerin talebi doğrultusunda da olabilir. Özellikle aktif görevde veya emekli kamu personelinin özlük haklarına ilişkin idari işlemler talebe bağlı idari işlem niteliğindedir.¹⁷ TBMM organlarının (Genel Kurul’un, Başkanlık’ın, Başkanlık Divanı’nın ve diğer TBMM idari birimlerinin) icrai ve icrai olmayan işlemleri bulunmaktadır. Ancak idari ve yargısal denetime tâbi olması bakımından esas olan icrai işlemlerdir. Örneğin Kamu Denetçiliği Kurumu için başdenetçi veya denetçi başvurularının TBMM Başkanlığı tarafından ilanı icrai olmayan işlem niteliğindedir (6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, m. 11). Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatını İlgilendiren Düzenleyici İşlem Taslaklarının Hazırlanmasına ve Onaya Sunulmasına İlişkin Yönerge ile Düzenleyici İşlem Taslağı Hazırlama Kurulu ihdas edilmiştir¹⁸.

¹⁴ Milli Saraylar Daire Başkanlığı Koruma ve Değerlendirme Kurulu Kuruluş ve Görevleri Yönetmeliği’nin hukuka aykırılığı iddiası ile açılan bir davada da Danıştay savcısı tarafından bu husus vurgulanmıştır: “2919 sayılı Yasa(da) yönetmelik çıkarılacağına dair açık bir hüküm bulunmasa dahi 2919 sayılı TBMM Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu’nun 3. maddesi uyarınca tarihi saraylar ve köşkerin kasırlarla birlikte bakım, onarım ve muhafazası ile ilgili hizmetleri yapmak meclis genel sekreterliğinin görevleri arasında sayıldığına göre buradaki sayılan yapıların korunma usul ve esaslarını belirlemek üzere ve yürürlükteki yasalara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelik düzenlenebileceği açıktır”. Danıştay 6. Dairesi, K.1996/929 (28 Şubat 1996).

¹⁵ “Yukarıda yer alan 2863 ve 2919 sayılı Yasa hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, mülkiyet ilişkisine bakılmaksızın Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunun saptayacağı ilkeler doğrultusunda taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması kapsamında muhafaza, bakım, onarım, restorasyon fonksiyon değiştirme işlemleri konusunda gerekli önlemleri almanın Kültür Bakanlığı’nın yetkisinde olduğu tartışmasızdır. Türkiye Büyük Millet Meclisine bağlı saraylar, köşker ve kasırlar hakkındaki Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkilerini mevcut kültür varlığının bakımı, onarım ve korunmasıyla sınırlı olduğu ve bu konudaki Kültür Bakanlığı’na verilen bu yetkinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne devredildiğine ilişkin hiçbir yasal düzenleme olmadan sözü edilen yönetmelik hükümlerine göre ihdas edilen yetkiye dayanarak Milli Saraylar Daire Başkanlığı’na bağlı kültür varlıklarını koruma ve değerlendirme hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak üzere 2863 sayılı Yasadaki yetkilere sahip olarak “Koruma ve Değerlendirme Kurulları” oluşturulması amacıyla düzenlenen davaya konu yönetmelikte bu nedenle de hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, dava konusu Milli Saraylar Daire Başkanlığı Koruma ve Değerlendirme Kurulu Kuruluş ve Görevleri Yönetmeliğinin İPTALİNE, 28.2.1996 gününde oybirliğiyle karar verildi”. Danıştay, K.1996/929.

¹⁶ Örneğin Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Disiplin Yönetmeliği” uyarınca disiplin amirleri tarafından basit idari işlem niteliğinde disiplin cezası verilebileceği gibi Disiplin Kurulu ve Yüksek Disiplin Kurulu tarafından kolektif işlem niteliğinde disiplin cezası da verilebilir (m.12, 16,18). Yine Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Uzmanlık Yönetmeliği uyarınca sınav kurulunun işlemleri de kolektif işleme örnek olarak verilebilir (m.11).

¹⁷ Örneğin tazminat ödenmesi isteminin reddine ilişkin işlemde (Danıştay 10. Dairesi, K.1999/5382 (2 Aralık1999), ilaç bedelinin istenmesi talebinin reddi işlemi (Danıştay 11. Dairesi, K. 2006/781(22 Şubat 2006)), TBMM’de çalışıp emekli olan polis memurunun askerlik müddetinin ilave talebini reddi işlemi (Danıştay Dairei Umumi Heyeti, K. 1953/42(03 Mart1953)); TBMM’de bahçıvan olarak çalışan kişinin ücretinden kesilen vergilerin geri verilmesi talebinin reddi işlemi (Danıştay 4. Dairesi, K. 1951/334 (29 Ocak1951)) yasama organı talep doğrultusunda hareket etmektedir.

¹⁸ Yönerge’de düzenleyici işlem, “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatını ilgilendiren yönetmelikler ile TBMM Başkanlık Makamınca bu Yönerge kapsamında taslaklarının hazırlanması uygun görülen diğer idari düzenlemeler” olarak tanımlanırken; Kurul ise “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Genel Sekreterliği bünyesinde oluşturulan Düzenleyici İşlem Taslağı Hazırlama Kurulu” olarak tanımlanmıştır (m. 2). Kurul, TBMM Başkanlığı Genel Sekreterliği bünyesinde kurulmuştur. Kurul’un ana görevi hazırlanan taslakları başkanlığa arza hale getirmektir (m. 4). Kurul’un oluşumu ve çalışma usulü yönerge ile düzenlenmiştir (m. 4, 5)

II. Genel Kurul İşlemi Olarak Parlamento Kararları

A. Genel olarak parlamento kararları

Parlamento kararları¹⁹, “meclis kararı” veya “TBMM Kararı” olarak da adlandırılmakta olup²⁰ yasama organının kanun adı altındaki işlemleri haricindeki işlem grubu olarak kabul edilir.²¹ Parlâmento kararları, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin içyapısına veya çalışma düzenine ilişkin olarak ya da yürütme ve yargı organlarına ilişkin aldığı kararlardır.²² Bunun yanında yasama organının “kendine özgü” birçok parlamento kararı mevcuttur.²³

1982 Anayasası’nda yer alan “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”(m.125) düzenlemesi de esas olanın organik ölçüt olduğunu desteklemektedir. Yargısal denetime tâbi olan faaliyetler kural olarak “idari makam” faaliyetleridir. Maddi ölçüte göre idari işlem niteliğindedir. Örneğin Kamu Başdenetçisi’nin Sayıştay Başkan ve üyelerinin atanması bu kapsamdadır. Ayrıca Anayasa ile maddi anlamda idari işlem olan bu işlemlerin yargısal denetime tâbi tutulması istenseydi diğer istisnai parlamento kararları gibi²⁴ bu kararların da Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tâbi kılınması söz konusu olurdu. Parlamento kararlarını, Genel Kurul’un kanun adı altında yaptığı işlemleri haricindeki işlemleri olarak tanımlamak parlamento kararlarının konu ve kapsam çeşitliliğinin zorunlu bir sonucudur.²⁵

B. Genel kurul’un atama niteliğindeki kararları

1. Sayıştay’a ilişkin atamalar

Sayıştay, Anayasal bir denetim organıdır ve denetimlerini TBMM adına yapmaktadır (1982 Anayasası, m. 160). Yargı yetkisi milli egemenlik ilkesinin bir gereği olarak millet adına kullanılmakla birlikte (m.9) Sayıştay özelinde Anayasal denetimin TBMM adına yürütüleceği vurgulanmıştır²⁶. Bu şekilde bir tercih milli egemenlik ilkesinden ziyade halk egemenliği ilkesine bir atfı da barındırır. Çünkü ilgili düzenlemede halkı belirli bir dönem temsil eden seçilmişlere bir vurgu da yer almaktadır. Ayrıca unutmamak gerekir ki diğer Yargıtay, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi (üç üyesi hariç) gibi yüksek mahkeme üyelerinin TBMM Genel Kurulu tarafından atanmadığı bir durumda Sayıştay’ın Başkan ve üyelerinin TBMM Genel Kurulu’nca atanması tercihi bilinçli bir tercihtir ve önem arz etmektedir. Böylece yasama organı, yürütme organını denetleme görevini Sayıştay aracılığıyla “mali denetim” şeklinde gerçekleştirmektedir.

Sayıştay başkanının seçimi 6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nun 13. maddesi ile düzenlenmiştir²⁷. Başkan, Kanunda yazılı niteliklere sahip isteklilerden, Kanun’da belirlenen esaslara göre belirlenen iki aday

¹⁹ Bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2018), 244 vd.

²⁰ Yasama organlarının günümüzde iki temel fonksiyonu olduğunu söylemek mümkündür: kanun koymak ve parlamento kararları almak. Her iki fonksiyonu da konu bakımında çok farklılık arz edebilir. Birçok konuya ilişkin (bütçe, af, para basılması vb.) kanun çıkarılabildiği gibi yine çok farklı konulara ilişkin (yürütme organının denetlenmesi, meclis üyelerine ilişkin kararlar, erken seçim vb) parlamento kararı alınabilir.

²¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 244 vd.

²² Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 244 vd.

²³ Farklı kanunlar da parlamento kararlarına yer verebilir. Örneğin 3620 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisinin Dış İlişkilerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun uyarınca “Dostluk grupları ve parlamentolar arası birlik grupları Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda alınacak karar üzerine kurulurlar” (m.4).

²⁴ Parlamento kararlarından üç tanesi Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tâbidir: TBMM üyeliğinin düşürülmesi ve dokunulmazlığın kaldırılması kararları ve de niteliği gereği bir parlamento kararı olan içtüzük. Bkz. Erdal Abdülhakimoğulları, “Türk Anayasa Hukukunda Parlamento (Meclis) Kararlarının Yargısal Denetimi Sorunu”, *Yasama Dergisi*, 5 (Haziran 2007), 5-26.

²⁵ Bkz. Erdoğan Teziç, *“Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı”* (İstanbul: İ.Ü.H.F. Yayını, 1972), 11.

²⁶ Sayıştay’ın anayasal konumu, yargı organı niteliğine ilişkin tartışmalar bizim konumuzun dışında kalmakla birlikte burada sadece yargısal karakterine atıfta bulunmaktadır.

²⁷ 1982 Anayasası’na göre “Sayıştay’ın kuruluşu, işleyişi, denetim usulleri, mensuplarının nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ve diğer özlük işleri, Başkan ve üyelerinin teminatı kanunla düzenlenir” (m. 160/4).

arasından TBMM Genel Kurulu tarafından gizli oyla seçilir. Sayıştay üyelerinin seçimi ise 15. madde ile düzenlenmiştir. Buna göre Sayıştay Genel Kurulu 15. maddede belirtilen esas ve usuller çerçevesinde adayları belirler ve bu adayları TBMM Genel Kurulu'na sunar. Bu tür işlemler maddi ölçüt esas alınır ise idari işlem niteliğindedir. Anayasa Mahkemesi de mülga Sayıştay Kanunu'na²⁸ ilişkin verdiği kararında Sayıştay'a üye seçim işlemini istisnai olarak kullanılan maddi anlamda idari nitelikte bir işlem olarak kabul etmiştir: "... Sayıştay ile ilgili seçimler TBMM'nin istisnai olarak kullandığı ve maddi anlamda, idari nitelikte olan bir yetkidir..."²⁹

Sayıştay başkanının ve üyelerinin meclis Genel Kurulu'nca seçilmesi için Sayıştay Kanunu'nda belirtilen usulde ön seçim geçici komisyonu kurulur. TBMM Genel Kurulu bu komisyon kararları doğrultusunda Sayıştay başkanını ve üyelerini belirlemektedir. Genel Kurul kararları-yasama fonksiyonuna dâhil olmakla birlikte ön seçim geçici komisyonu kararlarının idari fonksiyona dâhil ve icra nitelikte kararlar olduğu düşünülebilir ve bunun bir sonucu olarak da komisyon kararlarının idari işlem olduğu ve idari yargı denetimine tâbi olması gerektiği kabul edilmelidir. Ancak bu kabul komisyonların idari bir makam niteliğinden değil³⁰ iradesinin maddi anlamda idari işlem kabul edilme gerekliliğinden doğmaktadır. Komisyon işlemleri maddi anlamda idari işlem olarak kabul edilmeli ve yargısal denetime tâbi tutulmalı ancak Genel Kurul işlemi ise yasama fonksiyonu içerisinde değerlendirilerek bu husustaki yasama iradesi yargı denetimi dışında bırakılmalıdır.

1961 Anayasası döneminde verilen bir Danıştay kararında da Sayıştay Başkan ve üyelerine ilişkin komisyon kararlarının Sayıştay Kanunu'nda öngörülen süre içinde Genel Kurul'a sunulmaması gerekçesiyle kesinleştiği hüküm altına alınmıştır.³¹ Komisyon kararlarının belirli bir süre sonunda kesinleşmesi ve icraîlik kazanması bu kararların idari tasarruf olarak kabul edilme gerekliliğini teyit etmektedir. Ayrıca Mülga Sayıştay Kanunu'nun ek 8. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı gerekçesiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi, komisyon işlemlerinin Genel Kurul işlemlerini hızlandıran işlemler olduğunu; bu çerçevede komisyon işlemlerinin Genel Kurul'a ait bir yetkinin kullanımı niteliğinde olmadığını ifade etmiştir.³² Bu düşünce aynı zamanda komisyon iradesi ile Genel Kurul iradesinin farklılığını, Genel Kurul iradesinin yasama fonksiyonu mahiyetinde olduğunu da dolaylı olarak işaret etmektedir. Çünkü bu kabul nitelik olarak komisyon iradesi ile Genel Kurul iradesi farklı olduğunu işaret etmektedir.

Teziç de yasama organının çalışma usulünü düzenleyen kanunların uygulanmasından kaynaklanacak işlemlerin idari işlem olarak kabul edilmesi ve idari yargı denetimine tâbi tutulması gerektiğini ifade etmektedir.³³ Yazar bu tür işlemleri kanunların uygulanması sonucu ortaya çıkan idari nitelikteki yasama meclisi kararları olarak değerlendirmektedir.³⁴ Genel Kurul'un önüne gelerek ve onun işlemi haline dönüşen kararların idari işlem niteliğinde kabul edilmemesi ve idari yargının denetimine tâbi olmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu çerçevede bizce Genel Kurul işlemlerin idari işlem niteliğinde

²⁸ Mülga Sayıştay Kanunu gereğince de Sayıştay Başkan ve üyeleri usulleri yine Kanun'da belirtilen şekilde TBMM tarafından atanmaktaydı. Buna göre "Sayıştay Birinci Başkanı, bu Kanunda yazılı niteliklere sahip isteklilerden Ek 8 inci madde esaslarına göre Sayıştay Başkan ve Üyeleri Ön Seçim Geçici Komisyonunca belirlenecek iki aday arasından Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nca gizli oyla seçilir" (m.5/1) ve Sayıştay üyeleri de Sayıştay tarafından bildirilenler arasından Genel Kurul tarafından seçilir (m.6) düzenlemeleri yer almaktaydı.

²⁹ Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 1991/21(11 Temmuz 1991).

³⁰ "... Bu haliyle TBMM genel kurulunun ve TBMM İç Tüzüğüne göre oluşturulmuş olan Plan ve Bütçe Komisyonunun Anayasa sistemimiz içinde "idari makam" olarak düşünülmesi hiç bir şekilde mümkün değildir..." . Danıştay 5. Dairesi, K. 1987/785 (16 Aralık 1987).

³¹ İlgili kararda Danıştay, karma Komisyonca Sayıştay Birinci Başkanının belirleme işleminin seçim usulüyle gerçekleştirilen bir atama işlemi olduğu ancak komisyon kararında bazı yöntem ve şekil sakatlıkları olduğu ifade edilmiştir. Danıştay 3. Dairesi, K.1978/894 (18 Temmuz 1978).

³² AYM, K.1996/43 (20 Kasım 1996).

³³ Erdoğan Teziç, *Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980), 33-34; Benzer yönde Bülent Yücel, "Hukuki İşlemlerin Sınıflandırılması Bakımından Yasama- İdare İşlevi Ayırımı ve Yasama Organının İdari İşlemleri", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 4/1 (Haziran 2004), 6; Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, 31.

³⁴ Teziç, *Türk Parlamento Hukuku*, 33.

olmama gerekçesi işlem özelinde nüanslar barındırır. Bu nedenle Genel Kurul işlemlerine ilişkin değerlendirmeleri ilgili başlıkta işlem özelinde yapmaya çalışmaktayız. Sayıştay'ın özel konumu ve mali denetim görevini, Sayıştay'a ilişkin atamaların da salt organik ölçüte göre değerlendirilmesi ve idari işlem olarak kabul edilmemesini gerektirmektedir.

Genel Kurul kararlarını hazırlayan ön işlemlerin de hukuka uygun olması gerekmektedir. Burada ortaya çıkabilecek sorun Genel Kurul öncesi işlemlerde açık hukuka aykırılık olması halinde bu hukuka aykırılığın nasıl denetleneceği meselesidir. Genel Kurul kararlarının anayasa yargısına veya idari yargıya tâbi olmadığını kabul ettiğimizde bu durumda somut sorununun nasıl çözüleceğini değerlendirmek gerekir. Bu çerçevede subjektif durum yaratan "Genel Kurul işlemlerine ilişkin ön işlemlerin" maddi açıdan idari işlem olarak kabul edip idari yargı denetimine tâbi tutmak makul bir çözüm olarak görünmektedir. Komisyon işlemleri maddi anlamda idari işlem olarak kabul edilmeli ve yargısal denetime tâbi tutulmalı ancak Genel Kurul işlemi ise yasama fonksiyonu içinde görülerek bu husustaki yasama iradesi yargı denetimi dışında bırakılmalıdır.³⁵

Teziç, maddi ölçüt vurgusu yapmasa da Başkanlık Divanı işlemlerinde olduğu gibi Genel Kurul'un maddi nitelikteki işlemlerinin de idari yargının denetimi kapsamında olması gerektiğine işaret etmektedir.³⁶ Ancak Genel Kurul kararlarının hazırlayıcı işlemleri olması nedeniyle sadece komisyon kararlarının maddi ölçüt koşullarını sağlaması kaydıyla idari işlem olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülmelidir. Bu görüşün gerekliliğini destekleyici bir karar 1961 Anayasası döneminde verilmiştir. İlgili kararda Danıştay, karma Komisyonca Sayıştay Birinci Başkanının belirleme işleminin seçim usulüyle gerçekleştirilen bir atama işlemi olduğu ancak komisyon kararında bazı yöntem ve şekil sakatlıkları olduğu ifade edilmiştir.³⁷ Ancak 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 5.maddesi Sayıştay Birinci Başkanı'nın T.B.M. M. Bütçe Karma Komisyonu tarafından gizli oyla seçileceğini; seçim sonucunun Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi Genel Kurulları'nca ayrı ayrı onanması gerektiğini düzenlemektedir. Ancak Meclislerden herhangi biri bu onay işlemini karma komisyonda seçimin sonuçlanmasından başlayarak iki ay içinde tamamlamadığı takdirde karma komisyon kararı kesinleşmektedir. Bu nedenle komisyon kararlarındaki hukuka aykırılıkların tespiti amacıyla idari yargı denetimine tâbi tutmak yerinde olacaktır. Böylece Genel Kurul kararlarının yargı denetimine tâbi tutulmamasından kaynaklanan açık ve bariz hukuka aykırılıkların giderilmesi mümkün olabilir.

1982 Anayasası döneminde Sayıştay'a üye seçimine ilişkin verilen bir kararda da Danıştay organik ölçütü esas alarak Genel Kurul kararını bir idari işlem olarak kabul etmemiştir.³⁸ Doktrinde ise bu işlemin maddi ölçüte göre idari işlem olarak kabul edilmesi gerektiği³⁹, üye seçme işleminin idari işlem olarak kabule edilmemesinin hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edeceği⁴⁰ ifade edilmektedir.

³⁵ Bu hususa ilişkin önemli bir Anayasa Mahkemesi kararında karma komisyonun yeterli çoğunluğa sahip olmadan toplantı yapılması, hukuka aykırı bir şekilde oluşan kararının Millet Meclisi ve Senato Genel Kurulları'nda karara bağlanmaması gerektiği iddia edilmiş ve bu kararın iptali için Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nde söz konusu işlemin eylemli içtüzük değişikliği iddiası ileri sürülmüş, Yüksek Mahkeme ise bu iddiayı ret ederek söz konusu işlemin yargısal denetiminin görevi dışında olduğunu hükmetmiştir. Bkz. AYM, K. 1978/43(22 Haziran 1978).

³⁶ Teziç, *Parlamento Hukuku*, 34, 190.

³⁷ Danıştay, K. 1978/894.

³⁸ "... İdari makam ve mercilerin, idari görevleriyle ilgili olarak tesis ettikleri tek taraflı doğrudan uygulanabilir nitelikteki işlemleri idari işlem olarak tanımlanmaktadır. Bir işlemin "idari işlem" olarak tanımlanabilmesi için o işlemin idari bir makam tarafından tesis edilmiş olması genellikle kabul edilmektedir. Kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş olan Anayasamızda TBMM'nin görev ve yetkileri yasama bölümünde düzenlenmiştir. Bu haliyle TBMM genel kurulunun ve TBMM İç Tüzüğüne göre oluşturulmuş olan Plan ve Bütçe Komisyonunun Anayasa sistemimiz içinde "idari makam" olarak düşünülmesi hiçbir şekilde mümkün değildir. TBMM Başkanlığında TBMM'de görev yapan personel hakkında tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda ise, bu işlemler fonksiyonel açıdan idari nitelik taşıdığından ve TBMM Genel Kurulu ve Komisyonlarının bir tasarrufu olarak düşünülemeyeceğinden durum uyumsuzluk konusu işten farklı bir niteliğe bürünmekte ve bu konudaki davalar idari yargı mercilerinin görev alanına girmektedir. Açıklanan duruma göre, "idari bir makam" olarak kabul edilemeyeceği tartışmasız olan yasama organının Sayıştaya üye seçilmesiyle ilgili olarak Plan ve Bütçe Komisyonunca yapılan ve TBMM Genel Kurulunca onaylanmış olan tasarrufun idari yargı denetimine tabi tutulması olanak dışıdır". Danıştay, K. 1987/785.

³⁹ Turan Yıldırım vd., *İdare Hukuku* (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013), 369.

⁴⁰ Ahmet Nohutçu - Nazlı Ece Özün, "TBMM Tarafından Devlet Kurumlarına Üye Atanması İşleminin Hukuki Rejimi", *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2 (Temmuz 2015), 67.

Özellikle **Erkut**, hukuki rejimi belirli olmayan her türlü işlemin idari yargı denetimi kapsamında olması gerektiği görüşü⁴¹ ile yasama işlemlerinin belirlenmesinde idari işlem niteliği lehinde genişletici yorum yapılması görüşündedir. Yüksek Mahkeme'nin bu karar ile Genel Kurul işlemleri açısından organik kriteri esas alması ve komisyon kararlarını bakımından ise maddi ölçüte göre değerlendirme yapması yerindedir. Çünkü iki organının farklı değerlendirmeye tâbi tutulması, bu organlarının kimliklerinin farklı olmasından kaynaklanmaktadır.

Bu noktada bir hususu da vurgulamak gerekir ki “yasama organının bazı mahkeme ve organlara üye atama işlemlerinin idari işlem olarak kabul edilmemesi ve yargısal denetime tâbi tutulmaması”, bu işlemlerin salt Genel Kurul'un iradesi ile tezahür etmesi isteğinin de bir sonucudur. Kaldı ki ifade ettiğimiz üzere anayasa koyucu yargısal denetime tâbi tutmak istediği Genel Kurul işlemlerini özel olarak düzenlemektedir. Bu tercih de Genel Kurul'un bazı işlemlerinin idari işlem olarak kabul edilmemesi, yargı denetiminden kaçınmayı sağlar eleştirisine⁴² de kısmen cevap niteliğindedir. Çünkü “yargısal denetime tâbi kılmama”, sonuç değil tercih olarak kabul edilmelidir. Ancak bu noktada karşıt bir argüman olarak; ‘bu tercihin de hukuk devleti ilkesi ile çeliştiği, Genel Kurul işlemlerini yargı denetiminden muaf tutmayı gerektirecek bir gerekçenin bulunmadığı’ ileri sürülebilir. Ancak istisnai parlamento kararları dışında diğer parlamento kararlarının yargı denetimine tâbi olmadığı da bir vakıdır. Genel Kurul'un maddi anlamdaki idari işlemlerinin yargısal denetime açık olması şüphesiz hukuk devleti açısından önemlidir. Hatta yargısal denetimden kaçınmak için bazı işlemler yasama işlemi kılıfına sokulması tehlikesi doğurabilir. Ancak bu sakıncaların diğer Genel Kurul işlemleri için de geçerli olduğunu, sırf bu gerekçenin Genel Kurul işlemlerinin de idari yargı denetimine tâbi olması için yeterli olmadığını ifade etmek gerekir.

Bunun yanında Genel Kurul işlemleri bakımından çok bariz ve ağır hukuka aykırılıkların nasıl denetleneceği sorunu gündeme gelebilir.⁴³ Bu sorun, yargı denetimine tâbi olmayan parlamento kararları için de gündeme gelebilmektedir. Genel Kurul işlemlerinin açık ve bariz hukuka aykırı olmaması beklenir. Ancak bu durumda dahi eylemli içtüzük değişikliği haline dayanarak söz konusu hukuka aykırılık giderilebilir. Diğer bir söyleyiş ile ağır ve bariz hukuka aykırılıkların denetlenme gerekliliği argümanı Genel Kurul'un atama işlemlerinin idari işlem olarak kabul edilmesini zorunlu kılmaz⁴⁴. Kaldı ki bir işlemin niteliği salt yargısal denetim gerekliliğine göre veya maddi sonuçlarına göre belirlenemez.

Bu çerçevede maddi anlamda idari işlem niteliğinde olan kararların organik ölçüte göre değerlendirilmesi⁴⁵ ve idari işlem olarak kabul edilmemesi yasama organının önemli kurullara siyasi kimliği ile atama yapma arzusu ile daha uyumlu bir düşünce olacaktır. Bu tercih hukuk devleti ilkesine ayrılık oluşturacak şekilde bu tür atamaların yargı denetiminden yoksun kılınmasını hedeflememektedir. Bilakis bu kabul daha çok bu tür işlemlerin salt yasama iradesi olarak tecelli etme arzusunun bir sonucudur. Ayrıca Anayasa'da istisnai olarak dokunulmazlığın kaldırılması ve üyeliğin düşmesi kararlarının yargısal denetime tâbi tutulması, Genel Kurul işlemlerinin maddi ölçüte göre idari işlem kapsamına dâhil edilmemesi gereğini destekler niteliktedir. Bunun yanında Yüksek Mahkeme kararlarında Genel Kurul, Başkanlık, Komisyon kararları arasındaki farklılık kanaatimizce bir çelişki

⁴¹ Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği* (Ankara: Danıştay Yayınları, 1990), 76.

⁴² Bkz. Karahanogulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, 31.

⁴³ Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 57; Asuman Çapar, “İdare Hukuku Boyutuyla Milletvekillerine Verilen Disiplin Cezalarının Hukuki Niteliği ve Bunlara Karşı Yargısal Başvuru”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/1 (Haziran 2023), 207.

⁴⁴ Aksi görüş, Çapar, “İdare Hukuku Boyutuyla Milletvekillerine Verilen Disiplin Cezaları”, 2087.

⁴⁵ Çağlayan'a göre bu işlemler yasama fonksiyonuna da girmemektedir. Bkz. Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 98.

olarak değerlendirilmemeli,⁴⁶ Genel Kurul işlemleri bakımından diğer yasama organı birimlerinden farklı bir yorum gerekliliğinin sonucu olarak görülmelidir.

2. Radyo ve televizyon üst kurulu'na ilişkin atamalar

1982 Anayasası'na göre Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) üyeleri TBMM Genel Kurulu tarafından seçilir.⁴⁷ Seçim usul ve esaslarına ilişkin detaylar ise 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ile düzenlenmektedir (m. 35).

Danıştay, RTÜK üyeliğine ilişkin bir Genel Kurul kararına karşı açılan davada organik ölçüt yanında maddi ölçütü de esas alarak Genel Kurul'un atama işlemini idari işlem kabul etmiş, idari yargı denetimine tâbi tutulması gereğinden hareketle ilk derece mahkeme kararını bozmuştur.⁴⁸ Mahkeme isabetli olarak Genel Kurul işlemleri açısından katı bir şekilde organik ölçütü esas alarak söz konusu işlemin yargı denetimine tâbi olmadığı yönünde karar verirken⁴⁹ Temyiz makamı ise maddi ölçütü esas alarak idari işlem kabulü yönünde hüküm tesis etmiştir⁵⁰.

Özay, bu kararı değerlendirerek "yasama organı tarafından yapılsa da idare işlevi içerisinde kaldığı" gerekçesiyle idari işlem olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁵¹ Danıştay da hukuk devleti ilkesine atıfla kanunların dahi yargısal denetiminin mümkün olduğu bir durumda maddi anlamda idari işlem olan Genel Kurul kararlarının yargısal denetime tâbi tutulması gerektiğini ifade etmiştir⁵². Danıştay benzer başka bir kararında Genel Kurul'un üye atama işlemlerini ilk derece mahkemesi kararını bozarak idari fonksiyon kapsamında değerlendirmiştir.⁵³ İlk derece mahkemesi Genel Kurul'un idari makam olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle davayı ön koşullardan dolayı reddetmiştir. Danıştay ise Genel Kurul'un organik anlamda idare olarak kabul edilmesinin mümkün olmamakla birlikte atama işlemini maddi anlamda idari işlem olarak kabul etmiştir.⁵⁴ Doktrinde de Danıştay'ın bu kararına benzer gerekçelerle RTÜK üyelerine ilişkin seçim kararının idari işlem olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁵⁵ Belirtmek gerekir ki Danıştay maddi ölçütü çok iyi izah etmiş ve özetlemiştir. Ancak Genel Kurul işlemlerinde katı bir şekilde organik ölçüt esas alınmalıdır. Bu tercih "Genel Kurul işlemlerinin (idari) yargı denetiminden yoksun bırakılmasına neden olabilir" eleştirisini getirebilir. Bunun bilinçli bir tercih olduğunu/olması gerektiğini; diğer bir söyleyiş ile Genel Kurul'un çoğulcu siyasi kimliğinin bir sonucu olarak maddi ölçüt esas alınarak bu tür işlemlerinin yargı

⁴⁶ Bu yönde bkz. Tekin Akıllıoğlu, "Danıştay ve İdare Mahkemeleri Kararlarından Seçmeler", *Amme İdaresi Dergisi*, 1/21, (1988), 196, Aktaran, Yücel, Hukuki İşlemler, 12.

⁴⁷ "Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikiye katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir" (1982 Anayasası, m.133/2).

⁴⁸ Danıştay 5. Dairesi, K. 2007/72 (24 Ocak 2007).

⁴⁹ "... bir işlemin idari işlem olarak tanımlanabilmesi için, o işlemin idari bir makam tarafından tesis edilmesi gerektiği; kuvvetler ayrılığını benimsemiş olan Anayasamızda TBMM'nin görev ve yetkilerinin Yasama bölümünde düzenlendiği, bu haliyle TBMM Genel Kurulunun idari makam olarak düşünülmesinin mümkün olmadığı; bu nedenle, "idari bir makam" olarak kabul edilmeyeceği tartışmasız olan yasama organının RTÜK'e üye seçmesiyle ilgili aldığı kararın idari yargı denetimine tabi tutulmasına olanak bulunmadığı...". Danıştay, K. 2007/72.

⁵⁰ "... İptal davasına konu olabilecek nitelikteki bu tür işlemler, yalnızca Anayasa'nın yürütme organı içinde öngördüğü yapısal "idare"ye özgü olmayıp, yasama ve yargı organlarıncaya tesis edilmekle birlikte "yasama" ya da "yargı" fonksiyonuyla ilgisi olmayan ve tümüyle "idare" işlevine ilişkin olarak yukarıda belirtilen tanıma uygun biçimde alınan kararların da idari işlem olarak kabulü gerekir ..." Danıştay, K. 2007/72.

⁵¹ İl Han Özay, "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu". *İÜ SBF Dergisi* 10 (Ocak 1995), 59-60; Aynı yönde Yıldırım vd., *İdare Hukuku*, 369.

⁵² "... İdare işlevine ait işlemlerin yasama organınca yapılmış olması, işlemin idari niteliğini değiştirmeyeceği gibi, bunların yargısal denetim dışında bırakılması hukuki sonucunu da doğurmaz. Zira bu tür işlemlerden çok daha üstün hukuk normları olan kanunların, kanun hükmünde kararname, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya Mahkemesi önünde iptal davalarına konu edilmeleri mümkün iken, yasama organının idari işlemleri üzerinde yargısal denetimin yapılmaması hukuk devleti ilkesine uygun düşmez...". Danıştay, K. 2007/72.

⁵³ Karara işaret eden Nohutçu-Ozin, "TBMM Tarafından", 67.

⁵⁴ Danıştay 5. Dairesi, K. 2006/5960(24 Ocak 2007).

⁵⁵ Yıldırım v.d. , *İdare Hukuku*, 369.

denetimine tâbi kılınmaması, bir parlamento kararı olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu düşünce kanunlar bakımından da TBMM'nin çoğulcu siyasi kimlik ile hareket ettiği, bunun ise kanunların anayasallık denetimine tâbi olmasına gerek olmadığı itirazını doğurabilir. Ancak Anayasa sayma usulü ile yargısal denetime tabi olan parlamento kararlarını belirtmektedir. Diğer yandan kanunlar ile parlamento kararlarının hukuki rejimi (genellik, kişisellik, konusu vb. ilkeler açısından) ve sonuçları birbirinden farklıdır.

Sayıştay ve RTÜK üyeliğine ilişkin atamalarda, atayan makamın kimliği ve fonksiyonunun yanı sıra üyesi atanan makamın kimliği belirleyici olmalı mı sorusu akla gelebilir. Yani işlemin niteliği Anayasal bir mali denetim organı olan Sayıştay ile tipik birer kamu tüzel kişisi olan RTÜK ve Kamu Denetçiliği Kurumu açısından farklılık arz edebilir mi? Sayıştay'ın özel konumu nedeniyle onu RTÜK ile Kamu Denetçiliği Kurumu'ndan ayırmanın zorluğunun yanı sıra idari işlem teorisi açısından belirleyici olan işlemin sahibi makam ve işlemin maddi içeriği olduğunu belirtmek gerekir. Bu nedenle üye atanan makamın kimliği belirleyici değildir.

3. Diğer kurum ve kuruluşlara ilişkin atamalar

Genel Kurul'un bir diğer önemli atama işlemi ise Kamu Denetçiliği Kurumu'na ilişkindir. TBMM'ye bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler. Kamu Başdenetçisi, TBMM tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir.⁵⁶ Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yasama organına bağlı olması ve aralarındaki bu bütünlük ilişkisi özelinde kamu başdenetçisinin atanmasının idari işlem olması gerektiği ileri sürülse de⁵⁷ bu bağlılık ilişkisi aralarında hiyerarşik bir bağ kurma ve bunun sonucu atama işleminin klasik bir idari ilişkisi kurma amacını taşımaz⁵⁸. Bu ilişki Kurum'un statüsünün bir gereği olarak bağımsız hareket etmesini sağlamaya yöneliktir. Bu nedenle Kurum'un yasama organına bağlı olması kamu başdenetçisini atama işleminin idari işlem niteliğinde olmasını zorunlu kılmaz. Kaldı ki benzer bir bağ ilişkisi diğer kurumlar için de söz konusu olabilir. Örneğin Sayıştay denetimi de TBMM adına yapılmaktadır. Vurgulamak gerekir ki önemli olan işlemin muhatabı organ değil işlemi yapan organ ve işlemin maddi içeriğidir.

Kamu başdenetçisinin Genel Kurul tarafından atanması öncesi işlemler ise 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile düzenlenmektedir⁵⁹. Bu çerçevede ifade ettiğimiz üzere komisyon iradesi Genel Kurul iradesinin ön hazırlığı niteliğinde olduğu için idari işlem olarak kabul edilerek yargısal denetime tâbi tutulması uygun olacaktır. He ne kadar Genel Kurul işlemlerinin organik ölçüte göre değerlendirilip idari işlem olarak değerlendirilmemesi uygun olaksa da Genel Kurul işlemlerinden ayrılabilir nitelikteki bu işlemler idari işlemler olarak kabul edilmelidir.

TBMM Genel Kurulu'nun bireysel sonuç doğuran işlemleri sadece Sayıştay, RTÜK, Kamu Denetçiliği Kurumu'na ilişkin atama işlemlerinden ibaret değildir. Mevzuat gereği farklı kurumlara ilişkin atama veya bireysel sonuç doğuran işlemleri olabilir. Genel Kurul işlemleri için ifade ettiğimiz açıklamalar aşağıda belirtilen üye seçme ve atama işlemleri özelinde de geçerlidir. Önemli olan bu iradelerin Genel Kurul iradesi olması ve Genel Kurul işlemlerinin sonuçlarına tâbi olmasıdır. Ancak doktrinde yasama organlarının yüksek dereceli kamu görevlilerine ve de yüksek mahkeme üyeliklerin ilişkin atamaların

⁵⁶ İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur (1982 Anayasası, m.74).

⁵⁷ Nazile İrem Yeşilyurt, "TBMM'nin Kamu Başdenetçisi Seçme İşlemlerinin Yargısal Denetimi Üzerine Bir Çözümleme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 107 (Ağustos 2003), 140.

⁵⁸ Bağlılık ilişkisi ceza soruşturması ve kovuşturması usulleri bakımından da kendini göstermektedir. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu uyarınca başdenetçi veya denetçiler hakkında ceza soruşturması ve kovuşturması usulü düzenlenmiş ve başdenetçi ve denetçilerin görevleri sebebiyle bir suç işledikleri öne sürüldüğü takdirde haklarında ceza soruşturması ve kovuşturması yapılabilmesi TBMM Başkanının iznine bağlanmıştır. İzin verilmesi veya verilmemesine ilişkin karara karşı itiraz mercii, Danıştay'ın ilgili dairesidir (m. 31).

⁵⁹ İlgili düzenlemeye göre "komisyon, başdenetçi seçiminde başvuruda bulunan aday adayları arasından üç aday, başvuru süresinin bittiği tarihten itibaren on beş gün içinde belirleyerek Genel Kurul'a sunulmak üzere Başkanlığa bildirir" (m. 11/3).

idari fonksiyon içinde değerlendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır.⁶⁰ Bu çerçevede TBMM Genel Kurulu, Anayasa Mahkemesine,⁶¹ Kişisel Verileri Koruma Kuruluna,⁶² Hâkimler ve Savcılar Kuruluna⁶³ üye seçmekte, milletvekillerine disiplin cezası⁶⁴ verebilmektedir.

III. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari İşlemleri

A. Temel dayanak

TBMM Başkanlığı'nın düzenleyici işlem yapma yetkisinin temel dayanağı 1982 Anayasası'dır. Anayasa'nın "İçtüzük siyasi parti grupları ve kolluk işleri" başlığını taşıyan 95. maddesinin üçüncü fıkrasına göre "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin bütün bina, tesis, eklenti ve arazisinde kolluk ve yönetim hizmetleri Meclis Başkanlığı eliyle düzenlenir ve yürütülür. Emniyet ve diğer kolluk hizmetleri için yeteri kadar kuvvet ilgili makamlarca Meclis Başkanlığı'na tahsis edilir*". Bu hüküm ile Meclis Başkanlığı'na düzenleme yetkisi verilmektedir. Özellikle "yönetim hizmetleri" ifadesi ile düzenleyici işlemlerin kapsamının geniş tutulduğunu ifade etmek gerekir. Kolluk tedbirleri, İçtüzük ile dar anlamda güvenlik olarak anlaşılmış ve somutlaştırılmıştır (m. 164). Ancak kolluk hizmetleri kolluk kavramına verilen geniş anlam gereğince çok boyutlu ve kapsamlı olabilecektir. Çünkü kolluk, kamu düzeninin unsurlarının korunması ve sağlanması bakımından kapsayıcı bir kavram niteliğindedir. Ayrıca Anayasal düzenlemede geçen "yürütülür" ifadesi düzenleme gereği farklı birimler eliyle bireysel işlem yapma yetkisini de doğurur. Çünkü düzenleme ve yürütme yetkisi genel kuralların somut/bireysel işlem haline gelmesini de gerektirmektedir.

1982 Anayasası'nın 124. maddesine göre "Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler". TBMM'nin devlet kamu tüzel kişiliği haricinde ayrı bir kamu tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Ancak icrai karar alma yetkisine sahip olan her makam gibi TBMM'nin de düzenleyici işlem, özellikle yönetmelik çıkarma yetkisi bulunmaktadır.⁶⁵ Mülga 2919 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu ile Başkanlığa somut olarak birçok madde ile yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir.⁶⁶ Bu dönemde Danıştay Başkanlığın yönetmelik çıkarma yetkisi olduğu yönünde karar vermiştir.⁶⁷ 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu ile de Başkanlığa Yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir.

⁶⁰ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2009), 405-406.

⁶¹ 1982 Anayasası'na göre TBMM Anayasa Mahkemesi'nin üç üyesini seçmektedir: "Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulu'nun kendi Başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer" (m. 146).

⁶² 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na göre Kişisel Verileri Koruma Kurulu, dokuz üyeden oluşur. Kurulun beş üyesi Türkiye Büyük Millet Meclisi, dört üyesi Cumhurbaşkanı tarafından seçilir (m. 21/2). Üyeler Kanun'da düzenlenen usul çerçevesinde (m. 21/5) Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul tarafından seçilir.

⁶³ 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'na göre Hâkimler ve Savcılar Kurulu on üç üyeden oluşur. Kurul; Bakan, Adalet Bakanlığı ilgili bakan yardımcısı ile Cumhurbaşkanınca seçilen dört ve Türkiye Büyük Millet Meclisince seçilen yedi üyeden oluşur (m. 3). Üyeler Kanun'da belirtilen usul dairesince Genel Kurul tarafından seçilir (m. 21).

⁶⁴ Meclis içinde düzeni tesis etmek maksadıyla milletvekillerine İçtüzük ile disiplin cezaları öngörülmüştür. İçtüzük'e göre üç tür disiplin cezası vardır: "uyarma", "kınama" ve "meclisten geçici çıkarma". Bu cezalar maddi anlamda idari işlem olarak kabul edilse de Genel Kurul işlemleri için belirttiğimiz hususlar göz önüne alınarak, maddi kriterin esas alınarak idari yargı denetimine tâbi tutulmaları mümkün değildir. Bkz. Çapar, "İdare Hukuku Boyutuyla Milletvekillerine Verilen Disiplin Cezaları", 191 vd.; Şeref İba, "Türk Parlamento Hukukunda Milletvekillerinin Kural-Dışı Tutum ve Davranışları ve Disiplin Cezası Uygulamaları", *AÜSBF Dergisi* 57/1 (Ocak 2002), 35-53.

⁶⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, C. 1, 1251.

⁶⁶ Örneğin 4.madde ile personele ilişkin şart ve esasların yönetmelik ile hüküm altına alınabileceği düzenlenirken 16. madde ile genel bir yönetmelik çıkarma yetkisi düzenlenmiştir: "Emniyet ve diğer kolluk hizmetleri için tahsis edilen kuvvetlerin Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı tarafından kullanılma ve idame esaslarına ilişkin hususlar Genelkurmay Başkanlığı ve İçişleri Bakanlığının görüşleri alınarak Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir" (m.16).

⁶⁷ Danıştay, K.1996/929.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatını İlgilendiren Düzenleyici İşlem Taslaklarının Hazırlanmasına ve Onaya Sunulmasına İlişkin Yönerge ile ‘Düzenleyici işlem’, “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatını ilgilendiren yönetmelikler ile TBMM Başkanlık Makamı’nca bu Yönerge kapsamında taslaklarının hazırlanması uygun görülen diğer idari düzenlemeler” olarak tanımlanmaktadır (m. 2). Hüküm ile düzenleyici işlemler sadece yönetmeliklerden ibaret görülmemekte ve diğer düzenleyici işlemler de kapsam içerisinde değerlendirilmektedir. Bu tanıma göre başkanlık haricindeki diğer makamların düzenleyici işlemlerinin hazırlanması ancak Başkanlığın uygun görmesine bağlıdır.

B. Türkiye büyük millet meclisi başkanlığı işlemleri

Bu başlık altında TBMM Başkanlığı’nın 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu’ndan, İçtüzük’ten ve diğer düzenlemelerden kaynaklı düzenleyici ve bireysel işlemlerinden bahsedilecektir. Öncelikle 6253 sayılı Kanun ile Başkanlığa birçok yetki verilmiş ve Başkanlığın düzenleyici işlem yapma yetkisi özel olarak düzenlenmiştir. Kanun’un 27. maddesine göre “ (...) TBMM Başkanlığı; İdari Teşkilatın görev, yetki ve sorumluluk alanına giren ve önceden kanunla düzenlenmiş konularda idari düzenlemeler yapabilir. Bu madde uyarınca çıkarılacak yönetmeliklerden Başkanlık Divanınca uygun görülenler Resmî Gazetede veya uygun araçlarla yayımlanır”.⁶⁸

Düzenleyici işlem yapma yetkisi bazen “usul ve esaslar belirlenir/düzenlenir” şeklinde bazen de somut yönetmelik vurgusu ile verilebilir. Örneğin usul ve esasları belirleme yetkisi şeklinde Başkanlığa düzenleyici işlem yapma yetkisi, Kanun’un 29. maddesinin 10. fıkrası ile verilmektedir. İlgili düzenlemeye göre “İdari Teşkilat personeli TBMM Başkanlığınca uluslararası kuruluşlarda görevlendirilebilir. Bu şekilde görevlendirilenlerin; niteliği, (...) ile görevlendirme usul ve esasları TBMM Başkanlığınca belirlenir”. Bir diğer örnek ise maddenin 13. fıkrasında yer almaktadır. Düzenlemeye göre emekli olan kişilerin tekrar görevlendirilmesine ilişkin usul ve esaslar TBMM Başkanı⁶⁹ tarafından belirlenir (m. 29/13)⁷⁰.

TBMM Başkanı’nın işlemlerinin önemli kısmı bireysel işlemleri teşkil etmektedir⁷¹. Bireysel işlemlerin önemli bir kısmı ise atama işlemleridir. Bu işlemlerin idari işlem olma niteliği konusunda tartışma yoktur.⁷² TBMM Başkanı’nın bireysel işlemlerinin önemli bir kısmı ise icrai nitelikte değildir. Örneğin Başkan’ının idari teşkilat personelini görevlendirmesi işlemleri icrai olmayan işlemlere örnek olarak verilebilir (m. 29/9).

Bireysel işlemlere başka bir örnek vermek gerekirse Kanun’un 31.maddesi ve bu maddeye göre çıkarılan “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Yasama Uzmanlığı Yönetmeliği” uyarınca yasama

⁶⁸ Bu madde uyarınca somut düzenleyici işlemlere ise “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Personelinin Uluslararası Kuruluşlarda Görevlendirilmesi Hakkında Yönetmelik” ve “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Sosyal Tesisler İşletme Yönetmeliği”, “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Kreş, Gündüz Bakımevi ve Anaokulu Yönetmeliği”, “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Haberleşme Yönetmeliği”, “Milletvekilleri İle Yasama Organı Eski Üyelerine Rozet Verilmesine Dair Yönetmelik” örnek olarak verilebilir. Detaylı liste için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/kurumsal-yonetmelikler>, 24.05.2024.

⁶⁹ 1961 Anayasası döneminde de TBMM Başkanlık divanının birçok konuya ilişkin düzenleyici işlemleri bulunmaktaydı. Bkz. Teziç, *Parlamento Hukuku*, 47.

⁷⁰ Yine sözleşmeli personelin ücretlerine ilişkin düzenleme yapma yetkisi (m. 30/1), güvenlik hizmetlerine ilişkin düzenleme yetkisi (m. 40) Meclis Başkanlığı’na verilmiştir. Kanun’da genel bir yönetmelik çıkarma yetkisinin yanı sıra konu özelinde de yönetmelik çıkarma yetkisi verilmektedir. Örneğin Kanun’da yasama uzman yardımcılarının mesleğe alınmasına ilişkin hususların yönetmelik ile düzenleneceği vurgulanmıştır (m. 31/4). TBMM ilişkin birçok konu yönetmelikler ile düzenlenmiştir. Kanun ile usul ve esasların düzenlenmesi gerektiği konularda da yönetmelik çıkarılması hatta yönetmelik haricinde esas vb. adlar altında da düzenleyici işlem yapılması mümkündür. Yönetmeliklerin Anayasa ile zikredilen bir düzenleyici işlem olması nedeniyle öncelikle uygulanması gerektiği gibi esas ve yönerge gibi normların da yönetmeliklere uygun olması gerekmektedir.

⁷¹ Örneğin 6253 sayılı Kanun’a göre “Genel Sekreter, Genel Sekreter Yardımcıları, TBMM Başkan baş müşavirleri, TBMM Başkan müşavirleri ve Özel Kalem Müdürü doğrudan, diğer personel ise Genel Sekreter’in teklifi üzerine TBMM Başkanı tarafından atanır (m. 29). TBMM Başkanı, atama yetkisini Genel Sekreter’e devredebilir (m. 29/1).

⁷² Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 98.

uzman yardımcılığına atama işlemi Başkanlığın bireysel işlemleri arasında yer almaktadır⁷³. Bireysel idari işlemler bakımından özellikle disiplin cezalarını zikretmek gerekir. TBMM Başkanı “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Disiplin Yönetmeliği” uyarınca TBMM Başkanı, İdari Teşkilatta görevli tüm personelin en üst disiplin amiridir (m. 11). Disiplin amirleri Yönetmelik gereği uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezası vermeye, özel kanunların disiplin işleriyle ilgili olarak verdiği yetkileri kullanmaya yetkilidirler (m. 12).⁷⁴

1961 Anayasası döneminde de TBMM Başkanlığı’nın özellikle meclis kamu personeline ilişkin idari işlemleri söz konusu olmaktadır. Örneğin Danıştay kararına da konu olan bir olayda Cumhuriyet Senatosu Genel Sekreteri olan kişinin Meclis Başkanı tarafından emekliye sevk edilmesi, idari işlem olarak kabul edilerek idari işlemin unsurları açısından yargısal denetime tâbi kılınmıştır. Bir başka kararında ise ödeneklerin verilmemesi işlemi bireysel işlem olarak kabul edilmiş ve idari yargı denetimine tâbi kılınmıştır.⁷⁵

İçtüzük gereği de Meclis Başkanlığı’nın düzenleyici işlem yapması mümkündür.⁷⁶ TBMM İçtüzüğü ile Başkanının görevleri sayılmıştır. Bu görevler daha çok TBMM’nin faaliyetleri bağlamında denetleme, tedbir alma, uygulama niteliğindedir. Ancak bu görevlerin yürütülmesi bağlamında Başkanlığın kural koyucu işlemler ihdas etmesi mümkündür. Bu durumda söz konusu işlemler de düzenleyici işlemlerin hukuki rejimine uygun olmalıdır. Örneğin İçtüzük m. 14 ile Başkan’ın görevlerinden birisi de “Başkanlık Divanı bünyesinde oluşturulacak ‘Türkiye Büyük Millet Meclisi Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu’ aracılığıyla Meclisi ve çalışmalarını yurt içinde ve yurt dışında tanıtıcı tedbirler almak ve yayın yapmak”tır.⁷⁷ Bu görevin ifasında yönelik tedbirlerin içeriğine ilişkin düzenleyici işlemlerin yapılması mümkündür. İçtüzük uyarınca Başkan’ın görevleri arasında “Türkiye Büyük Millet Meclisinin idari ve malî işleri ile kolluk işlerini yürütmek ve denetlemek” sayılmıştır (m. 14/8). Bu görevler bağlamında ve idarenin takdir yetkisini somutlaştıracak şekilde diğer konulara ilişkin Başkanlık tarafından düzenleyici işlemler yapılması mümkündür. Bunun yanında “yürütme ve denetleme” görevi gereği bireysel işlemler ile somutlaşabilir.

İçtüzüğün 164. maddesine göre “kolluk tedbirleri” almak Başkan’ın görevidir: “Başkan, Türkiye Büyük Millet Meclisine ait bina, bahçe ve arsaların iç ve dış güvenliğiyle ilgili tertip ve tedbirleri almakla yükümlüdür”. Bu çerçevede Başkanlık düzenleyici kolluk düzenleyici işlemleri yapmakla yükümlüdür. Yine İçtüzük gereği ziyaretçilerin ziyaret usullerinin belirlemek Başkanlıkça yönetmelik ile düzenlenir (m. 166). Bu hüküm ile Başkanlığa yönetmelik çıkarma yetkisi tanınmıştır.

⁷³ Ayrıca belirtmek gerekir ki bunların haricinde de düzenleyici işlemlere dayanarak pek çok bireysel işlemler olabilecektir. Örneğin “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Personelinin Uluslararası Kuruluşlarda Görevlendirilmesi Hakkında Yönetmelik” uyarınca uluslararası kuruluşlara personel görevlendirilmesine ilişkin işlemleri bu kapsamdadır (m. 8).

⁷⁴ Mülga 2919 sayılı Kanun döneminde de Başkanlığın birçok işlemi bireysel idari işlem olarak kabul edilmiş ve idari yargı denetimine tâbi tutulmuştur. Örneğin TBMM Baştabipliği’nde biyolog olarak görev yapan davacı tarafından -5283 sayılı Kanun uyarınca standardı aşan personel olarak belirlenerek Sağlık Bakanlığı’na bağlı Ankara Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi’ne sağlık teknisyeni olarak atanmasına ilişkin- işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılan dava idari yargı organı tarafından denetlenmiştir. Danıştay 5. Dairesi, K. 2009/3946 (22 Haziran 2009).

⁷⁵ Danıştay 5. Dairesi, K.1978/4239 (27 Aralık 1978) Aktaran, Yücel, Hukuki İşlemler, 10. Ancak 1961 Anayasası döneminde organik ölçütün çok katı bir şekilde uygulandığı Danıştay kararları da mevcuttur. Örneğin Danıştay verdiği bir kararında “mahiyetleri itibariyle idari olmakla birlikte sadır oldukları makamların da idare camiasına dahil icra makamlarından bulunması muktazi olup davaya konu teşkil eden fiilin yasama kuvvetine dahil bir uzuvdan sadır olması itibariyle” TBMM’de memur olarak çalışan kişinin görevine son verilmesine ilişkin iptal ve uğradığı zararın tazmini için açtığı davayı reddetmiştir. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu (DDDGG), K. 1947/46 (16 Haziran 1947). Aslında kararda maddi ölçüte göre idari işlem vasfı kabul edilmekte ancak organik ölçüt öncelikle esas alınmaktadır. 1961 Anayasası döneminde verilen bir başka kararda ise Millet Meclisi Başkanı’nın Cumhuriyet Senatosu Genel Sekreterini emekliye sevk ve buna dayalı olarak aylık ve istihkaklarının ödenmemesine ilişkin işlemi idari işlem olarak değerlendirilmiş ve iptal edilmiştir (DDDGG, K. 1968/271(06 Mart 1968)).

⁷⁶ Bkz. Fahri Bakırcı, *TBMM’nin Çalışma Yöntemi* (Ankara: İmge Kitabevi, 2000), 263-264.

⁷⁷ Örnek olarak bu çerçevede çıkarılan bir düzenleyici işlem olarak “Türkiye Büyük Millet Meclisi Kültür, Sanat ve Yayın Kurulunun Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik” verilebilir.

TBMM Başkanı aynı zamanda hiyerarşik amirdir. Bu nedenle Başkan'ın bazı bireysel işlemleri de hiyerarşik yetkinin kullanımından kaynaklanmaktadır. Örneğin İçtüzük çerçevesinde Başkan kolluk tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu çerçevede güvenlik için tahsis edilen kuvvet, Başkan'ın hiyerarşisine tâbidir. Bu ilişkinin bir sonucu olarak Başkan hiyerarşik yetkiden kaynaklanan bireysel işlemler yapabilir. Yine İçtüzük gereği basın mensuplarına Başkanlıkça giriş kartı verilir. İlgili düzenlemeye göre basın kartlarının verilmesine ilişkin esaslar Başkanlık Divanı'nca kararlaştırılır, kart ise Başkanlık tarafından verilir (m. 168).

İçtüzük gereği "Türkiye Büyük Millet Meclisi Bütçesinin sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi hizmetlerine dair maddelerinden yapılacak harcamalarla ilgili verile emirleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı tarafından imzalanır" (m.176/2). Bu hüküm çerçevesince harcamalara ilişkin emir verilmesi, izin verilmesi; harcamalara ilişkin izin tesisi anlamına gelmektedir. Bu nedenle bu yetkiyi de Başkanının bireysel işlemleri arasında zikretmek gerekir. Kaldı ki maddenin devam fıkrası ile bu konudaki yetkinin kullanılmasına ilişkin imza devri düzenlenmektedir: "Hangi verile emirlerinin kendi yerine İdare Amirleri tarafından imzalanacağını, Başkan takdir eder" (m. 176/3). Bu da söz konusu işlemin idari işlem niteliğini teyit etmektedir.

İçtüzük ve 6253 sayılı Kanun haricinde, özel konulara ilişkin diğer düzenlemelerden de TBMM Başkanlığı'nın işlemleri kaynaklanabilir. Bu çerçevede 3620 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisinin Dış İlişkilerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile de Başkanlığa bazı yetkiler verilmiştir. Kanun'da dış ilişkilerde TBMM'yi temsil edecek heyet üyelerinin seçim usulü düzenlenmiştir (m. 2). Düzenleme yer alan iki işlemi birbirinden ayırmak gerekir. Birinci işlem "heyet üyelerinin sayısını partilere göre belirlemek" iken ikinci işlem ise "TBMM'ye temsil edecek heyet üyelerini belirlemek"tir. Bu seçimler de ⁷⁸ dostluk gruplarına dair diğer yasama iradeleri⁷⁹ idari işlem niteliğinde değildir.

Yine Kanun uyarınca "dostluk grupları tüzükleri" dostluk grupları tarafından "parlamentolararası birlik için grup tüzüğü" ise Başkanlık Divanı tarafından hazırlanır. İki işlem de "yasama organının iç idaresine" ilişkin sonuç doğurmaması bakımından idari işlem niteliğinde değildir. Dostluk gruplarının kuruluşu ve Başkanlık olurlarına ilişkin somut bir uyuşmazlıkta dostluk grubu seçimlerinin hukuka aykırı yapıldığı iddiası üzerine TBMM Başkanlığı'nın Genel Kurul ve seçimlerin yasa ve grup tüzüğüne uygun yapıldığını bildirilmesine dair kararına karşı dava açılmıştır. Danıştay öncelikle organik ölçüde göre değerlendirme yapmıştır.⁸⁰ Yüksek Mahkeme Başkanlık kararını "yasama tasarrufu" olarak niteleyerek idari yargı

⁷⁸ Her bir siyasi parti grubuna düşen sayı, bunların, parti grupları toplam sayısı içindeki yüzde oranlarına göre Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'nca tespit edilir. Bu karara karşı siyasi parti gruplarına, bildirimden itibaren üç gün içinde itiraz edebilme hakkı tanınmıştır. Bu itirazlara ise Başkanlık Divanı tarafından kesin olarak karara bağlama yetkisi verilmiştir (m. 2). Başkanlığın ve Başkanlık Divanı'nın işlemlerini bu aşamada yasama fonksiyonu niteliğine bürünmedikleri için idari işlem niteliğinde görmek gerekir. Heyet üyeliği adayları ise T.B.M. M. Başkanlığı'nca Genel Kurul'un bilgisine sunulmakla seçilmiş sayılırlar" (m. 2). Düzenleme gereği siyasi parti grupları tarafından aday gösterilir ve Meclis Başkanlığı aracılığıyla Genel Kurul bilgisine sunulmakla işlem tamamlanmış ve üyeler seçilmiş sayılmaktadır. Başkanlık iradesi sadece Genel Kurul'un bilgisine sunmakla sınırlı olduğu, Genel Kurul iradesinin de tespit edici bir irade olduğu için işlemin idari işlem kapsamında değerlendirmesi mümkün değildir.

⁷⁹ İlgili Kanun'un üçüncü maddesine göre "Siyasi parti gruplarının oranlarında değişiklik olması sonucunda bunların bir heyette sahip oldukları üyelik sayısı değişen oranlara uymuyorsa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı bu durumu tespit eder" (m. 3/2). Başkanının işlemi durumu tespit etme niteliğindedir. Kurucu bir iradesi yoktur. Yeni üye de Genel Kurul'a sunulmakla seçileceği için idari işlem niteliğinde değildir. Kanun'un dördüncü maddesinde "Dostluk gruplarının dış temas heyetleri temsili olarak oluşturulur. Bu temaslar Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'nın olurlarıyla ve mütekabiliyet esaslarına göre düzenlenir ve yürütülür" düzenlemesi yer almaktadır. Dostluk grupları ve parlamentolar arası birlik grupları Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda alınacak karar üzerine kurulurlar. Bu nedenle alınan kararlar da yasama organının devleti temsil etme görevinin bir parçası olduğu için idari işlem niteliğinde değildir.

⁸⁰ "İptal davalarında, bir idari makam tarafından tesis edilmiş olan, kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte bir idari işlemin varlığının arandığı anlaşılmaktadır. İdari makam ve mercilerin, idari görevleriyle ilgili olarak tesis ettikleri tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikteki işlemleri idari işlem olarak tanımlanmaktadır" ... "Bir işlemin "idari işlem" olarak tanımlanabilmesi için, o işlemin idari bir makam tarafından tesis edilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir. Kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş olan Anayasamızda, TBMM'nin görev ve yetkileri "Yasama" bölümünde düzenlenmiştir. Bu haliyle gerek TBMM Genel Kurulunca kabul edilerek oluşturulan Türkiye-ABD Parlamentolararası Dostluk Grubu'nun ve Grubun organlarının, gerekse bu organlarca tesis edilen işlemlerin iptali istemiyle başvurulmuş TBMM Başkanlığının Anayasa sistemimiz içinde "idari makam" olarak düşünülmesi mümkün bulunmamaktadır. Dolayısıyla TBMM Başkanlığınca, Türkiye-ABD Parlamentolar arası Dostluk Grubu Yönetim Kurulu

denetimine tâbi tutulamayacağına karar vermiştir. Başkanlığın bu kararı “siyasal temsil işlevi”nden⁸¹ kaynaklandığı için yerindedir. Genel Kurul harici yasama organı işlemlerinin iyi irdelenmesi, maddi ölçüte göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu işlemin siyasi sonuçları göz ardı edilemese de idari işlem olarak kabul edilmeli usul ve esas açısından incelenmeli ancak TBMM Başkanlığının takdir yetkisi ise geniş yorumlanmalıdır.

Danıştay kararına konu olan bir diğer ilginç uyuşmazlıkta ise dava, davacının TBMM Başkanlığına verilen bir soru önergesinin cevaplanması nedeniyle TBMM tutanaklarına geçen kendisi hakkındaki beyanların TBMM’nin internet sitesinden kaldırılması istemeyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclis Başkanlığı işleminin iptal istemeyle açılmıştır. İlk derece mahkemesi söz konusu işlemin idari işlem olmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar vermiştir⁸². Danıştay ise çok haklı olarak söz konusu ret işlemini Dava konusu TBMM Başkanlığı’nın “idare” fonksiyonuna ilişkin işlem davacının hukukunu etkileyen bir hukuk tasarruf olup, bu haliyle de iptal davasına konu olabilecek işlemlerdendir” gerekçesiyle söz konusu idare mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.⁸³ Bu çerçevede ifade etmek gerekir ki yasama veya idari fonksiyona dâhil işlemlerin tespitinde ölçütlere göre değerlendirme yapılırken bir nitelemenin olumlu özelliklerinin yanı sıra olumsuz özellikleri de dikkate alınmalıdır. Bir işlemin idari işlem niteliğinin belirlenmesinde “yasama işlem olmadığı” belirlenmesi de destekleyici ve tespit edici niteliktedir.

Danıştay kararına konu olan bir diğer uyuşmazlıkta ise TBMM’nin hâlen üyesi olan milletvekillerine 15.07.2007 tarihinde üç aylık dönem için peşin olarak ödenek ve yolluk ödenmesine ilişkin işlemin iptal istemeyle dava açılmıştır.⁸⁴ Danıştay bu kararı ile milletvekillilerine verilen ödenek ve yolluk ödenmesine ilişkin işlemleri idari işlem olarak kabul etmiştir. Hatta davanın serbest çalışan bir avukat tarafından açılması nedeniyle menfaat ihlali koşulunu irdelemiş ve menfaat ihlali koşulunun katı uygulanmasının işlemin yargı denetiminden kaçınmasına neden olmaması gerektiği yönünde karar vermiştir.⁸⁵

Başkanlık idari işlemleri İçtüzük veya 6253 sayılı Kanun’a dayalı olarak çıkarılan düzenleyici işlemlerden kaynaklı da olabilir. Bu çerçevede TBMM Merkez Teşkilatına ait Yönetmelikler ile de yasallık ilkesine uygun olarak Başkanlığa bazı görev ve yetkiler verilebilir. Örneğin Türkiye Büyük Millet Meclisi Onur Ödülü Yönetmeliği uyarınca onur ödülü TBMM Başkanı tarafından verilir (m. 7). Ayrıca çok farklı kanuni düzenlemeler kaynaklı da Başkanlık ve diğer TBMM idari birimlerine idari işlem yetkisi verilmiş olabilir. Örneğin 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun’a dayanılarak hazırlanan Türkiye Büyük Millet Meclisinde Tütün Ürünlerinin Kullanılması ve Zararlarının Önlenmesine İlişkin Yönetmelik uyarınca Yönetmelik’te düzenlenen yasaklara aykırı

le Denetleme Kurulu üyelikler ve başkanlığı seçimler hakkında tesis edilen işleme karşı açılan bu davada, dava konusu işlem TBMM Başkanlığının bir tasarrufu olduğundan, yasama tasarrufu niteliğine bürünmekte ve bu konudaki davaların dar yargı yerlerinin denetimine tabi tutulmasına olanak bulunmamaktadır. Danıştay 10. Dairesi, K. 2007/5137 (13 Kasım 2007).

⁸¹ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, 31.

⁸² “... “davacının, TBMM Başkanlığı’na verilen bir soru önergesinin cevaplanması sırasında TBMM tutanaklarına geçen kendisi hakkındaki beyanların TBMM’nin internet sitesinden kaldırılması istemeyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclis Başkanlığı işleminin, bir idar işlem niteliği taşımadığı, bu haliyle de ortada iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olmadığı ...” Danıştay, K. 2010/6186.

⁸³ Danıştay, K. 2010/6186.

⁸⁴ Danıştay 11. Dairesi, K. 2007/7002(25 Eylül 2007)

⁸⁵ “... Buna göre, Danıştay’ın yerleşik içtihatları uyarınca, iptal davalarında dava konusu edilen İdari işlemler le davacılar arasında meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi bulunması gerekmektedir birlikte, sübjektif ehliyet sorunu nedeniyle br kısım işlemlerin hukuk denetim dışında kalma olasılığının bulunduğu durumlarda, menfaat ihlalinin dar işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek biçimde yorumlanması zorunludur. Danıştay, K. 2007/7002. Bir diğer kararı ile Danıştay TBMM’de lise mezunu memur olarak görev yapmakta iken açık öğretim fakültesi iktisat bölümü 4. sınıf öğrencisi olduğu ve ilk iki sınıfın derslerin tamamını başardığına dair fakültenin merkez yöneticiliğinden aldığı yazı üzerine, 657 sayılı Yasanın 36/12-d maddesi uyarınca intibakı yapılan davacının aynı fakültenin 4 yıllık lisans öğreniminin tamamlaması üzerine anılan hüküm uyarınca intibakının yenden yapılması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin ve dayanağı olan Maliye ve Gümrük Bakanlığın 105 seri numaralı Devlet Memurları Genel Tebliği’nin iptal istemeyle açılan davada işlemi iptal etmiştir (Danıştay 5. Dairesi, K. 1990/362(28 Şubat 1990)).

hareket edenlere 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 39. maddesinde öngörülen idarî para cezası verilir.⁸⁶ Yasaklara uymayan personele TBMM Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği hükümlerine göre ceza verilir. Bu yönetmeliğe göre de disiplin amirleri TBMM Başkanı, Genel Sekreteri ve Genel Sekreter Yardımcıları'dır(m. 11).

Diğer yandan TBMM birçok konuda sözleşmeye taraf olabilir ve sözleşmesel ilişkilerden kaynaklı olarak irade açıklamalarında bulunabilir. Bu sözleşmeler mevzuat uyarınca idari sözleşmeler olabileceği gibi özel hukuk sözleşmeleri de olabilir. Özellikle TBMM'nin ihtiyaç duyduğu mal ve hizmet alımları, yapım işleri, kiralama, satış gibi konulara kamu ihale mevzuatı çerçevesinde özel hukuk sözleşmesi akdedebilir. Özellikle sözleşme öncesi icrai nitelikteki ön işlemler/hazırlık işlemleri sözleşmeden ayrılabilir idari işlem niteliğindedir ve idari yargı denetimine tâbidir.⁸⁷

TBMM iç idaresinin gereklerini yerine getirmek maksadıyla sözleşmeli kamu görevlileri istihdam edilebilir. Kamu görevlisi istihdamı ile idari sözleşmelerin temel başka bir tipi olan idari hizmet sözleşmeleri uygulama alanı bulmaktadır. Bu hususta temel dayanak 6253 sayılı Kanun'dur (m. 29, 30). İdari hizmet sözleşmeleri çerçevesinde sözleşmenin feshedilmesi veya yeniden imzalanmaması hallerinde ilgili kişilerin idari işlem niteliğindeki işlemlere karşı dava açma hakkı bulunmaktadır. Ayrıca sözleşmeli kamu görevlilerinin özlük haklarına ilişkin işlemler söz konusu olabilir ve bu işlemlere karşı yargısal denetim mümkündür.⁸⁸ Danıştay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta TBMM'de doktor olarak görev yapan davacının, sözleşmesi yenilenmeyerek 31.12.1996 tarihinde görevine son verilmesine ilişkin işlem" yargı denetimine tâbi tutulmuştur.⁸⁹

IV. Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Bağlı Diğer Birim İşlemleri

A. Genel sekreter ve genel sekreter yardımcısı işlemleri

Genel Sekreter, idari teşkilatın üst yöneticisi olup idari teşkilatın görevlerinin yürütülmesinden TBMM Başkanı'na karşı sorumludur (m. 5/1). Kanun'un bu düzenlemesinden anlaşıldığı üzere Genel Sekreter teşkilatın en üst yönetici olarak hiyerarşik amir niteliğindedir. Birçok alt idari birim doğrudan Genel Sekreter'e ve Genel Sekreter Yardımcısı'na bağlanmıştır. Bu nedenle kendisine bağlı birimler üzerinde hiyerarşik yetkileri kullanabilir ve bu yetkiden doğan işlemler yapabilir. Bu işlemler ise tipik idari işlemlerdir. Görevlerin yürütülmesinden dolayı TBMM Başkanı'na karşı sorumlu tutulması da bu hususu destekler niteliktedir. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise "Genel Sekreter, İdari Teşkilatın görevlerini mevzuata, İdari Teşkilatın amaç ve politikaları ile stratejik planına uygun olarak düzenler, yürütür ve hizmet birimleri arasında eş güdümü sağlar". Bu fıkra sekretere teşkilatın görev ve yetkilerini düzenleme yetkisi, yani üst normlara uygun düzenleyici işlem yapma yetkisi vermektedir. Sekreter farklı adlar altında düzenleyici işlem yapabilir. Ayrıca hizmet birimleri arasında eş güdümü sağlama görevi bu alana ilişkin düzenleyici işlem yapma yetkisini de barındırır.

6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu ile Genel Sekreter'e bazı hususlara ilişkin olarak düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmektedir. Örneğin Kanun uyarınca İdari Teşkilatın kamu kurum ve kuruluşları ile yapacağı yazışmaların usul ve esasları Genel Sekreter tarafından belirlenir (m. 25/4). Bir başka örnekte ise Türkiye Büyük Millet Meclisi Televizyonu Yönetmeliği uyarınca TBMM Genel Sekreteri TBMM TV yayın danışma kurulu faaliyetlerinin

⁸⁶ "Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında tütün mamulü tüketen kişiye, ilgili idarî birim amirinin yetkili kıldığı kamu görevlileri tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir" (Kabahatler Kanunu, m.39).

⁸⁷ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 99.

⁸⁸ Ayrıca belirtmek gerekir ki yasama organı özel hukuk sözleşmesinin tarafı olabilir ve özel hukuka tâbi işlemler de yapabilir. Bu sözleşmeler açısından da sözleşmeden ayrılabilir işlemler idari yargı denetimine tâbidir. Örneğin Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik uyarınca sürekli işçi statüsünde personel alımı yapılabilir.

⁸⁹ Danıştay, K. 1999/651.

yürütülmesine ilişkin gerekli idari tedbirleri alma görevine sahiptir. Bu kapsamda genel sekreterlik düzenleyici işlemler yapabilir.

Genel Sekreterlik veya yardımcıları tarafından yapılabilecek düzenleyici veya bireysel işlemler diğer kanunlardan da doğabilir. Örneğin 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu ve 6253 sayılı Kanunu'na dayalı olarak çıkarılan Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Konut Yönetmeliği gereğince konut tahsis işlemleri tipik bireysel idari işlemler niteliğindedir. Bir Danıştay kararında da söz konusu Yönetmeliğe dayalı olan Genel Sekreterliğin konutun tahliyesi işlemi idari yargı mercilerince denetlenmiştir. Söz konusu kararda Genel Sekreterlik işlemi hukuka uygun bulunmuş ve bu gerekçeyle idare mahkemesi kararı temyizden bozulmuştur.⁹⁰

Genel Sekreterlik işlemleri bireysel sonuç doğuracak şekilde çok çeşitli olabilir. Örneğin yasama organı eski üyesi olan davacının, tedavisinde kullanılmak üzere yurtdışından getirtilen ilaç bedelinin ödenmesine dair Genel Sekreterlik işlemi idari yargı merciince incelenmiştir.⁹¹ İlgili kararda organik ve maddi ölçütlere göre işlemin idari işlem niteliğini ve idari yargının görevine girip girmeyeceğini değerlendirmeye bile gerek görülmemiştir.

B. Başkanlık divanı işlemleri

Başkanlık Divanı⁹² siyasi partilerin meclisteki temsil organlarına göre oluşturulan idari bir organdır.⁹³ Meclis Başkanlık Divanı işlemleri organik kritere göre yasama işlemidir.⁹⁴ Ancak salt organik kritere göre değerlendirme yapmak yetersiz kalacak ve Başkanlık Divanı'nın kural işlemlerinin niteliğinin belirlenmesi mümkün olmayacaktır.⁹⁵ Danıştay ise farklı zamanlarda farklı eğilimleri benimsemiştir. Önceleri organik kriteri tercih ederek görevsizlik kararı verirken daha sonra ise maddi kriter çerçevesinde idari işlem olarak kabul etme eğiliminde olmuştur.⁹⁶ Ancak Meclis Başkanlık Divanı işlemleri arasında da maddi ölçüte göre idari işlem kategorisinde yer alan işlemler bulunmaktadır. Bu nedenle Başkanlık Divanı işlemlerini şekli kriterin yanı sıra maddi kriteri de dikkate alarak değerlendirmek gerekmektedir.

6253 sayılı Kanun ile Başkanlık Divanı'na birçok yetki verilmiştir. Başkanlık Divanı'nın düzenleyici işlem yapma yetkisi özel bir madde belirlenmiştir. Kanun'un 27. maddesine göre "Başkanlık Divanı (...); İdari Teşkilatın görev, yetki ve sorumluluk alanına giren ve önceden kanunla düzenlenmiş konularda idari düzenlemeler yapabilir. Bu madde uyarınca çıkarılacak yönetmeliklerden Başkanlık Divanı'nca uygun görülenler Resmî Gazetede veya uygun araçlarla yayımlanır" (m. 27). Bu maddeye dayalı olarak çıkarılan yönetmeliklere örnek olarak "Türkiye Büyük Millet Meclisi Kültür, Sanat ve Yayın Kurulunun Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik⁹⁷ verilebilir.⁹⁸ Önceden kanunla düzenleme şartı getirilmiş olmasına rağmen, kanuna aykırı olmayacak şekilde düzenlemeler de yapılabilir. Maddede "bu madde uyarınca çıkarılacak yönetmelikler" ifadesi geçse de Başkanlık Divanı'na genel bir düzenleme yetkisi verilmiştir. Bu nedenle yönetmelik haricinde de düzenleyici işlemlerin yapılması mümkündür.

⁹⁰ Danıştay, 11. Dairesi, K. 2016/4432(22 Kasım 2016).

⁹¹ Danıştay K. 2006/781.

⁹² "Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanı, Meclis üyeleri arasından seçilen Meclis Başkanı, Başkanvekilleri, Katip üyeler ve İdare Amirlerinden oluşur" (1982 Anayasası, m.94/I).

⁹³ Bkz. Hamit Eşen, "Parlamento Hukuku Açısından Başkanlık Divanı'nın Konumu, Görevleri ve Yetkileri", *Yasama Dergisi* 4 (Ocak 2007), 6.

⁹⁴ Teziç, *Parlamento Hukuku*, 47; Yücel, "Hukuki İşlemler", 5.

⁹⁵ Yücel, "Hukuki İşlemler", 5.

⁹⁶ Teziç, *Parlamento Hukuku*, 48.

⁹⁷ Diğer örnekler için bkz. "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Proje Hazırlama, Geliştirme ve Uygulama Yönetmeliği", Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik", "Türkiye Büyük Millet Meclisinde Basın Ve Yayın Mensuplarının Çalışmaları Hakkında Yönetmelik"

⁹⁸ Düzenleyici işlemler birden fazla üst norma dayalı olarak da çıkarılabilir. Söz konusu Yönetmelik, TBMM İçtüzüğü'nün 14. maddesine ve 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanununun 27. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Kanun'un 27. maddesinde yer alan önemli bir diğer husus ise (düzenlemeye dayalı olarak çıkarılacak) yönetmeliklerden Başkanlık Divanı tarafından uygun görüleceklerin resmî gazete veya uygun araçlar ile yayımlanacağı hükmüdür.⁹⁹ Resmî Gazete'de yayımlanacak yönetmelikler konusunda takdir yetkisi Başkanlık Divanı'na bırakılmıştır. 1982 Anayasası'na göre "Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir" (m. 124). Bu hususta da ancak 3011 sayılı Resmî Gazete 'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun bulunmaktadır. Ayrıca Başkanlık Divanı'na bu hususta takdir yetkisinin verilmesi "kanunilik" şartını yerine getirdiği, özel hüküm olduğu iddia edilebilir. Ancak 6253 sayılı Kanun ile tam bir belirleme yapılmamakta ve belirsiz kalmaktadır. Bu nedenle kanunilik şartı yerine getirilmemektedir. Resmî Gazete yayımlanan yönetmeliklere baktığımızda ise diğerlerinden farklı ayırt edici bir özelliği tespit etmek de zor. Bu nedenle Başkanlık Divanı Yönetmelikleri açısından da 3011 sayılı Kanun'un uygulanması gerekmektedir. Yetkinin Başkanlık Divanı'nın takdirine bırakılması doğru değildir. Kaldı ki 3011 sayılı Kanun'a göre "Bu maddenin uygulanması bakımından hangi yönetmelik ve tebliğlerin Resmî Gazete'de yayımlanacağı ile ilgili oluşabilecek tereddütleri gidermeye Cumhurbaşkanlığı yetkilidir" (m. 1/2). Bu noktada hem Anayasa m. 124 hem de 3011 sayılı Kanun'un konusunun "Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin yönetmelikleri" olduğu, yasama organı yönetmeliklerinin bu kapsamda olmadığı iddia edilebilir. Ancak çıkaran makamdan bağımsız olarak, Resmî Gazete yayımlanması hususunda yönetmeliklerin farklı rejime tâbi olması doğru değildir. Bu nedenle, 3011 sayılı Kanun ile belirlenen ölçütlerin esas olması gerekmektedir.

Başkanlık Divanına düzenleyici işlem yapma yetkisi veren bir diğer hüküm ise belirli kadrolara atanacak kamu görevlilerini atanmalarında aranacak özel şartlar ve atamaya ilişkin usul ve esaslara ilişkindir¹⁰⁰. Ayrıca 6253 sayılı Kanun'un 26. maddesi gereği "Kanunlarda Cumhurbaşkanı kararına lüzum gösterilen hususlardan TBMM ve İdari Teşkilatla ilgili olanlar hakkında Başkanlık Divanı yetkilidir" (m. 26/1). Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre "Siyasi parti gruplarının, Başkanlık Divanı üyelerinin ve komisyon başkanlarının personel ihtiyacı ile milletvekillerinin çalışma mekânlarının tahsis ve donatımına ilişkin usul ve esaslar Başkanlık Divanınca belirlenir" (m. 26/2). Bu fıkra gereğince Başkanlık Divanı'nca alınan kararlar da düzenleyici işlem niteliğindedir. Zira bu faaliyetler yasama organının iç düzenine ilişkin idari fonksiyona dâhil olan kararlardır. Yine aynı maddeye göre Başkanlık Divanı fazla çalışmaya ilişkin düzenlemeleri yapma yetkisi verilmiştir. Fazla çalışmanın süresi, miktarı ve diğer usul ve esasların belirlenmesi kamu personeline dair tipik düzenleyici işlem niteliğindedir (m. 26/3).¹⁰¹

6253 sayılı Kanun ile Bakanlık Divanı'na düzenleme yapma yetkisi veren bir diğer hüküm ise sözleşmeli personelin çalışma usul ve esaslarının belirlenmesine ilişkindir. 6253 sayılı Kanun'un 29. maddesine göre "(sözleşmeli personel olarak) çalıştırılacaklarda aranacak nitelikler, yapılacak sınavın şekli ve konuları ile bunların çalışma usul ve esasları Başkanlık Divanınca belirlenir" m. 29/8). Yine kamu görevlilerine ilişkin bir diğer düzenleyici işlem yapma yetkisi ise stenografi kurslarına ilişkindir. 6253 sayılı Kanun'a göre Başkanlık Divanı bu hususlara ilişkin yönetmelik çıkarmak zorundadır (m. 32/5). Bunun yanında norm kadroya ilişkin detaylar Başkanlık Divanı'nca belirlenir (m. 33). Ayrıca 6253 sayılı Kanun'da belirlenen bazı sözleşmeli personelin sözleşme usul ve esasları (m. 30/4) ve yasama uzman yardımcılarının istihdamına ilişkin usul ve esasları (m. 31/4) belirleme yetkisi Başkanlık Divanı'na

⁹⁹ Örneğin "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Proje Hazırlama, Geliştirme ve Uygulama Yönetmeliği", "Milletvekillerine, Yasama Organı Eski Üyelerine, Dışarıdan Atandıkları Bakanlık Görevi Sona Erenlere Tedavi Yardımı Yapılmasına Dair Yönetmelik" Resmi Gazetede Yayımlanmışken "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik", "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Evrak Yönetmeliği", "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığının Sorumluluğundaki Tarihî Bina ve Objelerin Onarımları ve Restorasyonları ile Çevre Düzenlemesine İlişkin Mal ve Hizmet Alımları Yönetmeliği" resmi gazetede yayımlanmamıştır.

¹⁰⁰ 6253 sayılı Kanun'un 29. maddesine göre "memuriyete ilk defa İdari Teşkilat kadrolarında başlayacak olanlar, Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan sınavda başarılı olanlar arasından sınavla seçilir. Bu şekilde atanacaklarda aranacak özel şartlar ve sınavlar ile atamaya ilişkin usul ve esaslar Başkanlık Divanınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir" (m. 29/7).

¹⁰¹ Somut düzenleme ise "Türkiye Büyük Millet Meclisi İdari Teşkilatı Fazla Çalışma Yönetmeliği"dir.

verilmiştir.¹⁰² Kanun belirli memuriyetlere ilişkin atama usul ve esaslarının özellikle yönetmelik ile belirlenmesi düzenlerken sözleşmeli personele ilişkin hükümlerin ise Başkanlık Divanı kararı ile belirleneceğini vurgulamaktadır. Kamu personeli rejimine ilişkin düzenlemelerin aynı normsal değerde düzenlemeler ile yapılması daha uygun bir tercih olurdu. Başkanlık Divanı'nın düzenleyici işlem yapma yetkisi somut konularla sınırlı olmasına rağmen, idari fonksiyonunun bir sonucu olarak farklı konularda üst normlara aykırı olmamak koşuluyla düzenleme yapılabilir.

6253 sayılı Kanun'da yönetmelik vurgusunun olmadığı hususlarda genellikle esas adı altında düzenleme yapıldığı görülmektedir. Örneğin sözleşmeli personele ilişkin usul ve esaslar Başkanlık Divanı tarafından belirlenir. Başkanlık Divanı ise bu hususa ilişkin birçok esas çıkarmıştır.¹⁰³

1982 Anayasası döneminde mülga 2919 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu ile de Başkanlık Divanı'nın birçok düzenleme yapma yetkisi bulunmaktaydı.¹⁰⁴ Benzer şekillerde 1961 Anayasası döneminde rozet verilmesine, meclis üyelerinin bakmakla yükümlü olduğu kişilerin tedavilerine vb. birçok konuya ilişkin Meclis Başkanlık Divanı düzenleyici işlemi bulunmaktaydı.¹⁰⁵ Yine eski bir örnek olarak TBMM'ye bağlı olan Milli Saraylara ilişkin düzenleyici işlemler de Başkanlık Divanı'nın düzenleyici işlem yapma yetkisine örnek olarak verilebilir.¹⁰⁶ 1961 Anayasası döneminde idari yargı organları önceleri görevsizlik kararı verirken zaman içinde maddi kriteri benimseyerek kendi görevleri içinde saymıştır.¹⁰⁷

6253 sayılı Kanun'un 28. maddesi uyarınca Başkanlık Divanı'nın önemli bir görevi de Kanun'da sayılan usul ve esaslar çerçevesinde boş veya dolu kadrolara sınıflar arası atama yapmaktır. Bunun yanında Divan boş kadroları iptal edebilir. Ayrıca düzenleyici işlemlere dayalı çok sayıda bireysel işlemler söz konusu olabilecektir ve her düzenleyici işlem özelinde bu bireysel işlemler farklılık arz edecektir. Örneğin Danıştay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta davacı, Milletvekillerine, Yasama Organı Eski Üyelerine, Dışarıdan Atandıkları Bakanlık Görev Sona Erenlere Tedavi Yardımı Yapılmasına Dair Yönetmelik uyarınca yapılan bireysel işleme karşı iptal davası açmıştır.¹⁰⁸

Danıştay kararları ile de Başkanlık Divanı'nın personelin özlük haklarına ilişkin düzenleyici işlemin yanı sıra bireysel işlemler yapma yetkisine sahip olduğu teyit edilmektedir. TBMM'de görevli genel idare,

¹⁰² Somut düzenleme ise "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Yasama Uzmanlığı Yönetmeliği"dir.

¹⁰³ Yine 6253 sayılı Kanun'a göre 5018 sayılı Kanunun öngördüğü kamu mali yönetim ve kontrol sisteminin TBMM'de uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Başkanlık Divanınca belirlenir (m.34/4). Bunun gereği olarak da Başkanlık Divanı "Türkiye Büyük Millet Meclisi Mali Yönetimi ve Kontrol Sisteminin Uygulanmasına İlişkin Esaslar" çıkarmıştır. Bir diğer örnek ise Kanun uyarınca siyasi parti gruplarının personel ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi yetkisi Başkanlık Divanı'na aittir. Buna bağlı olarak da "Siyasi Parti Grup Başkanlıklarında Sözleşmeli Olarak Çalıştırılacak Grup Danışmanı ve Büro Görevlisi Hakkında Hizmet Sözleşmesi Esasları" düzenlenmiştir. Son bir örnek olarak ise Başkanlık'ta istihdam edilecek sözleşmeli personele ilişkin esas ve usullerin Başkanlık Divanı tarafından belirleneceğine dair düzenlemedir (m.29/8). Bu düzenleme gereğince de Başkanlık Divanı tarafından "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatında 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun Geçici 43 Üncü Maddesi Uyarınca Anılan Kanunun 4 Üncü Maddesinin (B) Fıkrası Kapsamında Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar" çıkarılmıştır.

¹⁰⁴ Örneğin "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı bu Kanuna bağlı cetvellerde belirtilen kadro sayısı ile sınırlı kalmak şartıyla, yılda bir defa kadro derecelerinde gerekli değişikliği yapmak" (m.6), "Çeşitli kanunlarda Bakanlar Kurulu kararına lüzum gösterilen hususlardan, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği ile ilgili olanlara ilişkin kararlar almak" (m.6), "bazı kamu görevlilerine verilecek ek ödeme ve sosyal yardımları tespit etmek"(m.9), "Komisyonlarda görevli raportörlerden sözleşmeli olarak istihdam edilenlere verilecek ücret ve sair hakları genel uygulama çerçevesinde kararlaştırmak"(m.11), "5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun Türkiye Büyük Millet Meclisi mali yönetim ve kontrol sisteminin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek"(m.14) Başkanlık Divanı'nın görevleri arasındaydı.

¹⁰⁵ Örnekler için bkz. 2.7.1962 tarihli T.B.M.M. Telefon Yönetmeliği, 02.07.1962 tarihli TBMM Araç ve Şoför Hizmet Yönetmeliği, 10.3.1965 Tarihli T.B.M.M. Üyeleri İçin Rozet Yönetmeliği, 19.2.1974 Tarihli Millet Meclisi Üyelerine Bakmakla Yükümlü Oldukları Kimselere ve Eski Üyelere Verilecek Tedavi Masrafları Hakkında Yönetmelik, 28.4.1976 tarihli Cumhuriyet Senatosu Üyeleri Ve Bakmakla Yükümlü Bulundukları Kimselere Ait Tedavi Yönetmeliği, 25.05.1976 tarihli Yasama Meclislerinin Dış İlişkilerinin Düzenlenmesiyle İlgili Yönetmelik, 20.01.1977 tarihli TBMM Binasına Gelecek Ziyaretçi, Misafir ve Görevlilerin Hareket Tarzlarına İlişkin Yönetmelik, 24.3.1977 tarihli Parlamento Muhabirlerinin Parlamentodaki Çalışmalarını Düzenleyen Talimatname(Teziç, *Parlamento Hukuku*, 48-49).

¹⁰⁶ Bkz. Yücel, "Hukuki İşlemler", 6-9.

¹⁰⁷ Teziç, *Parlamento Hukuku*, 48.

¹⁰⁸ Danıştay 15. Dairesi, K. 2016/1695 (14 Mart 2016).

teknik ve sağlık hizmetler sınıflarındaki personelin ek göstergelerinin tespiti konusunda Başkanlık Divanı'nın yetkisi hususunda düşülen duraksamanın giderilmese amacıyla istişari düşünce istemi üzerine Danıştay'a başvurulmuştur. Danıştay ise Türkiye Büyük Millet Meclisinde asli ve sürekli görevlerde bulunanların kadro, unvan, derece, ek gösterge, intibak ve diğer özlük haklarının tespit ve kullanılmasında Türkiye Büyük Millet Meclis Başkanlık Divanı'nın yetkili olacağı yönünde karar vermiştir.¹⁰⁹ Yine bir başka kararında oluşan tereddüt üzerine Danıştay, personele ödenecek ek göstergelerin tespiti hususunda da TBMM Başkanlık Divanı'nın yetkisi olduğu yönünde idari görüş sunmuştur.¹¹⁰

6253 sayılı Kanun'a benzer olarak TBMM İçtüzüğü de iç hizmetlere ilişkin Başkanlık Divanı'na genel bir düzenleme yetkisi vermektedir. İçtüzüğün "Türkiye Büyük Millet Meclisinin iç hizmetleri" başlığını taşıyan 15. kısmının "İdari İşler" başlığını taşıyan birinci bölümünde "İç Hizmetlere Dair Mevzuat" başlıklı 171. maddesi ile Başkanlık Divanı'na genel bir düzenleme yetkisi verilmektedir. Bu düzenlemeye göre "Türkiye Büyük Millet Meclisinin iç hizmetleri, Kanunlara ve bu İçtüzüğe uygun olarak yürütülür. Anayasa'ya kanuna ve İçtüzüğe uygun olmak şartıyla Başkanlık Divanı, Türkiye Büyük Millet Meclisinin iç hizmetlerine ait olmak üzere düzenleyici kararlar alabilir" (m. 171). Bu çerçevede çıkarılabilecek yönetmelikler ancak iç hizmetlere ilişkin olabilir.

İçtüzük ile Başkanlık Divanı'nın genel görevleri m. 13 ile sayılmıştır. Bu madde ile sayılan görevler daha çok yasama fonksiyonuna ilişkindir. Ancak bu maddede yer alan "Başkanlık Divanı, kanunlar ve İçtüzük gereğince verilen görevleri yerine getirir" ifadesi Başkanlık Divanı'na genel bir işlem yapma yetkisi vermektedir. Bunun yanında İçtüzük m. 56 gereği görevlilerin kıyafeti Başkanlık Divanı'nca tespit edilir. Bu hüküm düzenleyici işlem yapma gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. Yine İçtüzük gereği basın kartlarının verilmesine ilişkin esaslar Başkanlık Divanı'nca belirlenir¹¹¹.

Başkanlık Divanı'na verilen bir diğer düzenleme yapma yetkisi ise Meclis kütüphane ve arşivinden yararlanma şartlarının belirlenmesine ilişkindir (m. 173). Ancak bu yönetmeliğin Başkanlık Divanı tarafından onaylanması gerekmektedir. Bu çerçevede Başkanlık tarafından "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Kütüphane ve Arşiv Yönetmeliği" çıkarılmıştır.

Yine milletvekillerine verilen tanıtıcı belgelere ilişkin düzenleme yapma yetkisi Başkanlık Divanı'na aittir¹¹². İçtüzük gereği verilen bir diğer düzenleyici işlem yapma yetkisi, bina, bahçe ve arsaların yapım, imar ve onarımına ilişkindir. İlgili düzenlemeye göre bu husustaki kararlar, Başkanlık Divanı'nca alınır (m. 176). Sonuçla, 6253 sayılı Kanun'da veya TBMM İçtüzüğü'nden kaynaklı Başkanlık Divanı işlemleri fonksiyonları bakımından değerlendirilmeli ve maddi anlamda idare alanına ilişkin olanları idari işlem olarak kabul edilmelidir.

Başkanlık Divanı'nın 6253 sayılı Kanun ve İçtüzük haricinde başka düzenlemelerden kaynaklı idari işlemleri de bulunabilir. Örneğin 3620 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisinin Dış İlişkilerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da Başkanlık Divanı'na verilen bazı yetkiler bulunmaktadır.¹¹³ Bu yetkiler bağlamında Divan işlemleri de idari işlem niteliğindedir. Örneğin Kanun'a göre dostluk grupları tüzüklerini hazırlama yetkisi Başkanlık Divanı'na aittir (m. 5). Yine aynı Kanun'un 15. maddesi gereğince

¹⁰⁹ Danıştay 1. Dairesi, K. 1990/249 (4 Ekim 1990).

¹¹⁰ Danıştay 1. Dairesi, K. 1989/67 (24 Nisan 1989).

¹¹¹ İlgili düzenlemeye göre "Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul ve komisyonlarındaki çalışmaları takip edecek basın ve yayın mensuplarına, Başkanlıkça özel bir giriş kartı verilir. Bu kartı taşımayan basın ve yayın mensupları, Türkiye Büyük Millet Meclisinde basına ayrılan yerlere giremezler. Bu özel kartlarla ilgili esaslar, Başkanlık Divanı'nca kararlaştırılır" (m. 168/1). İlgili madde aynı zamanda basın mensuplarının çalışma ve dinlenme usullerinin Başkanlık Divanı'nca yönetmelik ile belirleneceğini düzenlenmiştir (m. 168/2).

¹¹² İçtüzük'e göre "Milletvekillerine, bir kimlik cüzdanı, rozet, hamail ve bindikleri vasıtayı tanıtıcı plaka veya işaret verilir. Milletvekilliğiyle ilgili belge ve işaretlerin nitelikleriyle nerelerde kullanılacağı, Başkanlık Divanı'nca yapılacak bir yönetmelikte tespit olunur" (m. 175/1,2)

¹¹³ Şeref İba, *Türkiye'de Meclis Başkanlığı ve Başkanlık Divanı* (Ankara: Nobel Yayın ve Dağıtım, 2001), 251-253; Yücel, Hukuki İşlemler, 6.

TBMM binalarının milletlerarası toplantılar için kullanılmasına, TBMM Başkanlık Divanı izin vermeye yetkilidir.

C. Diğer birimlerin işlemleri

Hizmet birimleri, Genel Sekreter Yardımcıları'na bağlı I sayılı cetvel ile sayılmış olan birimlerdir (m. 4). Bu hizmet birimleri 17 başkanlık ve 1 müdürlükten oluşmaktadır (6253 sayılı Kanun, m. 4). Kanun ile bu hizmet birimlerinin de görevleri sayılmıştır. Bu hizmet birimlerinin görev ve yetkilerinin idari işlem teorisi açısından değerlendirmek gerekir. Bu işlemler ağırlıklı olarak icrai olmayan idari işlemler niteliğindedir. Ancak bu işlemlerin de yeni bir hukuki durum yaratma, öznel sonuç doğurma hallerinde icrailik kazanacağını da vurgulamak gerekmektedir. Başkanlıkların özellikle rapor hazırlamak, veri hazırlama, teklif sunmak, taslak hazırlamak gibi işlemleri icrai nitelikte değildir. Bu çerçevede Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı'nın görev ve yetkilerinin büyük ölçüde icrai nitelikte değildir. İlgili düzenlemeye baktığımızda "teklif taslağı hazırlamak", "inceleyerek rapor hazırlamak", "araştırma ve incelemeler yapmak", "istatistik verileri hazırlamak" gibi görevleri icrai nitelikte olmayan işlemlere örnek olarak verebiliriz (m. 6).¹¹⁴

Doğrudan Başkanlığa bağlı idari birimler olabileceği gibi Başkanlığa bağlı idari birimlere bağlı alt idari birimlerin de işlemleri olabilir.¹¹⁵ Örneğin Danıştay kararına konu olan bir olayda maluliyet maaşı bağlanması hususunda dilekçe komisyonuna başvurulması ve Komisyon tarafından ret edilmesi işlemine karşı idari yargı komisyon kararı "yasama tasarruflarının idari davaya konu edilemeyeceği gerekçesiyle" yasama işlemi olarak görülmüştür.¹¹⁶ Hâlbuki Dilekçe Komisyon kararının maddi anlamda irdelenerek karar verilmesi somut olayda daha doğru niteliktedir. Komisyon kararının salt yasama işlemi olarak görülüp ret edilmesi uygun değildir. Örneğin yine 3620 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Dış İlişkilerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun çerçevesince kurulan dostluk grubunun da idari makam olmadığı somut bir Danıştay kararı ile ifade edilmiştir.¹¹⁷ Bu çerçevede ifade etmek gerekir ki TBMM içinde Başkanlığa bağlı diğer alt birim işlemleri de kural olarak yasama işlemi niteliğindedir. Danıştay bazı kararları ile organik anlamda idare kavramına dâhil etmediği komisyon kararlarına dayalı TBMM Başkanlığı işlemlerini idari işlem olarak görmektedir.¹¹⁸ Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde bu işlemleri idari işlem olarak kabul etmiş ve idari idare hukuku kurallarına göre birer idari tasarruf olduğunu vurgulamıştır.¹¹⁹

Komisyon iradelerinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin bazı atama işlemleri karma komisyonlar tarafından yerine getirilebilir. Örneğin Kamu Başdenetçisi Genel Kurul tarafından atanmaktadır. Bu atama işleminin organik ölçüte göre yasama işlemi kabulü doğrudur. Ancak kamu denetçileri, TBMM Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyon tarafından atanmaktadır. Organik ölçütünün yanı sıra maddi ölçütün esas alınması gerektiğinde komisyon işlemlerinin icrailik, öznel durumlar yaratma koşullarını sağlama şartıyla idari işlem olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.¹²⁰ Bu bağlamda Kamu Başdenetçisi ile denetçi atama işlemlerinin ayrı hukuki rejime tâbi olmasının herhangi bir sakıncası bulunmamakta; aksine, Genel

¹¹⁴ Diğer başkanlıklardaki görevler de benzer şekilde "uzmanlık hizmeti sunmak", "hazırlık çalışması yapmak", "bilgilendirmek", "tekliflerde bulunmak", "eş güdümü sağlamak" şeklindedir.

¹¹⁵ Eski bir örnek olarak TBMM Genel Sekreterliğine bağlı olarak "Milli Saraylar Daire Başkanlığı Koruma ve Değerlendirme Kurulu Saraylar Daire Başkanlığı Koruma ve Değerlendirme Kurulu verilebilir. Milli Saraylara ilişkin yetki ve görevler Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı'na verilmiştir. Başkanlık ise Cumhurbaşkanlığına bağlıdır.

¹¹⁶ Danıştay 5.Dairesi, K. 1954/225 (27 Ocak 1954).

¹¹⁷ "... Açıklanan nedenlere, "idari bir makam" olarak kabul edilemeyeceği tartışmasız olan TBMM Başkanlığının ve Türkiye-ABD Parlamentolararası Dostluk Grubu Olağanüstü Genel Kurulunun, Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu üyeliklerini yeniden belirleyen tasarruflarının idari yargı denetimine tabi tutulması söz konusu olamayacağından ...". Danıştay, K. 2007/5137.

¹¹⁸ Danıştay, K. 1987/1783.

¹¹⁹ AYM, K. 1962/121(26 Aralık 1962).

¹²⁰ Aksi düşünce için bkz. Yeşilyurt, "TBMM'nin Kamu Başdenetçisi", 130 vd.

Kurul iradesi ile komisyon iradesinin farklılaşmasına hizmet etmesi bakımından uygun olduğu kabul edilmelidir.

Bir Danıştay kararında da vurgulandığı üzere komisyonlar idari makam niteliğinde değildir: “ ... Bu haliyle TBMM genel kurulunun ve TBMM İç Tüzüğüne göre oluşturulmuş olan Plan ve Bütçe Komisyonunun Anayasa sistemimiz içinde "idari makam" olarak düşünülmesi hiç bir şekilde mümkün değildir...”.¹²¹ Ayrıca Genel Kurul, TBMM’yi temsil eden birincil organdır ve organik anlamda yasama öncelikle Genel Kurul ile somutlaşır. Komisyon iradesinin münferiden bir hukuki sonuç doğurması ve bir Genel Kurul iradesi haline gelmemesi nedeniyle maddi ölçüte göre değerlendirilmesi ve idari yargı denetimine tâbi olması yerindedir. Kurum’un doğrudan TBMM’ye bağlı olması, kendine bağlı bir kuruma üye seçmesi gibi argümanlar¹²² işlemin maddi alanda niteliğini değiştirmemektedir.

TBMM’nin düzenleyici işlemleri ile idari merciler oluşturulabilir. Örneğin Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik uyarınca “Değerlendirme Kurulu”¹²³ oluşturulması öngörülmüştür.¹²⁴ Bu mercilerin de idari işlemleri olabilir. Örneğin Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Kütüphane ve Arşiv Yönetmeliği uyarınca oluşturulan Kütüphane ve Arşiv Kurulu’nun görevlerinden birisi de “Kütüphane ve arşiv hizmetlerinden yararlanma ücretlerini tespit etmek”tir. Yine Türkiye Büyük Millet Meclisi Kültür, Sanat ve Yayın Kurulunun Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik uyarınca kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisi Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu’nun görevlerinden birisi de “Faaliyetlerinin organizasyonunu her yasama yılının sonuna kadar tamamlayacak şekilde gerekli tedbirleri almak” tır(m. 5/1-c). Bu görevler ise tipik bir düzenleyici işlem niteliğindedir. Ancak kolektif organların da bireysel işlemler yapabileceği unutulmamalıdır. Örneğin, Konut Tahsis Komisyonu tarafında konut tahsis işlemleri, disiplin kurulları tarafından verilen disiplin cezaları kolektif organlar tarafından verilen bireysel idari işlem niteliğindedir.

V. Yasama Organı İdari İşlemlerinin Yargısal Denetimine İlişkin Değerlendirmeler

Hukuk devleti ilkesi gereği “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” (m. 125). Yargısal denetiminin yanı sıra idari denetim de hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu çerçevede yasama organının idari işlemleri de idari ve yargısal denetime açıktır. Bu nedenle öncelikle İYUK m. 11 gereği idari başvuru yolu ile ilgili işlemin, kaldırılmasını, geri alınmasını, değiştirilmesini veya yeni bir işlem yapılmasını üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan istenebilir. Ancak bu başvuru zorunlu bir başvuru değil, ihtiyaridir. Bunun haricinde yasama organına yapılan başvurular İYUK m. 11 çerçevesinde idari başvuruların hukuki rejimine tâbidir.

Yasama organının idari işlemleri hem iptal hem de tam yargı davasına konu olabilir. Menfaati ihlal olanlar işlemin iptali, şahsi hakkı ihlal olanlar ise uğradıkları zararın tazmini amacıyla tam yargı davası açabilirler. Açılacak davalar bakımından genel görev ve yetki kuralları geçerlidir. Genel görev ilkesi gereği idare mahkemesi görevli olmakla birlikte yetki kuralları bakımından da İYUK’un hükümlerine tâbilik esastır.

¹²¹ Danıştay, K. 1987/785.

¹²² Bkz. Yeşilyurt, “TBMM’nin Kamu Başdenetçisi”, 130 vd.

¹²³ “Değerlendirme Kurulu, işe alım sürecinin mevzuata uygun olarak yürütülmesi, başvuruda bulunan adayların gerekli nitelikleri taşıyıp taşımadıklarının belirlenmesi ve yapılacak itirazların incelenerek karara bağlanması işlemlerini yerine getirir” (m.8/2).

¹²⁴ Ayrıca “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Proje Hazırlama, Geliştirme ve Uygulama Yönetmeliği” uyarınca düzenlenen “Koordinatör Başkanlığı”, “Türkiye Büyük Millet Meclisinde Basın ve Yayın Mensuplarının Çalışmaları Hakkında Yönetmelik” uyarınca oluşturulan “Basınla İlişkiler Kurulu”; Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Kreş, Gündüz Bakımevi ve Anaokulu Yönetmeliği” uyarınca kurulan “Koordinasyon ve Değerlendirme Kurulu,” Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Kütüphane ve Arşiv Yönetmeliği” uyarınca oluşturulan “Kütüphane ve Arşiv Kurulu”, Türkiye Büyük Millet Meclisi Kültür, Sanat ve Yayın Kurulunun Çalışma Esas Ve Usulleri Hakkında Yönetmelik” uyarınca kurulan “Türkiye Büyük Millet Meclisi Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu” örnek olarak verilebilir.

Taraf ehliyeti bakımından da genel kurallar esastır. Bu çerçevede menfaati ihlal edilenler veya şahsi hakları ihlal olanlar davacı kimliği ile dava açabilirler. Özellikle TBMM’de istihdam edilen kamu görevlileri özlük haklarına ilişkin konularda davacı sıfatıyla dava açabilmektedir.¹²⁵ Örneğin TBMM’de büro şefi olarak görev yapan kişi tarafından ikamet etmekte olduğu *davalı idareye* ait lojmanın tahliyesine yönelik olarak tesis edilen işlemin iptal istemiyle açılmıştır.¹²⁶ Bir başka örnekte TBMM Baştabipliğinde sözleşmeli kadın hastalıkları uzmanı olarak görev yapan davacı, sözleşmesinin yenilenmemesi işlemine karşı dava açmıştır.¹²⁷

TBMM üyesi veya emekli milletvekilleri menfaat ihlali koşulunun sağlanması şartıyla davacı olabilir. Örneğin yasama organı eski üyesi olan davacının, tedavisinde kullanılmak üzere yurtdışından getirtilen ilaç bedelinin ödenmemesine ilişkin Genel Sekreterlik işlemine karşı dava açmıştır.¹²⁸ Yine Milletvekilli eşleri davacı sıfatıyla dava açabilir. Örneğin ilk eşi milletvekili olan davacı 3671 sayılı Kanun uyarınca tazminat verilmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali amacıyla dava açmıştır.¹²⁹ Bunun haricinde vatandaşların da teorik olarak bazı işlemlere karşı dava açması olasıdır. Danıştay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta ise TBMM’nin hâlen üyesi olan milletvekillerine 15.07.2007 tarihinde üç aylık dönem için peşin olarak ödenek ve yolluk ödenmesine ilişkin işlemin iptal istemiyle serbest çalışan bir avukat tarafından dava açılmıştır. Danıştay uyuşmazlıkta menfaat ihlali koşulunu irdelemiş ve menfaat ihlali koşulunun katı uygulanmasının işlemin yargı denetiminden kaçınmasına neden olmaması gerektiğine işaret etmiştir.¹³⁰

Yasama organının idari işlemleri çerçevesinde davalı TBMM Başkanlığı’dır. Başkanlık içinde farklı birimlerin işlemlerinde de husumet TBMM Başkanlığı’na yöneltilmelidir. Buna göre doğrudan TBMM Başkanlığı’nın, Genel Sekreterliğin, Başkanlık Divanı’nın, Başkanlığa bağlı idari birimlerin işlemlerine karşı açılan idari davalarda husumet TBMM Başkanlığı’na yöneltilmelidir.¹³¹ Bu kapsamda iptal ve tam yargı davaları TBMM Başkanlığı’na karşı açılabilir.¹³² Örneğin Genel Sekreterliğin konut tahliyesine ilişkin davada husumet TBMM Başkanlığı’na yöneltilmiştir.¹³³ Yine bir soru önergesine verilen cevapta kendisi hakkında geçen ifadelerin silinmesi yönündeki başvurunun TBMM Başkanlığı’nca reddi davasında husumet TBMM Başkanlığı’na yöneltilmiştir.¹³⁴ Danıştay kararlarındaki “davalı idare” vurgusu¹³⁵ ise yasama organının organik anlamda idare kapsamında değerlendirilmesinden ziyade maddi anlamda idari işlemin öznesini ifade etmenin bir yolu olarak görülmelidir.¹³⁶

Milletvekillerinin statüsüne, özlük haklarına ilişkin işlemler de yapılabilir. Bu nedenle milletvekillerine yönelen işlemler bakımından milletvekilleri de davacı sıfatı ile dava açabilirler. Örneğin Danıştay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta bir milletvekili eşinin hastane masraflarının

¹²⁵ Örneğin, “TBMM Baştabipliği’nde biyolog olarak görev yapan kişi, 5283 sayılı Kanun uyarınca standardı aşan personel olarak belirlenerek Sağlık Bakanlığı’na bağlı Ankara Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi’ne sağlık teknisyeni olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının ödenmesine hükmedilmesi istemiyle dava açmıştır. Danıştay, K. 2009/3946.

¹²⁶ Danıştay, K. 2016/4432 ; “intibakının yeniden yapılması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemde memur”, Danıştay, K. 1990/362; “ tazminat ödenmesi isteminin reddine ilişkin işlemde kamu görevlisi, Danıştay, K. 1999/5382 ; “TBMM’de bahçıvan olarak çalışan kişinin ücretinden kesilen vergilerin geri verilmesi talebinin reddi işleminde...”. Danıştay, K. 1951/334.

¹²⁷ Danıştay 12. Dairesi, K. 1999/651(20 Mart 1999).

¹²⁸ Danıştay, K. 2006/781.

¹²⁹ Danıştay, K.1999/5382.

¹³⁰ Danıştay, K. 2007/7002.

¹³¹ Danıştay, K. 2006/781; DDDGK, K. 1947/46; Danıştay, K. 2009/3946.

¹³² Gözübüyük - Tan, 877; bkz. DDDGK, K. 1947/46; Danıştay, K. 2009/3946.

¹³³ Danıştay, K. 2016/4432.

¹³⁴ Danıştay, K. 2010/6186.

¹³⁵ Örneğin, Danıştay, K. 2016/4432.

¹³⁶ 1961 Anayasası döneminde çift meclis sistemi benimsendiği için husumetin Cumhuriyet Senatosu’na karşı yöneltildiği durumlar da haliyle bulunmaktaydı. Örneğin Cumhuriyet Senatosu genel sekreterliğini yürütmekte iken emekliye sevk edilen kişinin emeklilik işlemine karşı husumet Cumhuriyet Senatosu’na yöneltilmiştir. DDDGK, K. 1968/271.

ödenmesi talebinin reddi işlemine karşı dava açmıştır.¹³⁷ Yasama organının atama işlemlerinin muhatapları da tipik davacı olarak karşımıza çıkabilmektedir.¹³⁸

Sonuç

Yasama organının yasama fonksiyonuna giren işlemlerinin yanı sıra idari fonksiyona dâhil işlemleri de bulunmaktadır. Çünkü yasama faaliyetleri açısından bir tür “yasama içi düzen” diyebileceğimiz bir düzen bulunmakta ve bu düzenin sağlanması için idari işlemlerin yapılması gerekmektedir. Özellikle bu düzenin sağlanmasında önemli rol oynayan kamu görevlilerinin statüsüne ilişkin işlemler, iç düzenin ilkelerinin belirlenmesine ilişkin işlemler idari işlem niteliğindedir. Salt organik ölçüte göre yasama organı işlemlerini idari fonksiyona dâhil etmek mümkün değildir. Ancak hukuk devleti ilkesi gereği devlet faaliyetlerinin hukuka uygun ve yargı denetimine tâbi olması gerekmektedir.

Yasama organının iç organizasyonunda birçok birim bulunmaktadır. Bu organizasyon içinde Genel Kurul ayrı tutularak bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Çünkü Genel Kurul milletvekillerinden oluşmakta ve demokratik çoğulculuğu temsil etmektedir. Özellikle yapılan atamalarda “çoğulcu siyasi kimliği ile atama yapma tercihine” saygı duyulmalıdır.

Yasama organının idari işlemlerinin tespit edilmesinde Genel Kurul işlemleri açısından organik ölçütün esas alınması, diğer yasama birimlerinin işlemlerinde ise organik ölçütün yanında maddi ölçüte göre değerlendirilme yapılması gerekmektedir. Genel Kurul işlemleri açısından bu değerlendirmeyi yapmamızın nedeni maddi ölçüte göre idari işlem niteliğindeki bazı işlemlerin anayasa ve yasa koyucu tarafından salt yasama iradesi olarak tecelli etmesi arzusunun bir gereğidir. Bu işlemlerin yasama işlemi olarak kabul edilmesi ile Genel Kurul ile somutlaşan iradenin yargısal denetime tâbi tutulmama isteği olduğunu düşünmekteyiz. Kaldı ki anayasa koyucu Genel Kurul işlemlerinin hangilerinin yargısal denetime tâbi tutulmasını belirlemek isteseydi bunu üyeliğin düşmesi, yasama dokunulmazlığının kaldırılması örneklerinde olduğu gibi somut olarak düzenleyebilirdi.

Ölçütler çerçevesinde idari fonksiyona dâhil işlemlerin tespit edilmesi mümkün olsa da bir çözüm olarak TBMM organlarının idari işlem olarak kabul edilen işlemlerinin idari yargı denetimine tâbi olduğu somut olarak düzenlenmesi daha uygun olacaktır. Anayasa gereği bazı organ ve kurullara üye seçme görevi yasama organına verilmiştir. Bu yönde bir tercihin yasama organının temsili demokrasinin bir gereği olarak milli egemenliği temsil etmesi ve bazı üye seçim işlemlerinin çoğulcu demokrasi ilkeleri çerçevesinde müzakereci bir usulle yapılma istediğidir. Özellikle üye seçim işlemlerinin salt yasama iradesi olarak kabul edilmesi ve salt organik kriterin esas alınarak idari işlem olarak değil yasama işlemi olarak kabulü bu demokratik iradenin de bir gereği olarak kabul edilmelidir.

¹³⁷ Danıştay, K. 2016/1695.

¹³⁸ Örneğin 1961 Anayasası döneminde görevine başladığı tarihten itibaren aylık ve ödeneklerinin ita amiri sıfatıyla Millet Meclisi Başkanlığı’nca verilmemesi işlemine karşı Sayıştay başkanı tarafından dava açılmıştır. Bkz. Danıştay K.1978/4239.

Kaynakça

- Akyılmaz, Cemil vd. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Yayınevi, 2006.
- Bakırcı, Fahri. *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*. Ankara: İmge Kitabevi, 2000.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Çapar, Asuman. "İdare Hukuku Boyutuyla Milletvekillerine Verilen Disiplin Cezalarının Hukuki Niteliği ve Bunlara Karşı Yargısal Başvuru". *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5/1 (Haziran 2023), 191-241. <https://doi.org/10.47136/asbuhfd.1266833>
- Çekiç, Onur. "Türk Parlamento Hukukunda Yasama İşlemi Türleri ve diğer (İsimsiz) Yasama Türleri". *Yasama Dergisi*, 12 (Ağustos 2009), 107-135.
- Çıtak, H. Alperen/Murat, Erdoğan. "Yasama Tekniğinde Yeni Bir Eğilim: Kanun Formunda Bireysel İdari İşlemler". *Ankara Barosu Dergisi*, 4 (Temmuz 2012), 257-275.
- Erkut Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara: Danıştay Yayınları, 1990.
- Eşen, Hamit. "Parlamento Hukuku Açısından Başkanlık Divanı'nın Konumu, Görevleri ve Yetkileri". *Yasama Dergisi*, 4 (Ocak 2007), 5-26.
- Gözler, Kemal - Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2022.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2011.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2018.
- Gözübüyük, Şeref - Tan, Turgut. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayıncılık, 2013.
- İba, Şeref. *Türkiye'de Meclis Başkanlığı ve Başkanlık Divanı*. Ankara: Nobel Yayın ve Dağıtım, 2001.
- İba, Şeref. "Türk Parlamento Hukukunda Milletvekillerinin Kural-Dışı Tutum ve Davranışları ve Disiplin Cezası Uygulamaları", *AÜSBF Dergisi*, 57/1 (Ocak 2022), 35-53. https://doi.org/10.1501/SBFder_0000001707
- Karahanogulları, Onur. *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Nohutçu, Ahmet - Özın, Nazlı Ece. "TBMM Tarafından Devlet Kurumlarına Üye Atanması İşleminin Hukuki Rejimi". *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2 (Temmuz 2015), 59-71. <https://doi.org/10.32002/ombudsmanakademik.439075>
- Özay, İl Han. "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu". *İÜ SBF Dergisi*, 10 (Ocak 1995), 59-60.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.
- Teziç, Erdoğan. *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.
- Teziç, Erdoğan. *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*. İstanbul: İ.Ü.H.F. Yayını, 1972.
- Ulusoy, Ali D. *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Yeşilyurt, Nazile İrem. "TBMM'nin Kamu Başdenetçisi Seçme İşlemlerinin Yargısal Denetimi Üzerine Bir Çözümleme". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 107 (Ağustos 2003), 119-142.
- Yıldırım, Turan vd. *İdare Hukuku*, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013.

Yücel, Bülent. "Hukuki İşlemlerin Sınıflandırılması Bakımından Yasama- İdare İşlevi Ayırımı ve Yasama Organının İdari İşlemleri". *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 4/1 (2004), 1-17.

Mahkeme Kararları

AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 1991/21(11 Temmuz 1991). www.hukukturk.com

AYM, Anayasa Mahkemesi. K.1996/43 (20 Kasım 1996). www.hukukturk.com

AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 1978/43(22 Haziran 1978). www.hukukturk.com

AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 1962/121(26 Aralık 1962). Aktaran, Teziç, Erdoğan. Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980, 48.

Danıştay 1. Dairesi, K. 1989/67 (24 Nisan 1989). www.kazancı.com.tr

Danıştay 1. Dairesi, K. 1990/249 (4 Ekim1990). www.kazancı.com.tr

Danıştay 3. Dairesi, K.1978/894 (18 Temmuz 1978). www.hukukturk.com

Danıştay 4. Dairesi, K. 1951/334 (29 Ocak1951). Aktaran, Bahtiyar Akyılmaz v.d., Türk İdare Hukuku (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 880, dn.1567.

Danıştay 5. Dairesi, K. 1987/785 (16 Aralık 1987). www.hukukturk.com

Danıştay 5. Dairesi, K. 2009/3946 (22 Haziran 2009). www.hukukturk.com

Danıştay 5. Dairesi, K. 2007/72 (24 Ocak 2007). www.hukukturk.com

Danıştay 5. Dairesi, K.1978/4239 (27 Aralık 1978). Aktaran, Yücel, Bülent. "Hukuki İşlemlerin Sınıflandırılması Bakımından Yasama- İdare İşlevi Ayırımı ve Yasama Organının İdari İşlemleri". *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 4/1 (2004), 10.

Danıştay 5. Dairesi, K. 1990/362(28 Şubat 1990)Danıştay 5. Dairesi, 28.02.1990, E. 1988/3179, K. 1990/362. www.hukukturk.com

Danıştay 5. Dairesi (Danıştay), K. 1987/1783 (6 Aralık 1987). Aktaran, Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, İdare Hukuku (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 166, dn. 315.

Danıştay 5. Dairesi, K. 2006/5960(24 Ocak 2007). Aktaran, Nohutçu, Ahmet - Özin, Nazlı Ece. "TBMM Tarafından Devlet Kurumlarına Üye Atanması İşleminin Hukuki Rejimi". *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2 (Temmuz 2015), 67.

Danıştay 5.Dairesi, K. 1954/225 (27 Ocak 1954). Akyılmaz v.d., Türk İdare Hukuku, 877, dn. 1554.

Danıştay 6. Dairesi, K.1996/929 (28 Şubat 1996). www.kazancı.com.tr

Danıştay 10. Dairesi, K. 2007/5137 (13 Kasım 2007). www.kazancı.com.tr

Danıştay 10. Dairesi, K.1999/5382 (2 Aralık1999). www.kazancı.com.tr

Danıştay 11. Dairesi, K. 2006/781(22 Şubat 2006). www.hukukturk.com

Danıştay 11. Dairesi, K. 2006/781(22 Şubat 2006). www.kazancı.com.tr

Danıştay 11. Dairesi, K. 2016/4432(22 Kasım 2016). www.hukukturk.com

Danıştay 11. Dairesi, K. 2007/7002(25 Eylül 2007). www.hukukturk.com

Danıştay 12. Dairesi, K. 1999/651(20 Mart 1999). www.hukukturk.com

Danıştay 15. Dairesi, K. 2016/1695 (14 Mart 2016). www.hukukturk.com

Danıştay Dairei Umumi Heyeti, K. 1953/42(03 Mart1953). Aktaran, Gözübüyük - Tan, İdare Hukuku,167, dn.319.

DDDGG, K. 1968/271(06 Mart 1968). Aktaran, Akyılmaz v.d., Türk İdare Hukuku, 880, dn.1565.

Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu (DDDGG), K. 1947/46 (16 Haziran 1947). Aktaran, Akyılmaz v.d., Türk İdare Hukuku, 877, dn.1554.

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

16. Yüzyıl Üsküdar'ında Evliliğin Sona Erme Halleri

Termination of Marriage in 16th Century Üsküdar

Seval Kılıç 

İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk
Fakültesi İstanbul, Türkiye,
seval.kilic@icloud.com,
ror.org/05j1qpr59



Geliş Tarihi/Received: 28.10.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 07.01.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
07.02.2025

Öz: Bu çalışma İslam aile hukukunun bir parçası olan boşanma ve diğer ayrılık nedenlerini 16. yüzyıl Osmanlı şer'iyye sicilleri kapsamında incelemektedir. İncelemede esas alınan bölge Üsküdar'dır. Müslüman ağırlıklı karma bir nüfus yapısına sahip olan Üsküdar'da bahsi geçen yüzyılda evliliğin sona erme halleri toplumsal düzeni ve İslam hukukunun bu düzene etkisini anlama bakımından da önemlidir. Çalışmada öncelikle erkeğin tek taraflı iradesi ile sonuç doğuran boşanma türü olan talâk ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Sonrasında bir nevi anlaşmalı boşanma türü olan ve sicillerde daha sık karşımıza çıkan muhâlea ve uygulamada görülen nitelikli halleri irdelenmiştir. Devamında sicillerde çok sık karşımıza çıkmayan ancak evliliğin sona ermesi ile sonuçlanan tefrik ve fesih halleri sicil kayıtları etrafında değerlendirilmiştir. Çalışmanın son kısmında ise İslam hukukuna ait olan bu müesseselerin gayrimüslimlere tatbiki analiz edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Talâk, Talâk-ı Selâse, Muhâlea, Beynûnet-i Kübrâ, Hüsn-i Zindegâni, İddet

Abstract: This study examines divorce and other causes of separation, which are part of Islamic family law, within the framework of 16th-century Ottoman court records (şer'iyye sicilleri). The region selected for this analysis is Üsküdar. In Üsküdar, which had a predominantly Muslim mixed population, the cases of marital dissolution in the mentioned century are significant in terms of understanding social order and the influence of Islamic law on this order. In this study, the type of divorce that results from the unilateral will of the husband, known as talâk, is examined in detail. Subsequently, muhâlea, a type of divorce akin to a consensual separation and more frequently encountered in court records, is discussed, along with its notable applications in practice. Following this, the less frequently encountered cases of tefrik and fesih, which also result in the termination of marriage, are evaluated based on the court records. In the final part of the study, the applications of these Islamic legal provisions to non-Muslims are analyzed.

Keywords: Talâk, Talâk-ı Selâse, Muhâlea, Beynûnet-i Kübrâ, Hüsn-i Zindegâni, İddah

Extended Abstract

The institution of divorce has held a significant place within legal systems throughout history, with varying degrees of regulation depending on cultural, social, and religious contexts. In many early societies, legal systems ranged from completely prohibiting divorce to allowing it with minimal restrictions. During the rise of Islam in the 7th century, religious traditions like Christianity and Judaism made divorce almost impossible. However, Islam introduced a more nuanced perspective, allowing both men and women to initiate divorce under specific conditions, though male-initiated divorce (*talâk*) was notably more accessible. Pre-Islamic practices permitted men to divorce their wives without limitations, often placing women in precarious social and economic positions. Islamic law, however, imposed a structured three-time limit on divorce. This meant that after three declarations of *talâk*, reconciliation was only permissible if the woman married and divorced another man first, a stipulation aimed at preventing impulsive or unjustified divorces.

This study focuses on the implementation of these legal principles within the context of 16th-century Ottoman society, specifically through an examination of court records from the Üsküdar Sharia Court. These records serve as a crucial historical resource, offering insight into how Islamic and Ottoman

divorce laws were practically applied. Unlike theoretical legal texts, court records reveal the real-world dynamics between spouses seeking divorce and the variety of claims brought forth by men and women. Both men and women petitioned the court for rights related to divorce, including financial settlements, highlighting that men were also motivated to claim economic benefits. In many cases, verdicts favored the petitioner based on the evidence presented, though outcomes varied according to each case. A consistent observation was the court's adherence to Hanafi jurisprudence, the dominant school of thought within the Ottoman Empire, which shaped the legal approach to divorce proceedings and shaped case outcomes.

A notable pattern in these records is that, contrary to some common assumptions, men actively sought to protect their financial interests alongside women. Women frequently demanded dowries (*mahr*) and maintenance, while men commonly referenced *muhâlea* (a form of negotiated divorce) as a means to divorce their spouses without financial liability. In a *muhâlea*, a woman could initiate separation by renouncing her financial rights or offering compensation to her husband. This arrangement, seen as a woman's right to initiate divorce, has deeper complexities in practice, as records reveal cases where *muhâlea* was modified to better suit each situation, demonstrating the flexibility of this legal mechanism.

Another crucial concept in 16th-century Ottoman divorce was the conditional *talâk*, which women utilized to protect their rights in situations where their husbands' actions could harm them or the marriage. Conditional *talâk* allowed the marriage to dissolve automatically upon the occurrence of a specified event, such as abandonment or abusive behavior by the husband. This conditional agreement also served as an oath; breaking it carried moral and legal consequences, underscoring the gravity of marital commitments in Islamic law. In Ottoman courts, conditional *talâk* served as a safeguard for women, particularly in cases where traditional divorce pathways were unavailable. Husbands, sometimes under judicial encouragement, issued conditional *talâk* as a form of protection for their wives against potential mistreatment. Moreover, historical records indicate that conditional *talâk* was culturally accepted and not restricted to marital disputes, as it was also used in non-marital family matters, showing the adaptability and relevance of this mechanism in various social contexts.

The Ottoman court records additionally highlight the practice of *talâk-ı selâse*, or triple *talâk*, wherein all three declarations of *talâk* were issued simultaneously. Predominantly accepted within the Hanafi school, this practice sought to reinforce separation by issuing an irrevocable divorce. Triple *talâk* appears in conjunction with conditional *talâk* and *muhâlea*, often as a means to decisively end the marriage and prevent future reconciliation. This application reflected the legal and cultural preference for clear, enforceable separations when marriage dissolution was deemed necessary.

The issue of *tafriq*, or court-ordered divorce, is also evident in the Üsküdar records, though its application in Ottoman society was limited due to the narrow interpretation within Hanafi jurisprudence. Grounds for *tafriq* were minimal, typically restricted to cases of impotence or chronic illness that affected marital harmony. Only one case related to *tafriq* appears in the records, and even its classification as true *tafriq* is debatable. A particularly significant example of *tafriq* is the situation of a Muslim convert whose husband did not convert, raising questions about whether their marriage should end by *talâk* or annulment (*fasakh*). By the 16th century, Hanafi scholars tended to view such cases as grounds for annulment, yet interpretations varied across time and context, revealing evolving attitudes within Islamic jurisprudence.

Another legal concept addressed in these records is the waiting period (*iddah*) imposed on women following divorce or the death of a spouse. *Iddah* served to clarify lineage and protect women's rights, and the strict observance of this waiting period reflects its significance in Islamic family law. The records contain cases where women who remarried during *iddah* faced legal disputes over the validity of the second marriage, highlighting jurists' commitment to enforcing this requirement. This demonstrates

that even after a marriage ended, women in *iddah* were bound by marital rules, underscoring the institution's integral role in managing family and social relations.

Lastly, the records shed light on non-Muslims in the Ottoman Empire who, despite their different religious backgrounds, sometimes used Islamic courts to dissolve marriages. Non-Muslim cases were often resolved based on either Islamic law or the individuals' own religious laws, as documented in the court records. Ottoman courts issued rulings on dowries, maintenance, and child support, indicating a level of inclusivity and adaptability within the Ottoman judicial system. These rulings underscore the court's commitment to protecting the financial and familial rights of women and children, regardless of religious background, within the framework of Islamic law.

Giriş

Evlilik ve evliliğin sona ermesine ilişkin kurallar tarihin eski devirlerinden itibaren hukuk düzeninin bir parçası olmuştur. Çalışmanın konusu olan evliliğin sona ermesi halleri, İslam hukukunda etraflıca düzenlenmiştir. Bu mesele, Kuran ve sünnette yer almakla birlikte hukukçular tarafından ciddi bir şekilde ele alınmış, fıkhnın önemli bir parçası haline gelmiştir.

Osmanlı uygulamasında evliliğin sonra ermesi halleri, tahmin edileceği üzere Hanefi mezhebi üzerine temellendirilmiştir. Bununla birlikte fıkıh eserlerinde detaylı bir şekilde incelenen bazı meselelere toplum içinde pek karşılaşılmamış, bazılarına ise sıklıkla rastlanmıştır. Çalışmanın özü sicillerde karşımıza çıkan evliliğin sona erme halleridir. Bu nedenle sicillerde rastlanılmayan meselelere ağırlık verilmemiştir.

Bu çalışma beş bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde İslam hukukunda evliliğin sona ermesinin ilk ve temel çeşidi olan erkek tarafından yapılan boşama işlemi yani talâk incelenmiştir. Sicillerde dikkat çeken ilk husus, mezhepler arasında tartışmalı olan ve Hanefi mezhebinin hüküm bağladığı, aynı anda üç talâk ifadesinin söylenmesi ya da kayda geçirilmesidir¹. Talâk-ı selâse denilen bu uygulamaya genellikle erkeklerin eşleriyle tekrar bir araya gelmeyeceklerini teminat altına almak için başvurdukları anlaşılmıştır.

Talâk bahsinde ele alınan bir diğer husus, talâkın geciktirici bir şarta ya da vadeye bağlanmasıdır. Uygulamada uzağa giden eşin belirli bir süre içinde dönmezse veya bir daha içki içmesi ya da eşine kötü muamelede bulunması halinde talâk vermiş sayılacağına ilişkin şartlara rastlanmıştır. Bunun yanında evlilikle alakalı olmayan, bir borç ilişkisi ya da ceza davasında kişinin, borcunu ödeyeceğini ya da bir daha ceza gerektiren eylemi işlemeyeceğine dair verdiği yemini kuvvetlendirmek maksadı ile eşinden boş olacağına dair şart vermesine de rastlanılmış ve konu ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde karşılıklı rıza ile evlilik birliğinin sona ermesi olan muhâlea incelenmiştir. Sicillerde kadının talebiyle de evlilik birliğinin sona erdiği bu boşanma türüne sıklıkla rastlanmıştır. Kadın ya da erkek tarafından başlatılan bu süreçte boşanma genellikle kadının evlilik birliğinden doğan maddi haklarından vazgeçmesi ile sonuçlanmıştır. Kadının ya da erkeğin maddi haklardan vazgeçme dışında ayrıca bir bedel vererek boşandığı durumlara da rastlanmıştır. Çalışılan sicillerde bahsedilen durumların yanında erkeğin talâk verebileceği halde muhâlea sözleşmesi yaptığı kayıtlar önem arz etmektedir. Bu kayıtlara ve erkeğin neden bu yola başvurduğuna ilişkin kanaatimiz ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde mahkeme kararıyla evliliğin sona ermesi anlamına gelen tefrik usulü irdelenmiştir. Hanefi mezhebinin tefrik konusundaki dar yorumu 16. yüzyıl Üsküdar sicillerine de

¹ İbn Rüşd, *Bidayetü'l Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid: Mezhepler Arası Mukayeseli İslam Hukuku*, çev. Ahmed Meylani (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2015), 2/430-436; Serahsi, *Mebcut*, ed. Mustafa Cevat Akşit (Gümüşev Yayıncılık, 2008), 6/138.

yansımıştır. Bu mezhepte sadece cinsel hastalıklar ve iktidarsızlığın tefrik nedeni² olarak görülmesinden dolayı nadir kayıt bulunmuştur.

Dördüncü bölümde nikâh akdinin hukuken geçerli olmasını sağlayan çeşitli koşullardan birindeki eksiklik nedeniyle evliliğin sona ermesi hali olan fesih değerlendirilmiştir³. Sicillerde özellikle bulug muhayyerliği, iddet bitmeden yapılan ikinci evlilik ve elfâz-ı küfr denilen dine hakaret konuları ağırlıklı olarak fesih nedeni sayılmıştır.

Son olarak gayrimüslimlerin, din ve ibadet özgürlüğü kapsamında yer alan, ahval-i şahsiyeden sayılan ve dini liderlerinin hakkında hüküm verme yetkisi bulunan boşanma⁴ hususunda kendi mahkemeleri yerine şeriye mahkemelerine başvurusu sicillerde yer alan örneklerden hareketle tetkik edilmiştir.

Yapılan bu çalışma klasik dönem Osmanlı aile hukukunu teorik ve pratik bütün tartışmaları ile ele almak değil, geçmişten beri muhafazakâr toplum yapısı ile bilinen Üsküdar özelinde 16. yüzyılda evliliklerin sona ermesini hukuki bir perspektiften değerlendirmektir. Bu minvalde çalışmada kullanılan kaynaklardan ilki ve en önemlisi İsam, Medipol Üniversitesi ve Kültür AŞ tarafından ortaklaşa hazırlanan 100 ciltlik Şer'iyye Sicillerinden 10 adet 16. yüzyıl Üsküdar Mahkemesi sicilidir. Fıkhi kaynak olarak dönemin hukuk anlayışını ve mahkeme kayıtlarını daha iyi anlamlandırmak amacıyla 16. yüzyılda dönemin hukukçuları tarafından kullanılan fıkıh eserlerinden faydalanılmıştır. Yine bu yüzyıla ait olan fetva mecmuaları ve mühimme defterleri de başvuru kaynakları arasındadır. Murteza Bedir'in yürütücüsü olduğu "*Osmanlı Hukukunu Kurmak: Fetva ve Risaleler Işığında 16. Yüzyıl Osmanlı Hukuku*" isimli TÜBİTAK projesini zikretmekte yarar vardır. Proje ve dolayısıyla web sayfası, fetva ve risalelere dijital ortamda ulaşma kolaylığı sağlaması bakımından literatüre önemli katkıda bulunmuştur. Son olarak, dönemi araştıran günümüz müelliflerin eserlerinden de faydalanılmıştır. Özellikle Mehmet Âkif Aydın'ın *Osmanlı Aile Hukuku* isimli eseri bu alandaki temel kaynaklardan birisidir. K. N. Ahmad'in "*The Muslim Law of Divorce*" adlı, geçmişten günümüze İslam hukukunda evliliğin sona ermesini inceleyen hacimli eseri de bu alandaki önemli başvuru kaynaklarındandır.

Talâk

Kelime anlamı olarak serbest bırakmak, bağını koparmak gibi anlamlara gelen talâk⁵, İslam hukukunda erkek tarafından yapılan boşama işlemini ifade etmek için kullanılmıştır. Kuran-ı Kerim ve Hz. Peygamber'in sünnetinde talâk işlemi ayrıntılı biçimde açıklanmış ve uygulanmıştır. Talâk daha sonraki dönemlerde İslam fıkının önemli bir konusunu oluşturmuş ve fakihler tarafından çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Ayrımlardan ilki Kuran ve sünnete uygunluk açısından yapılmıştır. Buna göre genel olarak Kuran ve sünnete uygun olan sünnî talâk ve uygun olmayan bid'i talâk olarak izah edilmiştir⁶. Fıkıh eserlerinde en çok değerlendirilen ve yorum getirilen bu ayrım olmasına karşın uygulamada karşılığı en çok bulunan, hukuki olarak sonuçlarına farklı hüküm bağlanan ric'i ve bâin talâk ayrımıdır. Bu nedenle çalışmanın devamında bu ayrım üzerine inceleme yapılmıştır.

² Halil Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976), 88.

³ M. Âkif Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku* (İstanbul: Klasik, 2020), 105.

⁴ M. Âkif Aydın, *Osmanlı Hukuku- Devlet-i Aliyye'nin Temeli* (İstanbul: İSAM, 2020), 293-294.

⁵ Hayreddin Karaman - Bekir Topaloğlu, *Arapça-Türkçe Yeni Kamus* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2021), 246.

⁶ Fıkıh eserlerine göre talâk üç çeşittir: 1. Sünnî Ahsen: Erkeğin eşi ile cinsel münasebette bulunmadığı ve kadının âdet döneminde olmadığı bir zamanda eşini bir talâk ile boşaması ve eşin iddeti bitene kadar ona dönmemesidir. 2. Sünnî Hasen: Erkeğin daha önce cinsel beraberliği olduğu eşini cinsel münasebette bulunmadığı üç temizlik halinde birer talâkla boşamasıdır. 3. Bid'i: Erkeğin eşini tek seferde üç ya da iki talâk ile boşaması veya cinsel münasebette bulunduğu temizlik evresinde bir ya da iki kere boşaması veyahut âdet döneminde iken boşamasıdır. İbrahim Halebi, *Şerh-i Mülteka el-Ebhur (Mevkufat)*, çev. Nedim Yılmaz (İstanbul: İlmi Neşriyat, 1993), 2/182-183; Molla Hüsrev, *Gurer ve Dürer Tercümesi (İslam Fıkhi ve Hukuku)*, çev. Arif Erkan (İstanbul: KİT-SAN Matbaacılık, 1980), 2/163-165; Ebü'l-Hasan Burhanüddin Ali b Ebu Bekir Merginani, *Delilleriyle Hanefi fıkhi: el-Hidaye* (İstanbul: Kahraman Neşriyat, ts.) (Erişim 10 Şubat 2024), 2/59-63.

A. Ric'i ve bâin talâk

Ric'i ve bâin talâk, İslam-Osmanlı hukukunu inceleyen günümüz müelliflerinin eserlerinde boşanma meselesinin temel ayrımı olarak karşımıza çıkmaktadır⁷. İlk olarak ric'i talâktan bahsedilecek olursa, bu talâk türünde koca eşinin ayrılma iradesinin olup olmadığına bakmaksızın, kadının iddetini⁸ ve âdet dönemini gözeterek boşama işlemini gerçekleştirmekte, iddet içerisinde yine eşinden onay beklemeksizin evlilik birliğine geri dönebilmektedir⁹. Bu nedenle ric'i talâkta boşama eylemi icra edildikten sonra evlilik birliği tamamen ortadan kalkmamaktadır. Evliliğin tamamen sona erebilmesi için iddetin geçmesi gerekmektedir. İddet zarfında karı-kocalık devam ettiği için taraflardan birisi vefat ederse diğeri onun mirasçısı olmaktadır¹⁰. Ric'i talâkın nasıl yapılacağı Talâk Sûresi'nin ilk âyetine dayanır: *"Ey peygamber! Kadınları boşayacağınız zaman iddetlerini gözeterek boşayın ve bekleme sürelerini iyice hesap edin. Rabbiniz Allah'a saygısızlıktan sakının. Apaçık bir hayâsızlık yapmış olmadıkça onları evlerinden çıkarmayın, kendileri de çıkmasınlar. Bunlar Allah'ın koyduğu sınırlardır. Kim Allah'ın koyduğu sınırları aşarsa kendisine yazık etmiş olur. Bilemezsin ki; belki Allah bundan sonra yeni bir durum ortaya çıkarır"*¹¹.

Âyetin detaylarına bakıldığında, iddetin gözetilmesine oldukça önem verildiği göze çarpmaktadır. Uygulamada da Hz. Peygamber döneminde Abdullah b. Ömer, eşini âdet döneminde boşadığında Peygamber'in, eşini tekrar nikâhlayıp usulüne göre tekrar boşamasını emretmesi örnek olarak verilmiştir¹². Bunun yanında koca, eşini boşadığı zaman kadın ahlaka aykırı eylemler içerisinde değilse, onu evden çıkarmaması âyetin bir diğer önemli kısmıdır. Boşama işlemi geri alınabilir olduğu ve iddet içerisinde kadın başka kimse ile evlenemeyeceği için kadın, emniyet ve ekonomik açıdan zor durumda kalacaktır. Bunu önlemek maksadı ile kadının evden çıkarılmaması Allah'ın sınırları olarak kabul edilmiştir. Allah'ın sınırları kavramı daha sonra karı-koca olarak aynı ev içerisinde birlikte yaşama tahammülü ve uyumu (hüsn-i zindegânî, hüsn-i muâşeret) olarak algılanmıştır¹³.

Bâin (ayırıcı) talâk yani tekrardan nikâha gerek olan ayırıcı boşanma ise temelde dört şekilde gerçekleşmektedir. İlk olarak karı-koca arasında herhangi bir cinsel münasebet olmadan yapılan boşama işlemidir. Örneğin, erkeğin nikâh akdinin akabinde eşiyle tartışıp onu boşaması bâin talâktır. İkincisi, boşanmanın bedel karşılığında gerçekleştiği muhâlea ya da hul' işlemidir. Bu boşanma türü fakihler tarafından bâin talâk olarak kabul edilmiştir. Üçüncüsü, iddet içerisinde eşe rücu edilmemişse ric'i talâk bâin talâka dönüşmektedir. Son olarak, erkek karısını boşanmanın ayırıcı boşanma olduğunu gösteren *"sen bâinsin"* gibi açıkça bâin boşama niyetiyle söylenen sözler ile veya *"sen haramsın"*, *"seni ailene hibe ettim"*, *"yüzünü ört"*, *"seni salıverdim"* gibi kinayeli, mübalağalı ifade ile veyahut *"sen en şiddetli"*

⁷ M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (Beta, 2020), 285-286; Ekrem Buğra Ekinci, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2024), 279; Coşkun Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2023), 112-113.

⁸ Boşanan kadının gebe olup olmadığını anlaması için beklediği süreye iddet denilmektedir. Bu süre Ebu Hanife'ye göre üç âdet döneminin sonuna karşılık gelmektedir. Erkek kadını henüz cinsel birleşme yaşamadan boşamışsa, Ahzab Sûresi'nin 49. âyetine göre kadının iddet beklemesine gerek yoktur. Gebe olan kadınların bekleme süresi doğum yapıncaya kadardır. Büluğa ermemiş ve adetten kesilmiş yaşlı kadınların bekleme süresi ise 3 aydır. İddet içerisinde kadın, başka bir kişi ile evlenememektedir. Ancak boşandığı eşi kendisine dönebilir. Bunun yanı sıra kendisine bu süre zarfında nafaka bağlanmaktadır. Süleyman Ateş, *Kur'anı Kerim'de Evlenme ve Boşanma* (İstanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat, 1995), 58-59.

⁹ Geri dönme eylemine rücu etmek ya da ricat denilmektedir. Hanefi mezhebine göre ricat "karımı bir daha nikâhım altına aldım" gibi bir sözle ya da öpmek, şehvetle dokunmak gibi bir eylemle gerçekleşebilir. Şafilere göre ise sadece sözle gerçekleşebilir. Merginani, *el-Hidaye*, 2/98-99.

¹⁰ Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi*, 112.

¹¹ "Kur'an-ı Kerim", <https://kuran.diyanet.gov.tr/>, ts., Talâk Sûresi. Erişim tarihi 10.12.24

¹² İbn Rüşd, *Bidayetü'l Müctehid*, 2/429. Âdet dönemindeki kadını eşin boşaması fıkıh âlimlerince "bidat boşama" olarak görülmüş ve günah olarak kabul edilmiştir. Fakat yapılan boşama işlemi hukuken geçerli sayılmıştır. Merginani, *el-Hidaye*, 2/59-62.

¹³ K. N. Ahmad, *The Muslim Law of Divorce* (New Delhi: Kitab Bahavan, 1984), 231 vd. Terim anlamı olarak "iyi hayat, güzel geçim" gibi anlamları olan hüsn-i zindegânînin ne ifade ettiğini inceleyen bir çalışmada, daha çok muhâleaya ilişkin sicillerde rastlanan bu kavramın, evlilik birliğinde elzem olduğu düşünülen, duygudan yoksun bir biçimde kadının erkeğe itaatini veya maddi refahı ifade etmesinin yerine, daha çok eşler arasındaki duygusal bağı ifade ettiği kanaatine varılmıştır. Nil Tekgül, *A Gate to the Emotional World of Pre-Modern Ottoman Society: An Attempt to Write Ottoman History from "The Inside Out"* (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2016), 284-299.

talâkla boşsun”, “*ev dolusu talâkla boşsun*”, “*uzun bir boşama ile boşsun*” gibi içerisinde vurgu barındıran sözlerle boşamışsa yapılan işlem bâin talâktır¹⁴.

Osmanlı’da neredeyse her çeşit boşanma sicillere yansımaktadır. Bununla birlikte temel özelliklere sahip ric’i ve bâin talâk genellikle kayıtlara nafaka ve mehir alacağına ilişkin yeni bir durum ortaya çıkmışsa yansımaktadır. 1534 yılında Üsküdar Mahkemesi önüne gelen bir davada Gülyar bt. Abdullah eski eşiyle birlikte mahkemeye gelerek eşinin onu bâin talâk ile boşadığını, bundan sonra nafaka ve mehir ve sair evlilikten doğan talepler hususunda uyuşmazlığın söz konusu olmadığını bildirmiş, eski eşi de bunu tasdik etmiştir¹⁵. Burada Gülyar’ın nafaka ve mehirden tamamen vazgeçtiği ya da mahkeme öncesi belirli bir ödeme yapılıp yapılmadığı belirsizdir. Bu karardan sonra artık böyle bir talep mahkeme önüne gelemeyecektir¹⁶.

Bâin talâkın özel bir çeşidi olan ve *talâk-ı selâse* denilen üçüncü kez yapılan boşama ya da üç talâkın tek seferde söylenmesi durumunda, taraflar yani erkek ve boşamış olduğu kadın tekrar evlenmek isterse, kadının başka bir evlilik yapması ve yaptığı ikinci evliliğin sona ermiş olması gerekmektedir. Sicillerde talâk-ı selâseye çok rastlandığı için ayrıntılı olarak incelenmiştir.

B. Talâk-ı selâse (Üç talâk)

Bakara Sûresi’nin 230. âyetinde şöyle buyrulur: “*İkinciden sonra koca eşini bir daha boşarsa, bundan sonra kadın, boşayandan başka bir koca ile evlenmedikçe ona helâl olmaz. İkinci koca da onu boşarsa, birinci kocası ile bu kadının, Allah’ın kurallarına riayet edecekleri kanaatine varırlarsa, tekrar evlilik hayatına dönmelerinde bir sakınca yoktur. Bunlar Allah’ın kurallarıdır, bilmek isteyenler için onları açıklamaktadır*”¹⁷. Buna göre üçüncü kez boşama işlemi gerçekleştirildiğinde ki bu boşamalar ister ric’i ister bâin talâk şeklinde olsun, erkek tekrar eşiyle evlenmek isterse kadının başka bir kişi ile evlenmesi ve bu evliliğin geçerli bir şekilde sona ermesi gerekmektedir. Eski eşin böyle bir evlilik yapmadan onu üç kez boşayan kocaya razı olması yeterli değildir. Tekrar evlenilmesi aşılması gereken önemli bir zorluk barındırdığından bu boşanma türü için *beynûnet-i kübrâ* (büyük ayrılık) tabirini kullanmışlardır¹⁸.

Talâk-ı selâse farklı zamanlarda gerçekleşebileceği gibi tek seferde aynı meclis içinde üç kez söylenmesi yoluyla da hüküm ifade eder. Bu mesele hakkında fakihler arasında bir ittifak yoktur ancak çoğunluk görüşü tek seferde söylenen üç talâkı, üç ayrı talâk olarak kabul etmektedirler¹⁹. Uygulamada ilk olarak tek seferde üç talâkın *beynûnet-i kübrâ* ile sonuçlanması kuralının, Hz. Ömer zamanında keyfiliği

¹⁴ İbrahim Halebi, *Mevkufat*, 2/207-221; Molla Hüsrev, *Gurer ve Durer*, 2/177-181; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 285-286; Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi*, 113.

¹⁵ *Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil (H. 940-942 / M. 1534-1536)*, haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz, çev. Kenan Yıldız - Recep Ahıskalı (İSAM, 2010), 143-144/233. Bundan sonra bu ve diğer siciller ilk defa zikredildiğinde tüm künye halinde, sonraki atıflarda “*Üsk. X no’lu Sicil*” olarak kısaltılacaktır.

¹⁶ Gülyar bt. Abdullah ve eşinin bu kayıtta yapmış olduğu sözleşme sulh sözleşmesidir. Bu akit, iki tarafın razı olmasıyla aralarındaki uyuşmazlığı ortadan kaldırmaktadır. İcap ve kabul ile sözleşme kurulur. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, madde 1531, Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)* (İstanbul: Hikmet Yayınları, 1979), 321. Buna benzer başka sulh sözleşmesi içeren evliliğin sona ermesine ilişkin kayıtlarda ibra hükmünde yani alacaklı olan kadının alacağından vazgeçtiği sulh sözleşmelerine de rastlanmakta ve hatta muhâlea kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak bu kayıtta işlemin ibra niteliği değil, sulh niteliği ağır basmaktadır. Çünkü ibra hükmündeki sulh sözleşmelerinde sulh bedeli olarak alınacak miktarın açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Gülyar’ın kaydında ise miktar açıkça belirtilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Esra Çetinkaya, *Osmanlı Hukukunda Sulh Sözleşmesi : Üsküdar ve Bursa Şer’iyye Sicillerine Göre Borç İlişkilerinde Sulh Sözleşmesi (M. 1501-1551/ H.906-958)* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 148-151.

¹⁷ “Kur’an-ı Kerim”, Bakara Sûresi. Erişim tarihi 11.12.24.

¹⁸ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye ve Istılahat-ı Fikhiye Kamusu* (Ravza Yayınları, 2018), c. 2/175.

¹⁹ İbn Rüşd, *Bidayetü’l Müctehid*, 2/430. Buradaki en önemli ihtilaf erkeğin tek talâkı niyet edip, bu talâkını güçlendirmek maksadı ile talâk sözünü birden fazla kez tekrar etmesi hâlinde ne olacağına ilişkindir. Ancak Hanefilere göre söz ağızdan bir kere çıkar. Bir erkeğin boşanma gibi önemli bir meselede sözünü tartarak, düşünerek karar vermesi gerekir. Eşine abartılı, onu tahkir edici ifadeler kullanmaktan kaçınmalıdır. Bu nedenle erkek eşine tek seferde üç kez talâk vermiş ise lafza bakılır ve üç talâk gerçekleşir. Abartılı, kinayeli sözle boşamanın bâin talâk olduğunu ifade eden bir akımın tek seferde üç talâkı beynûnet-i kübrâ olarak görmesi mezhep mantığına uygundur. Mezhebin bu görüşüne günümüz müellifleri, Hz. Peygamber’in tam tersi uygulamaları olmasından dolayı karşı çıkmışlardır, Ahmad, *The Muslim Law of Divorce*, 89; Ateş, *Kur’ânı Kerim’de Evlenme ve Boşanma*, 72.

önlemek için konulduğu rivayet edilmiştir²⁰. 16. yüzyıl şeyhülislamlarından İbn Kemal'in vermiş olduğu fetvada da aynı mecliste söylenen üç talâkın kazaen/hükmen üç talâk olarak sayılacağına hüküm verilmiştir²¹. 19. yüzyılda yaşamış Hanefi mezhebinin en önemli temsilcilerinden İbn Âbidin(1784-1836) , *Reddül Muhtar* adlı temel eserinde Hz. Ömer'in koymuş olduğu kuralın dönemin sahabesinin, hukukçularının ve İslam devletinde yaşayanlardan herhangi bir itiraz olmaması nedeniyle sükûti icma ile kabul edildiğini ifade etmiştir²².

İncelediğimiz şer'iyye sicillerinde de tek seferde verilen talâk-ı selâsenin, geri dönülemeyen ayırıcı boşanmayı ifade ettiği anlaşılmaktadır. Örneğin, 1515 yılında Üsküdar Mahkemesi önünde görülen bir davada Ahmed b. Minnet boşadığı eşiyle tekrar evlenmek istemekte ancak eşini en son talâk-ı selâse ile boşadığına yönelik iddialar bulunmaktadır. Bunun üzerine Ahmed b. Minnet eşini talâk-ı selâse ile boşamadığına ilişkin yemin vermiştir. Mahkeme de yemini uygun bularak son boşama işlemi ric'i talâk saymış ve eşini geri almasını kabul etmiştir²³. 1519 yılında benzer endişeye sahip Bulgurlu köyü sakini Mahmud b. Murad, eşini üç talâk ile boşamadığını ispat etmek için bütün Bulgurlu cemaatini mahkemeye getirtmiş, cemaatin çoğunluğu da Mahmud'un üç talâk verdiğini işitmediklerini beyan edince, Mahmud'a yemin verdirilip tekrar eşiyle nikâhı kıyılmıştır²⁴. 1583 yılına ait bir kayıta ise, eşiyle tekrar nikâhlanmak isteyen Sadık b. Abdullah, eşini şartlı talâk ile boşadığını, ancak bu şartı üç talâk ile değil, bâin talâk ile verdiğini şahitlerle ispat etmiştir²⁵.

Erkeklerin üç talâk yapmadıklarını iddia ettikleri davaların yanında kadınlar eşlerinin kendilerini üç talâk ile boşadıklarına ilişkin dava açtıkları da olmuştur. 1563 yılına ilişkin bir davada Fatıma bt. Hüseyin vekili aracılığı ile Ramazan b. Abdullah'ın kendisini üç ric'i talâk ile boşadığı ve ayrılmaları gerektiğini şahitlerle ispat edilmiştir²⁶.

Tarafların dışında boşama işlemine şahit olanların mahkemeye başvurusu da talâk işleminin tespit edilmesinde yeterli olmuştur. 1519 yılında iki şahit mahkemeye gelerek sipahi oğlanları bölüğünden Müslihiddin'in zevcesi Nefise'yi üç talâk ile boşadığını bildirmiş, mahkeme bu şahitliği kabul edip tarafların ayrılmalarına karar vermiştir²⁷.

Aralıkla verilen talâklar da özellikle kadın tarafından kayıt altına aldırılmıştır. Fatıma bt. Abdullah, mahkemeye gelerek eşinin kendisini boşayıp, nikâh kıydığını ve sonra tekrar boşadığını, bunun ikinci talâk olduğunu şahitlerle ispat etmiştir²⁸.

Osmanlı uygulamasında talâk-ı selâsenin boşanmayı kuvvetlendirme vasıtası olarak kullanıldığı da vaki olmuştur. Normalde bâin talâk olarak sayılan muhâlea yolunda kimi davalarda talâk-ı selâse terimi kullanılarak tekrar evlenmek güçleştirilmiştir²⁹.

²⁰ Ahmad, *The Muslim Law of Divorce*, 86-87.

²¹ Ahmet İnanır, *Şeyhülislam İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Kanuni Devrinde Osmanlı'da Hukuki Hayat* (İstanbul: OSAV, 2011), 69.

²² İbn Âbidin, *Reddül-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar*, çev. Ahmed Davudoğlu (İstanbul: Şamil Yayınevi, 1983), 6/156-157. Günümüzde İslam hukukunu uygulayan birçok devlet, tek seferde üç talâkın sonucunun büyük ayrılık olup olmadığını eşlerin evliliğin devamı konusundaki kararına bırakmıştır, Ahmad, *The Muslim Law of Divorce*, 88.

²³ *Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 919-927 / M. 1513-1521)*, haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz, çev. Bilgin Aydın - Ekrem Tak (İSAM, 2008), 143. Aynı nitelikte *Üsküdar Mahkemesi 56 numaralı sicil (H. 990-991 / M. 1582-1583)*, haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz, çev. Hilal Kazan vd. (İSAM, 2010), 85/100.

²⁴ *Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 924-927 / M. 1518-1521)*, haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz, çev. Rifat Günelan vd. (İSAM, 2010), 192.

²⁵ *Üsk. 56 no'lu Sicil*, 168/239.

²⁶ *Üsküdar Mahkemesi 26 Numaralı Sicil (h. 970 - 971/M. 1562 - 1563)*, haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz, çev. Rifat Günelan - Mehmet Akman (İstanbul: İSAM, 2010), 96/56.

²⁷ *Üsk. 2 no'lu Sicil*, 125/172.

²⁸ *Üsk. 56 no'lu Sicil*, 192/397.

²⁹ Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 128; *Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil (H. 930 - 936/M. 1524 - 1530)*, haz. Coşkun Yılmaz, çev. Yasemin Dağdaş - Zeynep Berktaş (İstanbul: İslam Araştırmaları Merkezi, 2010), 56-57/20, 203/295. *Üsküdar Mahkemesi 14 Numaralı Sicil (H. 953 - 955/M. 1546 - 1549)*, haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz, çev. Nuray Güler - Mehmet Akman (İstanbul:

Kayıtlardan talâk-ı selâse yapan bazı kimselerin pişman olduğu ve hülle usulünü kullanarak boşadığı eşiyle tekrar evlenmeye çalıştığına rastlanmıştır. Ferhad b. Abdullah talâk-ı selâse ile boşadığı eşine tekrar kavuşabilmek için onu iddet bitiminde Nureddin isimli biri ile evlendirmiş, sicile bu evliliğin hülle olduğunu kaydettirmiştir³⁰. Bir başka kayıтта Bâli b. Mehmed, seferde iken nafakasını temin maksadıyla borç yapan eşi Fatıma bt. Seydi'yi boşamış fakat tekrar evlenmek istemiştir. İddeti biten Fatıma, Abdi b. Mustafa ile evlenmiştir. Bali b. Mehmed, bunun üzerine eski eşine haber verilmesini, talep ederse belli bir bedel hazır ederek hülle yapmak isteğini komşusu Bali b. Saruhan'a söylemiştir. Fatıma'dan gelen yanıt olumsuz olacak ki, Bali b. Mehmed, talâk eyleminin duyulmadığını düşünerek ikinci evliliğin iptali için dava açmıştır. Ancak komşuları, Yusuf b. Mustafa ve Bâli b. Saruhan, aleyhine tanıklık etmişler, davayı düşürmüşlerdir³¹.

Talâk-ı selâsenin uygulamada bir kullanım alanı daha mevcuttur. Bu da yeminin pekiştirilmesi amacıyla şartlı talâk verilirken genellikle bunun üç talâk ile verilmesidir. Bu konu bir sonraki başlıkta etraflıca ele alınmıştır.

C. Şartlı talâk

1. Genel olarak

Şartlı talâk, diğer bir deyişle şarta bağlı boşamada, talâk işleminin gerçekleşmesi belirli bir şarta veya belirli bir zamanın gelmesine ya da vadeye bağlanmıştır. Belirlenen şart gerçekleşmeden boşanma da gerçekleşmemektedir. Bu şart tarafların iradesine bağlı olabileceği gibi, iradeleri dahilinde olmayan bir hadise de olabilir. Örneğin, erkek, "*babanın evine gidersen boşsun*" dese ve kadın sonra babasının evine gitse, hadisenin vuku bulması ile birlikte evlilik sona erer. Ya da "*eğer falanca kişi bir aya kadar memleketten gelirse sen o saatte boşsun.*" gibi başka bir kişinin eylemine dayalı şartlarda o kişi bir aya kadar gelirse kadın boş olur³². Şart gerçekleşene kadar tarafların evliliği geçerli bir evliktir. Şart gerçekleştiğinde ise boşanma işlemi gerçekleşmiş olur. Ayrıca bir söze ya da kabule gerek yoktur. Boşanma şart lafzının söylendiği zamana izafe edilemez³³. Daha açık bir ifade ile şartlı talâk ifadeleri söylendiği zaman boşanma iradesi ortaya çıkmakla birlikte hüküm ve sonuçları şartın gerçekleşmesi ile başlamaktadır. Şartın gerçekleşmesinde kadın ve erkek ihtilaf ederlerse ve delil yoksa erkeğin sözüne itibar edilir. Kadın delil gösterirse o zaman kadının sözü geçerlidir. Şartlı boşamalarda erkeğin şartın gerçekleştiğini inkâr edeceği varsayımı ile doktrin oluşmuştur³⁴. Şartın gerçekleşmesi imkânsız hale gelirse ya da imkânsız ise, boşama işlemi gerçekleşmez ve evlilik önceden olduğu gibi devam eder³⁵. Mesela, "*deve iğne deliğinden geçerse boşsun*" ya da "*taşı altına çevirirsen boşsun*" gibi sözlerle yapılan talâk gerçekleşmez³⁶. Bununla birlikte şart kadının hiçbir zaman yapmayacağı bir eylemse, "*taşı altına çevirmezsen boşsun*" ya da "*elinle gökyüzüne dokunmazsan boşsun*" gibi ifadelerle aksi ihtimalin imkânsız olduğu durumlarda kocanın verdiği şart söylendiği anda gerçekleşir, koca sözünü bitirir bitirmez kadın boşanmış olur³⁷.

Şartlı talâk ve diğer boşanma usullerinde boşanma iradesi açıklandığı anda geçerli bir evliliğin bulunması gerekmektedir. Ortada bir evlilik yokken yapılan şartlı talâk işlemi yok hükmündedir. Şöyle ki, bir erkek, nikâhı altında olmayan yabancı bir kadına "*eğer anneni ziyaret edersen sen boşsun*" dese ve

İslam Araştırmaları Merkezi, 2010), 114/125; *Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H.999-1000/ M.1590-1591)*, haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz, çev. Rifat Günelan - Mehmet Canatar (İSAM, 2010), 163/164.

³⁰ *Üsküdar Mahkemesi 51 numaralı sicil (H. 987-988/ M. 1579-1580)*, haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz, çev. Rifat Günelan vd. (İSAM, 2010), 199-200/355.

³¹ *Üsk. 56 no'lu Sicil*, 65-66/47.

³² Serahsi, *Mebcut*, 6/185.

³³ Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 60.

³⁴ Merghinani, *el-Hidaye*, 2/90.

³⁵ Ahmad, *The Muslim Law of Divorce*, 79.

³⁶ Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye ve İstılahat-ı Fıkhiye Kamusu*, 232.

³⁷ Serahsi, *Mebcut*, 6/213. Serahsi, 6. Cilt, s. 213.

daha sonra kadınla nikâhlansa kadın boş olmaz³⁸. Ancak bir kişi eşini boşayıp daha sonra “*seninle her evlendiğimde boşsun*” gibi bir beyanda bulunursa, kadınla her nikâhta evlilik sona erer³⁹. 1580 yılına ait bir kayıta Üsküdar sakinlerinden Sadi Çelebi mahkemeye gelip “*hâliyâ mutallakam olan Gülahmer bt. Abdullah nâm hâtunu her bâr ki tezevvüc edem benden talâk-ı selâse ile mutallaka olsun ve taht-ı nikâhında olan hâtunlarım dahi talâk-ı selâse ile mutallaka olsun*” diyerek daha önce boşanmış olduğu eşiyle tekrar evlendiği zaman talâk-ı selâse ile boş olacağını kayıt altına aldırılmıştır⁴⁰. Burada amacın eski eşiyle evlenme ihtimalini ortadan kaldırmak olduğu anlaşılmaktadır.

Şartlı talâkta ve diğer boşanmalarda söz erkeğin ağzından bir kez çıktığı zaman Hanefi mezhebine göre geri dönüşü yoktur. Hanefiler boşanma meselesini çok ciddiye almışlar ve her tartışmada ya da problemde gündeme getirilmemesini, getirildiyse söylenen söze hukuki sonuç bağlanacağını ifade etmişlerdir. Kadının her tartışmada boşanma lafzından bahseden kocadan kurtulma şansının önüne geçmek istememişlerdir⁴¹.

Yasak var olunca erkekler yasağı bir şekilde aşmak için çare bulma arayışına girmişler, buldukları yöntemleri fetvalarla tasdik ettirmeye çalışmışlardır. İbn Kemal’in önüne gelen bir meselede evli olan Zeyd, Amr’ın kızı ile de evlenmek için kızı babasından istemiştir. Amr, evli olduğu için Zeyd’e kızını vermek istememiştir. Bunun üzerine Zeyd, “*Avratım var ise boş olsun ve dahi kızın üzerine avrat alırsam, boş olsun.*” demiştir. Ancak Zeyd her iki eşiyle de aynı anda evli kalmak istemektedir. Bunun üzerine, Zeyd, Amr’ın kızı ile evlenmiş, Hind otomatik olarak boşanmıştır. Böylece şart gerçekleşmiştir. Daha sonra Zeyd, bu sefer Amr’ın kızını boşanmış, Hind’e tekrar nikâh kıymış, bilahare Amr’ın kızına da nikâh kıymıştır. Zeyd, yaptığı eylemin şeran caiz olup olmadığını sormuştur⁴². Cevap olumludur. Çünkü şart gerçekleştikten sonra şartın vadesi dolmaktadır. Artık şartın bir geçerliliği bulunmamaktadır.

Şartlı talâk ifadelerindeki şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin bilinebilir olması gerekmektedir. Bilinemez bir şart ise talâk gerçekleşmeyecektir. Burada gündeme gelen ifade “*Allah dilerse*” anlamına gelen “*inşallah*” sözcüğünün şartlı talâk olarak kullanılmasıdır. Bir erkek eşine “*sen benden boşsun, inşallah*” derse, Allah’ın boşanmayı dileyip dilemediği belirli olmadığı için talâk işlemi gerçekleşmez⁴³. İnşallah ile ilgili Osmanlı fetva mecmualarına yansıyan durum erkeklerin, bu sözcüğü kendileri işitecek kadar seste söyledikleri zaman talâkın geçerli olup olmayacağına ilişkindir. Verilen cevap talâkın gerçekleşmeyeceğidir⁴⁴. Ancak bu sözcüğün şartlı talâk ifadesinin hemen ardından gelmesi gerekmektedir. Araya zaman girdiği takdirde *inşallah* sözünün kıymeti kalmayıp şart gerçekleşmiş sayılmıştır⁴⁵. Ebussuud Efendi’ye (ö. 1574) yöneltilen “*Zeyd zevcesi Hind’i darb etmeyeyim diye üç talâka şart edip hîn-i darbtâ (döverken) kulağı işitecek miktarı ‘inşallah’ dese boş olur mu?*” sorusuna şeyhülislam, “*olur, hîn-i darba itibar yoktur*” yanıtını vermiştir⁴⁶. Ev içi şiddet durumunda ise farklı bir tutum alınmış olup, bir sonraki başlıkta değerlendirilmiştir.

Şartlı talâkın Osmanlı uygulamasında farklı görünüşleri olmuştur. Çalışmanın devamında bunlardan bahsedilmiştir.

³⁸ İbrahim Halebi, *Mevkufat*, 2/239; Merginani, *el-Hidaye*, 2/90.

³⁹ İbrahim Halebi, *Mevkufat*, 2/241.

⁴⁰ Üsk. 51 no’lu Sicil, 217/217.

⁴¹ Ahmad, *The Muslim Law of Divorce*, 81.

⁴² İnanır, *Kanuni Devrinde Osmanlı*, 72-73.

⁴³ Merginani, *el-Hidaye*, 2/93; İbrahim Halebi, *Mevkufat*; Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed Kuduri, *Muhtasarı'l Kuduri*, çev. Soner Duman - Osman Güman (İstanbul: Beka Yayınları, 2015), 395.

⁴⁴ “Zeyd kulağı işitecek miktar muttasılan ‘inşallah’ demekle zevcesi Hind için ‘üç talâk boş olsun’ demiş olsa Zeyd için Hind’e hülle lâzım olur mu? -Asla boş olmaz.” Ebussuud Efendi, “Osmanlı Hukukunu Kurmak: Fetva ve Risaleler Işığında 16. Yüzyıl Osmanlı Hukuku”, haz. Mürteza Bedir, Süleyman Kaya, Şükrü Özen, Necmettin Kızılkaya, Hatice Kübra Kahya, Ayşegül Şimşek, Bayram Pehlivan, Birnur Deniz, Halime Çınar, Hüseyin Sağlam, Murat Sarıtaş, Şaban Kütük, Şeyma Akbayır, <https://16yyosmanlihukuku.istanbul.edu.tr/> (2023). Erişim tarihi 14.12.24. Bu çalışma “16. Yüzyıl Fetva ve Risaleleri” olarak kısaltılmıştır.

⁴⁵ Molla Hüsrev, *Gurer ve Durer*, 2/204.

⁴⁶ “16. Yüzyıl Fetva ve Risaleleri” (2023). Erişim tarihi 13.12.24.

2. Şartlı talâk müessesesinin kadın lehine işletilmesi

Eşi uzağa gittikten sonra günlük ihtiyaçlarını karşılayamayacak duruma düşen kadınların, Hanefi mezhebinin sıkı bir şekilde tatbik edildiği Anadolu ve Rumeli’de, eşlerinden tefrik yolu ile boşanma imkânı bulunmamaktadır. Bunun yerine kadınlar mahkemeye ancak günlük nafaka takdir edilmesi ve eşinin üzerine borç yapabilmesi için başvurabilmişlerdir⁴⁷. Ancak bu imkân da kadınların mağduriyetini giderme açısından yeterli olmamıştır. Bu olumsuz durumu aşmak için uygulamada bazı çözümler üretilmiştir. Öncelikle uzun süren savaş gibi nedenlerle orduya katılan kişiler, arkada eşlerinin maddi açıdan mağdur olmasını istememiş ve “*ahar diyara gidip de şu vakte kadar dönmezsem zevcem boş olsun*” şeklinde şartlı talâk sözlerini mahkemede tasdik ettirmişlerdir. Böylelikle kadınlar, eşleri belirtilen süre içinde dönmedikleri takdirde boşanmış sayılmış ve iddet bitiminde başka biri ile evlenebilir hale gelmişlerdir. Aynı zamanda Hanefi mezhebinin mefkudun 90 yaşına kadar ya da yaşlıları vefat edinceye kadar evliliğinin sürmesi kuralını bu şekilde devre dışı bırakmışlardır⁴⁸. Ancak bu şart tamamen ihtiyari olup her orduya katılan vermemiştir. Bununla birlikte sadece orduya katılanlar da vermemiş, sakin olduğu yerden başka bir yere gidenler de muayyen bir zaman sonra dönmedikleri takdirde eşinin boş olacağına ilişkin söz vermişlerdir.

Çalışmamızın kaynağını oluşturan Üsküdar Mahkemesi kayıtlarında savaş nedeniyle uzağa gideceği esnada şartlı talâk veren eşlere rastlanmamış, onun yerine belirsiz nedenlerle sakin oldukları yerden uzağa giden kimselerin şartlı talâk ifadeleri ile karşılaşmıştır. Mahkemeye erkekler uzakta olduğu için kadınlar başvurmuştur. Örneğin, 1586 yılında Mamure Mahallesinde ikamet eden Hatice bt. İsa, mahkemeye gelerek eşi Mahmud’un birkaç yıl önce Konya’ya gittiğini, davanın olduğu yıl Ramazan ayında dönmezse kendisinin üç talâk ile boş olacağına ilişkin sözünü iki şahit ile ispat edip eşinden boşanmıştır⁴⁹. 1535 yılına kayıtlanmış başka bir davada erkek eş dava sırasında mahkemede bulunmakla beraber sık sık bir yerlere gittiği ve nafaka bırakmadığı için eşi Dilferid bt. Abdullah mağdur durumda kaldığını ifade etmiştir. Bunun üzerine eşi Oruc b. Halil, bir daha bir aydan uzun süre gittiği takdirde eşinin kendisinden bâin talâk ile boş olacağı şartını ikrar etmiştir⁵⁰. Kaydın önemli bir özelliği şartlı talâk talebinin kadından gelmesidir. Böylece bir daha aynı sorunu yaşamak istemeyen kadın, mahkemeyi de işin içine katarak bir çözüm üretmeye çalışmıştır.

Diğer bir çözümlenmesi gereken konu ev içi yaşanan şiddet olayının önlenmesidir. Hanefi mezhebine göre bir boşanma sebebi sayılmayan kötü muamelenin bir daha olmamasını isteyen kadının, mahkemeye gidip durumu tespit ettirmesi ve olayın tekrarı halinde kendiliğinden boş olacağına dair şartlı talâk talep etmesi teorik olarak mümkündür ve ileriki yüzyıl sicil kayıtlarında buna rastlanılmıştır. Ancak çalışmamızın konusu olan yayınlanmış 10 adet sicil dikkate alındığında, Üsküdar sınırlarında ev içi şiddet kayıtlarına rastlanmakla birlikte şiddet nedeniyle şartlı talâk veren eşi rastlanılmamıştır. Bunun yerine 16. yüzyılda verilmiş fetvalarda şiddetin bir daha yaşanmaması için verilen şartlı talâkların akıbetine ilişkin sorulara rastlanılmıştır. Kanuni’nin şeyhülislamlarından Sâdî Çelebi’ye (ö. 1539) ulaşan bir olayda, erkek, “*Eğer benim iznim olmadan şu aybaşına dek evimden dışarı çıkarsan seni darp ederim ve eğer darp edersem benden üç talâk boş ol*” şeklinde şartlı talâk vermiştir. Bahsi geçen süre içinde kadın izinsiz dışarı çıkmış ve eşi de onu dövmüştür. Talâk şartı gerçekleşince kadın mahkemeye başvurmuş ve şartın verildiğini ve gerçekleştiğini şahitlerle ispat etmiştir. Mahkemenin üç talâkın gerçekleştiğine dair hükmünden sonra erkek “*ben cümlemin sonunda kendim işitecek kadar ‘inşallah’ demiştim*” diye

⁴⁷ Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 125.

⁴⁸ İslam hukukuna göre, uzun süredir kendisinden haber alınamayan, hayatta ve nerede olduğu bilinmeyen kimselere mefkud denilmektedir. Mefkudun ölümüne hükmedilmesi ile birlikte hüküm tarihinde ölmüş gibi işlem görür. Evliliği bu vakitte sona erer, malvarlığı mirasçılara intikal eder. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 207. Kocanın mefkud olması Hanefi ve Şafiilere göre bir boşanma sebebi sayılmamıştır. Malikî ve Hanbelîlere göre ise belirli bir süreden sonra mefkudun eşi boşanmak için mahkemeye başvurabilir. Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 128.

⁴⁹ Nihat Yalçın, *1572-1587 (H. 980-995) Yılları Arası Üsküdar Mahkemesi Kadı Sicilleri’nin Sosyal ve İktisadi Açısından Değerlendirmesi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 2009), 18.

⁵⁰ Üsk. 9 no’lu Sicil, 341/855.

yemin verirse kâdının hükmünün kaldırılıp kaldırılamayacağına ilişkin soruda Sâdî Çelebi'nin fetvası, hükmün kaldırılamayacağına ilişkindir⁵¹. Buna karşın Ebussuud Efendi'nin aksi yönde, erkeğin kendisinin işiteceği şekilde inşallah sözünü kullanmasının talâkı önleyeceğine ilişkin fetvası bulunmaktadır⁵². Sonuç olarak, 16. yüzyılda şiddet konusunda kadınların şartlı talâk anlamında net bir kazanım elde ettikleri söylenemez.

Mahkeme önüne gelen şartlı talâk iddialarını kadının yakınları da ileri sürmüştür. 1519 yılında Ayşe'nin önceki eşinden olan oğlu Piri b. Arab üvey babası Yunus aleyhine şartlı talâk şartının gerçekleştiğine ilişkin mahkemeye başvuruda bulunmuştur. Başçı Karagöz'ün evine varırsa Ayşe'nin talâk-ı selâse ile boş olacağına ilişkin verdiği şartın gerçekleştiğini mahkemeye ihbar eden Piri'ye aynı zamanda annesi vekâlet vermiştir⁵³. 1580 yılının siciline yansıyan dikkat çekici bir davada, emanet verdiği parayı geç ödeyen damadından memnun olmayan kayınbabanın, *"Şurb-i hamr edersem avratım talâk-ı selâse ile mutallaka olsun."* diyen damadını ağzında şarap kokusu ile yakalayıp mahkemeye ihzar ederek şartlı talâkın gerçekleştiğini kayıt altına aldirmek istemiştir⁵⁴. Para ödenmesi davasını kaybeden kayınbaba, şartlı talâk davasını kazanmış, kızını istemediği adamdan boşanmasını sağlamıştır.

Zikredilen kayıtlarda kadınların yakınlarının dava açması veya kadınların yakınlarına vekâlet vermesi, onların eşlerinden ayrılmada istekli oldukları kanaatini uyandırmıştır. Buna karşın şartlı talâkın ortaya çıkmasını istemeyen eşlere de kayıtlarda rastlanılmıştır⁵⁵.

Zina şüphesi de kadınların eşlerinden şartlı talâk talep etmelerine neden olmuştur. 1592 yılında Ömer Subaşı mahkemeye gelerek eşi Emine'nin ondan şüphelendiğini belirtmiş, bu nedenle eğer zina ederse eşinin kendisinden baın talâk ile boş olacağına ilişkin beyanda bulunmuştur⁵⁶. Böylece Emine, eşi zina ederse boşanabilecek ve mehir ve nafakaya hak kazanabilecektir.

Kadın lehine şartlı talâk uygulamalarından biri de erkeğin başka bir kadınla evlenmek istemesi halinde ilk eşinden izin almasına ilişkindir. Burada şartlı talâk işlemi ikinci değil ilk eşin lehine olmaktadır. Hanefi mezhebine göre kadının evlenirken tek eşlilik şartı ileri sürmesi, dört eşe kadar evlenmek kocaya tanınan bir ruhsat olduğu için geçersizdir⁵⁷. Ancak şartlı talâk ile sınırlanan husus erkeğin evlenememesi değil ikinci evlenmenin ilk eşin onayına bağlı kılınması, onay alınmamışsa ikinci evliliğin kendiliğinden sona ermesidir. 16. yüzyılın ilk yıllarına ilişkin bir sicil kaydı bu durumu resmiyete dökmüştür:

*"Hüseyin b. Mustafa meclis-i şer' de ikrâr ile dedi kim eğer hâtunum Gülbahâr'dan izinlisüz evlenirsem alacağım benden aldığım vakitte üç talâk boş olsun deyu şart eyledi öyle olsa mârretu'z-zikr Gülbahâr'ın talebiyle deftere sebt olundu"*⁵⁸.

Bu kayıta ve zikredilen diğer kayıtlarda da görülen üç talâk şartı Osmanlı toplumu tarafından sıklıkla kullanılmıştır. Aşağıda ise yine üç talâk ile birlikte sıklıkla kullanılan yemin niteliğini kuvvetlendirme maksadı ile verilen şartlı talâk uygulamaları incelenmiştir.

⁵¹ Muharrem Midilli, "Osmanlı Fetvalarında Kadınların Ayrılık Elde Etme Yolu Olarak Şartlı Talâk (16-18. Yüzyıllar)", *İslâmî İlimler Dergisi* 17/2 (2022), 40. Fetvanın transkripsiyonu için bkz. "16. Yüzyıl Fetva ve Risaleleri" (2023). Erişim tarihi 13.12.24.

⁵² "Zeyd 'zevcim Hind'e bir dahi seni incitirsem boş ol' dedikte kulağı işitecek miktarı 'inşallah' dese badehû Zeyd Hind'i incittiği takdirce talâk vâki olur mu? -Olmaz." "16. Yüzyıl Fetva ve Risaleleri" (2023). Erişim tarihi 13.12.24.

⁵³ Üsk. 2 no'lu Sicil, 107/122.

⁵⁴ Üsk. 51 no'lu Sicil, 167-168/263,264. "Şarap içersem avratım üç talâk boş olsun" şart cümlesindeki şarap içmenin kapsamı İbn Kemal'in fetvasına konu olmuştur. Şart eden kişinin şarap yerine boza içmişse bunun hükmünün ne olacağı sorulmuş, ehl-i örfün boza içmeyi şarap kategorisine alıp almamasına bağlı olarak yanıtın değişeceğine dair fetva verilmiştir. İnandır, *Kanuni Devrinde Osmanlı*, 72.

⁵⁵ Üsküdar Mahkemesi 17 Numaralı Sicil (H. 956 - 963/M. 1549 - 1556), haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz, çev. Orhan Gültekin - Mehmet Akman (İstanbul: İslam Araştırmaları Merkezi, 2010), 93/91.

⁵⁶ Üsk. 84 no'lu Sicil, 291/472.

⁵⁷ Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 76.

⁵⁸ Üsk. 1 no'lu Sicil, 183/217.

3. Yeminin pekiştirilmesi kastıyla şartlı talâk verilmesi

Şartlı talâkın Osmanlı'da kadınların boşanmasını kolaylaştırdığı durumlardan bahsedilmiştir. Bu başlıkta ise ilk olarak, kocanın borcuna karşılık bazen kendisinin iradesi ile bazen de mahkemenin ya da alacaklının talebiyle yemin verilirken, bu yemini kuvvetlendirmek maksadı ile talâk şartının konulmasından bahsedilmiştir. Bu tür şartlı talâkta esas amaç boşanma değil, borcun ödenmesinin sağlanması olduğundan fıkıh âlimleri arasında verilen şartlı talâkın geçerli olup olmayacağı konusunda ihtilaf olmuş, çoğunluk görüşü, yemin niteliğinde olan şart gerçekleştiğinde talâkın vaki olacağını ifade etmiştir. İbn Teymiyye ve İbn Kayyim ise şartlı talâkın vuku bulmadığı, dolayısıyla şart gerçekleşse bile boşamanın gerçekleşmediği görüşünde mutabık kalmışlardır⁵⁹.

Kişinin borcuna karşı verdiği talâk genellikle talâk-ı selâsedir. Örneğin, 1524 yılına ilişkin Üsküdar Mahkemesi kayıtlarından, Samandıra karyesinde mukim olduğu anlaşılan İbrahim b. Mustafa, Dimitri b. Manol'a olan yirmi koyun borcunu mahkeme gününden itibaren beş günde ödeyeceğine dair talâk-ı selâse şartı koyarak yemin vermiştir⁶⁰. İbrahim beş gün sonra borcunu ödeyemezse, şart gerçekleşeceği için üç talâk ile eşinden boşanmış olacaktır. Borç yerine hizmet akdini sağlama almak için de şartlı talâka başvurulmuştur. Hüseyin b. Abdullah, Üsküdarlı nam şahsın üç adet atının bakımını üstlenmiş, atların bakımını akitte belirtilen şekilde yerine getirmemezse eşinin üç talâk ile boş olacağına dair söz vermiştir⁶¹. 1591 yılında at alımı sözleşmesinde borçluya kefil olan Cafer, esas borçlu Mehmed'i 90 gün içinde bulacağını veya bulamazsa alacaklı Süleyman'a gidip borcu ödeyeceğini ifade etmiş, vaatleri gerçekleştiremezse eşinin ondan bâin talâk ile boş olacağına dair yemin vermiştir⁶². Siciller incelendiğinde vaatlerin ve boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmediğine dair veriye ulaşılamamıştır. Bu nedenle yemin veren kişilerin vaatlerini gerçekleştirdikleri ve borçlarını ifa ettikleri düşünülebilir.

Borçlar hukuku dışında ceza hukuku bakımından da talâk-ı selâse yemini hem sanık için hem de sanığa kefil olanlar için istenmiştir. 1519 yılında zina kastı ile bir eve girdiği iddia edilen İnebey b. Ali'den kefil talep edilmiş, udûl-i müsliminden bir kişi kefil olup talâk-ı selâse ile yemin verdikten sonra İnebey suçtan beraat etmiştir⁶³. Aynı tarihli bir diğer davada Receb b. Deniz'i dövdükleri ve balta savurdıkları iddia edilen iki zimmiden kefil talep edilmiş, udul-i müsliminden iki kişi zimmilere kefil olmuş ve talâk-ı selâse üzerine yemin vermişlerdir. Böylece zimmiler suçlamalardan beraat etmiştir⁶⁴. Birbirleri ile kavga eden iki kişi için ise mahkemeden önce muslihun (arabulucular) devreye girmiş, tarafları barıştırmıştır. Daha sonra taraflar mahkemeye gelip tekrar birbirlerine saldırmayacaklarını, saldırırlarsa davalarının mahkemece dinlenmemesini talep etmiş, dahası önce saldıran Ali b. Abdullah tekrar saldırırsa iki eşinin de üç talâk boş olacağına dair şart vermiştir⁶⁵.

Talâk-ı selâseye yemin hususu mühimme defterlerinde de karşımıza çıkmaktadır. Bursa kâdısına ve beyine hitaben verilen hükümde, Karahisar-ı Şarki sancağında Ömer ve Murad isimli eşkıyanın fukaranın evlerini basıp halka zorluk çıkardıkları, sonrasında mahkemeye çıkarıldıklarında talâk-ı selâse üzerine yemin verdirilip salındıkları ancak sonrasında Bursa'ya gelip olay çıkardıklarının anlaşılması üzerine, yakalanıp hapsedilip başkente getirilmeleri emri verilmiştir⁶⁶. Burada daha önce ifade edildiği üzere yeminlerini bozdukları için hukuken boşanma işlemi gerçekleşmiştir.

⁵⁹ Mehmet Selim Aslan, *İslam Aile Hukuku* (Bursa: Emin Yayınları, 2015), 223.

⁶⁰ *Üsk. 5 no'lu Sicil*, 100.

⁶¹ *Üsk. 9 no'lu Sicil*, 319/791.

⁶² *Üsk. 84 no'lu Sicil*, 596/1174.

⁶³ *Üsk. 2 no'lu Sicil*, 185. Udûl-i müslimin, adil oldukları ispat edilmiş şahitlerdir. Osmanlı yargısında şahitliğe ihtiyaç duyulan durumlarda öncelikle kendilerine başvurulur, İsmail E. Erünsal, "Osmanlı Mahkemelerinde Şâhitler: Şuhûdü'l-'udûlden Şuhûdü'l-hâle Geçiş", *Osmanlı Araştırmaları Dergisi* 53 (2019), 11.

⁶⁴ *Üsk. 2 no'lu Sicil*, 198/383.

⁶⁵ *Üsk. 9 no'lu Sicil*, 103/103, 104.

⁶⁶ 55 Numaralı Mühimme Defteri (992-993). A.{DVNSMHM.d... , Hüküm no: 290; Aynı minvalde ehl-i fesaddan kişilerin uslanması için talâk-ı selâse yemin verdirilmiş olmasına dair bkz. 73 Numaralı Mühimme Defteri (1003-1004). A.{DVNSMHM.d..., Hüküm no:31, 72 Numaralı Mühimme Defteri (1002-1003). A.{DVNSMHM.d..., Hüküm no: 295.

Sicillerdeki hükümlerden, yeminin pekiştirilmesi kastıyla verilen şartlı talâkın hukuki zemininin örf-i maruf (bilinen örf) olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim bir daha define araştırması yapılmamasını öngören bir kayıta açıkça “...İdris’e örf-i maruf üzere talâk-ı selâseye and verip ve yemin billah dahi ettiklerinden...”⁶⁷ ibaresi yer almıştır. Sonuç olarak, yeminin pekiştirilmesi amacıyla verilen talâkın İslam hukukunun yanında toplumun örfünden de kaynaklandığı aşikârdır.

D. Osmanlıda talâkın sicillerdeki yeri

Osmanlıda 16. yüzyılda nikâhın kâdı izni olmadan kıyılmaması kanunlaştırılmışken, talâk işleminde böyle bir düzenlemeye gidilmemiştir⁶⁸. Erkek tarafı talâk işlemini gerçekleştirip, kadına kararlaştırılan mehir, nafaka ve diğer hakları usulünce verdiği zaman mahkemece bu durumun onaylanmasına gerek yoktur. Tarafların ihtiyarına bırakılmış olan bu durumda taraflar, ister meseleyi sonradan mahkemeye tasdik ettirir(ler); isterlerse de mahkemede boşanma işlemini gerçekleştirip bu boşanmaya ilişkin hüccet çıkarırlardı. Örneğin, 1583 yılında eski eşiyle gezmesini mahkemeye şikâyet eden yeni eş Ayşe bt. Abdullah’a çok sinirlenen Çırakçı Mehmed, yeni eşini mahkeme sırasında üç talâk ile boşamıştır. Aynı gün mehir ve nafaka da mahkeme aracılığı ile kararlaştırılmış, diğer borç ve alacaklara ilişkin davaların çözülmesi birkaç gün sürmüştür⁶⁹. Bununla birlikte boşanma konusunda Üsküdar Mahkemesine başvuru oranı sanıldığı kadar yüksek olmamıştır. Bu çalışmada incelenen az hacimli olan miladi 1582-83 tarihli 56 Numaralı Üsküdar Mahkemesi Sicili’nin 497 kaydından 20 kadarı boşanma (muhâlea dâhil) ile ilgili iken, fazla hacimli sicil olan 1590-91 tarihli 84 Numaralı Üsküdar Mahkemesi Sicili’nin 1379 kaydından 32 kadarı boşanmayla alakalıdır. Üsküdar sicillerini istatistiki olarak inceleyen bir çalışmada 1570-84 yılları arasında boşanmaya ilişkin 144 kaydın bulunduğunu aktarılmıştır⁷⁰. Aynı nitelikte 1547-73 yıllarını inceleyen bir başka çalışmada konusu boşanma olan sadece 77 kayıt bulunmakta, bazı yıllarda ise hiç kayıt bulunmamaktadır⁷¹. Son iki çalışma arasındaki dönemi (1572-87) inceleyen başka çalışmada bulunan sonuçlar diğerlerinden farklıdır. 15 yıllık periyotta bazı yıllar 15-35 arası iken 1586 yılında bir sıçrama yaşanarak 61 boşanma kaydı tespit edilmiştir⁷². Yine çalışmamızın temelini oluşturan sicillerle ilgili yapılan bir araştırmada 10 sicilde toplam 99 adet boşanma kaydı olduğu ifade edilmiştir⁷³.

Osmanlı uygulamasında boşanan eşlerin kayıt için çok çaba sarf etmediği, bunun yerine dava açıldığı zaman iddiaları ispat ederek boşama işlemine aleniyet kazandırdıkları görülmektedir. 1583 yılında Arkadaşı Derviş’e küsüp, “bundan sonra Derviş’i evime getirirsem karım bâin talâk boş olsun” şartını veren Sâdık b. Abdullah, verdiği şartı ihlal etmiş ve arkadaşı Derviş’i eve getirmiş, böylece boşama işlemi gerçekleşmiştir. Sadık eşiyle tekrar evlenmek istemiştir. Mesele burada kalsa mahkemeye intikal etmeyecekken eşini üç talâk ile boşadığına dair iddialar ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine Sâdık, bâin talâkla eşini boşadığına ilişkin hüccet almak için mahkemeye başvurmuş, iddiasını ispat ederek yeniden evlenmeye hak kazanmıştır⁷⁴. 1549 yılına ait bir kayıta muhâlea yolu ile boşanan Arec Şadi ve Şirin durumu önce mahkemeye taşımamış, ancak mahallelinin durumu mahkemeye bildirmesi ile Şirin mahkemeye çağırılmış, ifadesinde eşi ile muhâlea yaptıklarını kabul etmiştir⁷⁵. Aynı yıla ait başka

⁶⁷ Üsk. 1 no’lu Sicil, 380/691.

⁶⁸ Mehmet Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhülislâm Ebussuud Efendi’nin Fetvalarına Göre Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı: Fetâvâ-yı Ebussu’ûd Efendi* (İstanbul: Kapı Yayınları, 2018), 35. Kâdının nikâh akitlerini yapması esasında İslam’ın ilk dönemlerinden itibaren uygulanagelmıştır. Nikâhın kâdılar tarafından kıyılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 59-73.

⁶⁹ Üsk. 56 no’lu Sicil, 136-139/249-257.

⁷⁰ Müslüm İstekli, *Üsküdar’ın Sosyal ve İktisadi Hayatıyla İlgili Üsküdar Kadı Sicillerindeki Kayıtların Tespit ve Analizi* (H. 978-991, M. 1570-1584) (İstanbul: Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 2005), 107-109.

⁷¹ Kenan Yıldız, *Üsküdar’ın Sosyal ve İktisadi Hayatı ile İlgili Üsküdar Kadı Sicillerindeki Kayıtların Tesbit ve Analizi* (954-980 / 1547-1573) (İstanbul: Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 2005), 96-98.

⁷² Yalçın, *1572-1587 Üsküdar Sicilleri*, 18-19.

⁷³ Okan Gümüşdoğrayan, *Üsküdar Şer’iyye Sicillerinde Kadın ve Çocuklarla İlgili Davaların Analizi* (Ankara: Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 2019), 23.

⁷⁴ Üsk. 56 no’lu Sicil, 168/329.

⁷⁵ Üsk. 17 no’lu Sicil, 359/862.

davada, eşi uzaklara giderken “*üç ay içinde gelmezsem üç talâk boş ol*” şeklinde şartlı talâk verilen Huri bt. Minnet, büyük ihtimalle takdir edilen nafaka ve benzeri maddi imkânların elinden kaçmaması için 2 yıl boyunca durumunu saklamıştır. Huri’nin kız kardeşi Naalpaşa dava açtığında Huri kendisine şartlı talâk verildiğini inkâr etmiş, ancak kız kardeşi Huri’nin değişen medeni halini şahitlerle ispat ederek kayda aldırıştır⁷⁶.

Muhâlea

A. Genel olarak

Muhâlea, fıkıhta karı ile koca birbirleri ile geçinemediği ve Allah’ın koyduğu sınırları ihlal edeceklerine dair kaygıya düştükleri zaman, kadının kocasına fidye vererek kendini nikâh bağından kurtarmasına denmektedir⁷⁷. Bu açıklamanın kaynağı Bakara Sûresi’nin 229. âyetidir:

“Boşama iki keredir. Her ikisinden sonra ya iyilikle evlilik içinde tutmak veya güzellikle serbest bırakmak gerekir. (Eşlerin) Allah’ın koyduğu kurallara uymamalarından korkmadığınız sürece onlara verdiğiniz mehirden hiçbir miktarı geri almanız sizin için helâl olmaz. Eğer Allah’ın kurallarına uymamalarından korkarsanız, kadının evlilikten kurtulmak için bir meblâğ vermesinde taraflara bir vebal yoktur. Bunlar Allah’ın koyduğu kurallardır, öyleyse onları çiğnemeyin. Her kim Allah’ın koyduğu kuralları çiğnerse işte onlar zalimlerin ta kendileridir”⁷⁸.

Ayet incelenirse ilk önce boşamanın en fazla iki kere olacağı, üçüncü seferde ise güzellikle serbest bırakılması gerekliliği vurgulanmıştır. Bu kısım erkeğin üç talâk sınırlamasına ilişkindir. Akabinde taraflar sağlıklı bir evlilik birliği içinde ise, erkeğin kadının mehrini geri almasının haram olduğu ifade edilmiştir. Muhâleaya ilişkin kısma gelindiğinde, taraflar, Allah’ın sınırları dâhilinde kalamıyorlarsa, yani evlilik birliğini sürdürmekte zorlanıyorlarsa, büyük bir geçimsizlik varsa, kadının belirli bir bedel karşılığında evlilik birliğini sona erdirebileceğine hükmedilmiştir. Bedelin miktarı hususunda fıkıh âlimleri bu ayeti ve Hz. Peygamber’in sünnetini yorumlayarak geçimsizliği erkek çıkarıyorsa boşanmak için kadından bir şey almasını veya geçimsizliği kadın çıkarıyorsa erkeğin ona verdiğinden fazlasını almasını mekruh saymışlardır⁷⁹.

Muhâlea kavramı için aynı kökten gelen ve bağa son vermek anlamına gelen hul’ kelimesinin yanı sıra başka terimler de kullanılmıştır. Özellikle mahkeme kayıtlarında hul’ yerine bâin talâk ifadesine oldukça sık rastlanmaktadır. Bu şekilde kullanılmasının nedeni muhâleanın kural olarak bâin talâk hükmünde sayılmasıdır⁸⁰. Bununla birlikte istenilen işlem hul’ ise bu ifade ve yakın ifadelerin kullanılması yerinde olur. Çünkü Hanefiler, hul’ ve benzeri sözlerle muhâlea yapılmışsa ve anlaşılan bedel İslam hukukuna aykırı olsa, bedeli geçersiz, boşanma işlemi ise bâin talâk ile geçerli saymakta; buna karşın talâk ve benzeri açık ifadelerle İslam hukukuna aykırı bir bedel üzerine anlaşma yapılmışsa, yine bedeli geçersiz ancak boşanmayı ric’i talâk saymaktadır⁸¹.

Mezhepler, muhâlea yapılırken baskı ve tehdit unsurları varsa bu durumda ne olacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Hanefiler’e göre boşanma işlemi geçerlidir ancak baskı kadına yapılmış ise, kadının hul’ bedelini vermesine gerek yoktur⁸². Bunun yanında ortada nafakanın verilmemesi ya da aşağılama, şiddet gibi erkek tarafından kaynaklanan geçimsizlik halleri varsa, verilen muhâlea bedelinin hukuken geçerli ancak dinen helal olmadığı yönünde görüş bildirmişlerdir⁸³. Siciller incelendiğinde, kadının, gördüğü şiddeti mahkemede tescil ettirdiği halde, eşinden ancak mehrinden ve nafakasından

⁷⁶ Üsk. 17 no’lu Sicil, 93/91.

⁷⁷ Merginani, *el-Hidaye*, 2/111; İbrahim Halebi, *Mevkufat*, 2/275.

⁷⁸ “Kur’an-ı Kerim”, Bakara Sûresi. Erişim tarihi 13.12.24.

⁷⁹ İbrahim Halebi, *Mevkufat*, 2/275.

⁸⁰ Molla Hüsrev, *Gurer ve Durer*, 2/226.

⁸¹ *Mevkufat*, 2/275; Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed Kuduri, *Muhtasarü'l Kuduri*, 405.

⁸² Fahrettin Atar, “Muhâlea”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2005), 30/399.

⁸³ Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiye Kamusu*, 2/270.

vazgeçmesi şartı ile boşanabildiği görülmüştür⁸⁴. Sonuç olarak erkek kusurlu olmasına karşın maddi karşılık vermeden boşanabilmiştir.

Muhâleaya taraf olanların evlilik birliği içerisindeki eşler olacağı muhakkaktır. Fasit ya da bâtil bir evlilikten dolayı iptali gereken bir nikâh varsa muhâlea yapılması uygun düşmez. Bâin talâk ile boşanılmış ise, yine muhâlea işleminin tarafı olunmaz. Ric'i talâkta ise durum farklıdır. Taraflar iddet süresinde hâlâ evli sayıldıkları için muhâlea yapılabilir⁸⁵.

Muhâlea sözleşmesi, içeriğinde belirli bir ivaz barındırdığı için tarafların bu işlemi kavrayacak temyiz kudretine sahip olması gerekmektedir. Özellikle malvarlığı eksilecek kadın için durumu kavrayabilmesi önemlidir. Dolayısıyla hacir altındaki erkeğin muhâlea yapması, onun lehine bir durum olduğu için, geçerliyen aynı durumdaki kadının muhâlea yapmasında boşanma işlemi geçerlidir, ancak kadının hul' bedeli ödemesine gerek bulunmamaktadır⁸⁶. Babası tarafından evlendirilen küçük kızlar için muhâlea yapılacaksa yine babasının şahsi olarak maddi sorumluluğu üstlenmesi gerekmektedir⁸⁷.

Üsküdar Mahkemesi sicillerinde 1534 yılında karşımıza babası değil annesi tarafından nikâhı kıyılan Hatice adlı küçük kız çıkmaktadır. Burada kızın kendisi değil eşi Aslıhan b. Kara Hacı evliğin sonra ermesini istemektedir. Aynı evde yaşama henüz başlamamış olacak ki Hatice'nin annesi muhâlea yolu ile talâk kabul etmiş, kızın adına mehir ve nafakadan vazgeçmiştir⁸⁸. Kız buluşa ermiş olsaydı muhayyerliğe ve dolayısıyla evliliğin iptali hakkına sahip olacaktı. Yine aynı yıla ait başka bir davada annesi tarafından nikâhı kıyılan Bârenşâh'ı kocası istememiş ve bu sefer koca muhâlea yapmak yerine talâk vermiştir. Bârenşâh ile eşi henüz zifafa girmediği için Bârenşâh mehrin yarısına hak kazanmıştır⁸⁹. Evliliğin sona ermesine ilişkin bu iki dava, baba olmadığı zaman annenin, İslam hukukunda babaya tanımlanmış velayet hakkını kullanması bakımından önem taşımaktadır. Uygulamada babaları olmayan yetim kalmış çocuklara çoğu kere annelerin vasi olarak tayin edildikleri görölse de zikredilen iki davanın sicilleri kontrol edildiğinde, Bârenşâh'ın annesi babasına kefil olmuş, Hatice'nin annesi vefat ettiğinde eşine miras düşmüştür⁹⁰. Yani babalar hayattadır ancak mahkemeye başvuranlar annelerdir. Bu konu farklı bir çalışmada ayrıntılı incelenmeye muhtaçtır.

B. Kadın tarafından talep edilen muhâlea

Doktrinde muhâlea kadına verilmiş bir hak olarak görülmüştür. Kadının muhâlea yapabilmesi için bu konudaki icabının birtakım koşulları içermesi gerekmektedir. Ebu Hanife'ye göre, kadının teklifinde belirli bir bedelin verilmesi taahhüdünün bulunması gerekmektedir. Bunun yanında kadın, icabından erkek kabul edene kadar dönebilir. Çünkü hul' icabının niteliği teberruya, yani bağış sözleşmesindeki teklife benzer⁹¹. Dolayısıyla muhayyerlik şartı da kadının teklifi için mümkündür. Yani kadın, icabına ilişkin olarak, belirli bir süre içinde teklifini geri alma veya iptal etme hakkını saklı tutabilir⁹². Aynı zamanda sözleşmeye bozucu şart da konulabilir. Bozucu şartın bir örneği olarak 1564 yılı siciline yansıyan bir davada, Kahramanlı Köyü'nden Fatma bt. Mehmed ile eşi Ahmed b. Hasan vekilleri vasıtasıyla muhâlea sözleşmesi yapmaktadır. Muhâlea bedeli kararlaştırıldıktan sonra ileriki dönemde

⁸⁴ Üsk. 26 no'lu Sicil, 200/346-347.

⁸⁵ Atar, "Muhâlea", 30/400.

⁸⁶ Ahmad, *The Muslim Law of Divorce*, 252.

⁸⁷ İbrahim Halebi, *Mevkufat*, 2/276; Merginani, *el-Hidaye*, 2/115. İslam hukukuna göre henüz buluşa ermemiş küçükler, velâyet-i icbâr hakkına sahip kişiler tarafından evlendirilebilir. Buluşa erdiklerinde nikâhlarını feshettirme hakkına sahiptirler. Ancak baba veya dede bu nikâhı kıydırmışsa, buluşa erdiklerinde nikâhlarını feshedemezler. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Gül Akylmaz, "Uygulamadan Örnekler Işığında Osmanlı Aile Hukukunda Zorlayıcı Velâyet Yetkisi Ve Hıyâr'ül Bulûğ Müessesesi" (Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi, Konya, 2022), 131-134; Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 57.

⁸⁸ Üsk. 9 no'lu Sicil, 96/80.

⁸⁹ Üsk. 9 no'lu Sicil, 120/159. Bakara Sûresi, 237: "Eğer onlara mehir tespit eder de kendilerine el sürmeden boşarsanız, tespit ettiğiniz mehrin yarısı onlarındır." "Kur'an-ı Kerim". Erişim tarihi 19.12.24.

⁹⁰ Üsk. 9 no'lu Sicil, 223/499, 356/890. Annenin vasi tayin edilmesi hakkında bkz. Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 84-85.

⁹¹ İbrahim Yılmaz, *Yetki ve Sistem Açısından İslâm Hukukunda Boşanma* (Kayseri: Laçın Yayınları, 2007), 226.

⁹² Ahmad, *The Muslim Law of Divorce*, 248.

nafaka ve mehir davası gelirse tekrar Ahmed'in eşi statüsüne gireceğine dair şart konulmuştur. Bir diğer deyişle hul' işlemi şartlı olarak yapılmıştır⁹³.

16. yüzyıl Üsküdar'ında genel olarak kadın ve erkek tarafından gelen hul' taleplerinde, boşanmayı isteyen taraf öncelikle söze başlamaktadır. Kadın tarafından taleplerde kadın, muhâlea istediğini ya da dava dışı muhâlea yaptığını ikrar etmekte, sonrasında kocası mehri, nafakası ve diğer davalardan feragat etmesi karşılığında kendisinin de muhâleayı kabul ettiğini beyan etmektedir. Daha sonra devreye kâdı girmekte ve tarafların beyanları için yemin verdirtirerek hul' veya bâin talâk veyahut beynûnet işleminin gerçekleştiğini zikredip kaydı sonlandırmaktadır⁹⁴.

Kadının muhâlea talep ederken ayrılık sebebini belirtmesi gerekli değildir. Hz. Peygamber ya da dört halife önüne gelen muhâleaya ilişkin davalarda kadınlara boşanma sebebini sormamıştır⁹⁵. Daha sonraki dönemde ve Osmanlı uygulamasında da muhâlea yapılırken de konuya teknik açıdan yaklaşılmış, kadına ya da erkeğe muhâleayı neden yaptığı sorulmamıştır. Bunun sonucu olarak kâdılar, hul' ile boşanmak isteyen kimselerin boşamasının haklı olup olmadığını sorgulama yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte bazı davalarda taraflar kendiliğinden hüsn-i zindegânilerinin kalmadığını dile getirerek muhâlea talebinde bulunmuşlardır⁹⁶. Hüsn-i zindegâni, hüsn-i muaşeretin kalmaması, şikak (anlaşmazlık) gibi geçimsizliğe ilişkin tabirlere, çalışmanın konusu olan 16. Yüzyıl sicillerinde ara ara rastlanılmıştır. Bu tabirler daha sonra 17. yüzyıldan itibaren sakk mecmualarındaki örnek muhâlea kayıtlarında yer almıştır⁹⁷. Zamanla teknik bir terim haline geldiği anlaşılan hüsn-i zindegâni/hüsn-i muaşeret kavramlarına 18. yüzyıl Üsküdar Mahkemesi muhâlea kayıtlarının hemen hepsinde karşımıza çıkmıştır⁹⁸.

Muhâleaya ilişkin Osmanlı uygulamasında karşılaşılan hususlardan bir diğeri, kadının hul' bedeli vermesi yerine evlilikten doğan maddi alacaklar olan mehrinden, nafakasından ve hatta çocuğu varsa onun da nafakasından vazgeçerek boşanmasıdır. İçinde ibra⁹⁹, yani kişinin alacağından feragat etmesi, berî kılması, ıskat bulunduğu için bu sözleşmeye mübaraa denilmektedir ve muhâlea hükümlerine tâbidir¹⁰⁰. 1580 yılında karşımıza çıkan bir kayıta, Huceste bt. Cafer kocası Mehmed'den mehri, nafakası ve İbrahim adındaki küçük oğluna yedi sene bakması karşılığında muhâlea yapmıştır ve eşi ile "aralarındaki anlaşmazlık ve ihtilaflı kesin giderecek şekilde umumi olarak ibra eylemiştir"¹⁰¹. Bazı davalarda kadının normalde muhâlea yaparken vermesi gereken hul' bedeli gibi bir karşılık alıp, diğer alacaklarından vazgeçtiği de görülmüştür. 1583 yılında Muhibbi bt. Ali, geçimsizlik nedeniyle açtığı hul' davasında mehir karşılığı bir siyah çuka (yün kumaş) almış, diğer hak ve alacaklarından vazgeçmiştir¹⁰².

C. Erkek tarafından talep edilen muhâlea

Hul' işleminin kurulması için irade beyanlarının birbiri ile uyumlu olması gerekmektedir. İcapta yani talepte bulunan kişinin koca olması durumunda, yapılan icabın niteliği Ebu Hanife'ye göre, karısının kabulüne bağlı talâk olduğu yönündedir¹⁰³. Talâkın gerçekleşmesi bir koşula bağlandığı için akıllara

⁹³ Üsk. 26 no'lu Sicil, 438/986.

⁹⁴ Üsk. 51 no'lu Sicil, 134/178; Üsk. 9 no'lu Sicil, 208/450.

⁹⁵ *The Muslim Law of Divorce*, 229.

⁹⁶ Üsk. 56 no'lu Sicil, 82/94.

⁹⁷ Atalızade es-Seyyid Mustafa, *Sakk-ı Şanizade (1610)*, 52-53; *Risâle-i Sakk (1099)* (Milli Kütüphane Yazmalar), 7-9.

⁹⁸ Bkz. Üsküdar Mahkemesi 396 Numaralı sicil muhâlea kayıtları

⁹⁹ Kayıtlarda boşanma veya başka bir hukuki ilişki ile alakalı tarafların mahkemeye gelip, alacaklının, "filan ile dava ve nizâm yoktur", "filanda hakkım yoktur", "filan ile davamdan fariğ oldum", "filan ile davamdan vazgeçtim", "filanda hakkım kalmadı" veya "filandan tamamen hakkımı aldım" gibi ifadelerle borçluyu borcundan kurtarması halinde ibra gerçekleşir. Bu çeşit ibra bir yönden ibra-ı ıskat, yani kişinin bir kimsedeki hakkını kısmen ya da tamamen terk etmesi, diğer yönden ibra-ı amm, yani kişiyi bütün davalardan temize çıkarması anlamına gelmektedir. Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, md. 1536, 1538, 1561, 1565.

¹⁰⁰ Serahsi, *Mebcut*, 6/261-262; Merginani, *el-Hidaye*, 2/114; Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed Kuduri, *Muhtasaru'l Kuduri*, 407.

¹⁰¹ Üsk. 51 no'lu Sicil, 190/327.

¹⁰² Üsk. 56 no'lu Sicil, 107/107.

¹⁰³ Atar, "Muhâlea", 30/399; Serahsi, *Mebcut*, 6/173.

şartlı talâk ve şartlı talâkın beyanda bulunan üzerindeki yemin niteliği gelmektedir. Şartlı talâkta olduğu gibi burada da erkek tarafı yapmış olduğu bu tekliften geri dönemez¹⁰⁴. Oysa kadın icapta bulunduğu zaman erkek kabul edene kadar bu beyanından geri dönebilir ve hatta bir üst başlıkta değinildiği gibi icabına muhayyerlik şartı bile koyabilir. Mahkeme kayıtlarına düşen erkek tarafından talep edilen muhâlea işlemlerinde icabın yemin niteliği kendini göstermektedir. Örneğin, 1653 yılında Sinan Subaşı Mahallesi'nden Yusuf b. Abdullah eşi Selvinaz ile birlikte mahkemeye gelerek nafaka, mehir ve sair taleplerinden vazgeçmesi koşulu ile Selvinaz'a hul` vereceğini ifade etmiş ve Selvinaz bu talebi kabul edince muhâleaya hükmolunmuştur¹⁰⁵. Bu şekilde icapta bulunan Yusuf'un talebi yemin hükümlerine tabi olduğu için Yusuf artık yapmış olduğu tekliften dönemez veya eşinin bu teklifi kabul etmesini engelleyemez. Bunun yanında Selvinaz'ın da yapılan bu teklifi öğrendiği andan itibaren hemen yanıtlaması gerekmektedir. Eğer aynı oturumda teklifi yanıtlamazsa cevap hakkı sona erer ve kocanın teklifi geçersiz hale gelir¹⁰⁶.

Hanefi mezhebince mefkud yani uzak diyara gidip kendisinden haber alınamayan, ölü mü sağ mı olduğu bilinmeyen kişilerin evliliği kendiliğinden sona ermez. Kocanın 90 yaşına gelinceye ya da yaşlılarının ortalama ölüm zamanına kadar yaşadığı kabul edilir. Bu süre geçtikten sonra kocanın hukuken ölümüne hükmedilir. Kadın ölüm iddeti bekler ve bu süreden sonra başka biri ile evlenebilir. Koca, sonradan çıkıp gelirse ölüm karinesi ortadan kalktığı için tekrar eşini alabilir¹⁰⁷. Üsküdar'da yaşanan mefkud vakası buna benzer şekildedir. 1592 yılı siciline yansıyan kayıta, Kudüs'e gidip uzun süre dönmeyen, sonra hakkında öldüğüne dair haber gelen Mustafa b. Mahmud'un eşi Peymane, başka biri ile evlenmiştir. Oysa Mustafa Kudüs'te hasta olmuştur. İyileştikten sonra da memleketine döndüğünde eşini başka biri ile evli bulmuştur. Mustafa ve Peymane'nin evlilikleri tekrar yürürlüğe girmiş ancak Mustafa evli kalmak istememiştir. Bunun üzerine Mustafa hul` talebinde bulunmuş, Peymane mehir ve sair alacaklarından vazgeçmenin yanında 740 akçe hul` bedeli vermiş ve taraflar boşanmıştır¹⁰⁸.

Osmanlı uygulamasında muhâlea ile boşanmada dikkati çeken meselelerden biri de muhâleanın erkek tarafından da oldukça sık talep edilmesidir. Erkeğin talâk yolu ile eşini boşama imkânı varken muhâlea usulüne başvurmasının nedeni, kadının kusurlu ve gayri ahlaki davranışlarından dolayı mehir ve nafaka gibi boşanmanın maddi sonuçlarını vermek istememesidir. 1579 yılına ait sicilde dikkat çeken bir davaya rastlanılmıştır. Nesimi'nin karısı Ayşe bt. Boğzan, eşinin izni olmadan Üsküdar'dan İstanbul'a tek başına gitmiş ve orada bir gece tek başına kalmıştır. Üstelik erkeklerden kaçınmadığı, yaramaz olduğu yani su-i hâli mahalleli tarafından ifade edilmiştir. Bu mesele sicile geçirildikten sonraki kayıta eş Ayşe mahkemeye gelmiş ve Nesimi ile hul` ettiği ancak mehri ve nafakasını istediğini beyan etmiştir. Burada Ayşe'nin hul` yapmaya zorlandığı öngörülebilir. Ancak Nesimi'nin delilleri kuvvetlidir. Udul-i müsliminden mahallenin imamı ve müezzini şahit göstererek anlaşmanın yapıldığı zamanda mehri ve nafakasından vazgeçtiği ispatlanmıştır¹⁰⁹. Sonuç olarak, Nesimi, kusurlu olarak gördüğü eşi Ayşe'den mehir ve nafaka ödemeksizin muhâlea yolu ile boşanmıştır. Başka bir örnek 1583 yılına aittir. Şiddetli geçimsizlik yaşayan Kamer bt. Minnet ve Receb b. Kaya'nın davasında, eşini döven Receb, zor kullanarak muhâlea yapmıştır. İkrâh, yani zorlayarak, tehdit ederek yapılan muhâleada, boşanma işlemi geçerli ancak verilen bedel geçersiz olduğu için Kamer vekili vasıtasıyla mehir ve nafakasının peşine düşmüştür¹¹⁰.

¹⁰⁴ Serahsi, *Mebhut*, 6/262; İbrahim Halebi, *Mevkufat*, 2/276.

¹⁰⁵ *Üsk. 26 no'lu Sicil*, 228/421.

¹⁰⁶ Serahsi, *Mebhut*, 6/262; Atar, "Muhâlea", 30/399; Ahmad, *The Muslim Law of Divorce*, 247.

¹⁰⁷ Halil Cin - Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 329.

¹⁰⁸ *Üsk. 84 no'lu Sicil*, 284/452.

¹⁰⁹ *Üsk. 51 no'lu Sicil*, 72-73/22,23.

¹¹⁰ *Üsk. 56 no'lu Sicil*, 82/94. Aynı nitelikte davalar için bkz. Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 122. İkrâh için Bostanzâde Mehmed Efendi'ye (ö. 1598) gelen "Hind mehrinden ve esbâbından feragat etmek üzere zevci Zeyd ile muhâla'a ettikten sonra 'ben ikrah ile feragat etmiş idim' diye Hind Zeyd'den mehrini ve esbâbını talebe şer'an kâdire olur mu?" sorusuna şeyhülislam, "ikrahı ispat ederse olur" yanıtını vermiştir. "16. Yüzyıl Fetva ve Risaleleri" (2023). Erişim tarihi 15.12.24.

D. Osmanlı'da görülen nitelikli haller

16. yüzyıl Üsküdar sicillerinde teknik olarak muhâlea kapsamında nitelendirilmesi zor ancak erkeğin maddi külfetlerden kurtulduğu anlaşmalara da rastlanmıştır. Muhâlea ya da mübaraa kapsamında yer almamasının nedeni tarafların talâk usulüyle boşandıktan sonra sulh talebinin gelmesidir. Örneğin 1525 yılı sicilinde bir kayıta, Derviş b. Mahmut eşini aralarında husumet olduğu ve zindegânîleri olmadığından talâk-ı selâse ile boşamış, sonraki maddi yükümlülükleri için kadınla altı yüz akçelik bir sulh sözleşmesi yapmıştır. Sulh sözleşmesi ile boşanma sonucunda ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları talep etmekten vazgeçmişlerdir¹¹¹. Benzer nitelikte 1579 yılına ait bir kayıta Nefise bt. Ali, boşandığı eşi Mehmed'den kendisi ve oğlu için nafaka ve mehrini talep etmiş, daha sonra dört yüz akçeye bir anlaşma olmuş ve nihayetinde Nefise, maddi taleplerinden feragat etmiştir¹¹².

Muhâleanın Osmanlıdaki diğer bir farklı uygulaması talâkın türü ile alakalıdır. Buna göre, muhâlea fıkıh eserlerinde bir bâin talâk hükmünde kabul edilmiş iken, kayıtlarda ara ara tarafların anlaşmasında talâk-ı selâse ile muhâlea usulüne rastlanılmıştır. Örneğin 1546 yılına ait bir kayıta, eşi Fatma'yı boşamak isteyen Mustafa b. Ali, mehir, nafaka ve sair dava haklarından vazgeçtiği takdirde Fatma'ya talâk vereceğini beyan etmiş, Fatma bu icabı kabul edince de üç talâk ile Fatma'yı boşamıştır¹¹³. Talâk-ı selâsenin sonucu *beynûnet-i kübrâ* olduğu için bundan sonra Mustafa'nın tekrar Fatma'ya nikâh kıyması, Fatma'nın başka biriyle evlenip ayrılması gibi aşılması zor koşullara bağlanmıştır.

Adı muhâlea olan ancak kadının maddi talebinden feragat etmediği boşanmalara da kayıtlarda rastlanmıştır. Örneğin, 1579 yılına ilişkin bir kayıta, Döçine bt. Yorgi, eşi Dimo'dan muhâlea yolu ile boşanmıştır. Lakin bu sözleşme ile Döçine'nin mehir talebinin sona ermediği ve hatta kayınvalidesi mehre kefil olduğu için mehrini ondan ve varislerinden istediği anlaşılmaktadır¹¹⁴. Başka bir davada da benzer şekilde yüz akçe mehir-i müeccelin kadın tarafından alınmasından sonra muhâlea yapılmıştır¹¹⁵. Mehir ve nafakanın kadın üzerinde kaldığı 1592 yılına ait bir davada, Hasan b. Sâdık, evli iken eşine borç verdiğini ve daha sonra mehir ve nafakadan vazgeçilmek üzere talâk-ı selâse ile muhâlea yaptığını beyan etmiş ve borcunu talep etmiştir. Cevap hakkı eski eş Hafsa bt. Derviş'e geçtiğinde, Hafsa yapılan işlemin muhâlea olmadığını, eşinin üç talâk ile kendisini boşadığını ve borcunu mehir ve nafakaya mahsup ettiğini iddia etmiş ve iki şahitle iddiasını ispatlamıştır¹¹⁶.

Hul' bedelinin genel olarak kadının maddi taleplerinden vazgeçmesi olduğundan bahsedilmişti. Mahkeme önüne gelen bazı davalarda ise evdeki bazı eşyaları erkeklerin hul' bedeli olarak aldıkları, eski eşleri eşyaları talep edince ortaya çıkmıştır. Karşımıza çıkan 1534 yılına ait iki davada, kadınlar eski eşlerinde kalan eşyaların hul' bedeli olduğunu inkâr etmiş ancak mesele iki şahitle erkek lehine sonuçlanmıştır¹¹⁷. Sicillerdeki bu kayıtların varlığının, kadınların muhâleayı mahkeme önünde yapmadıkları için böyle bir talepte bulunabileceklerini düşünmeleri mi, yoksa erkeklerin eski eşlerine bir şey vermemek için sadece şahitle ispatın yeterli olduğu yargılama usulüne güvenerek kadınları müşkül durumda bırakmak istemeleri nedeniyle mi olduğu anlaşılmamaktadır.

Osmanlı sicillerine yansıyan muhâleaya ilişkin diğer bir ayrıntı, kararların kısmen Arapça yazılmasıdır. Teknik bir evliliğin sona ermesi usulü olduğu ve sakk mecmualarında da muhâlea kayıtlarında Arapça örnekler bulunduğu için kanaatimizce mecmuadaki kalıba uygun bir talep geldiği takdirde, katipler kayıtları Arapça hazırlamışlardır¹¹⁸.

¹¹¹ Üsk. 5 no'lu Sicil, 203/295.

¹¹² Üsk. 51 no'lu Sicil, 74/26.

¹¹³ Üsk. 14 no'lu Sicil, 114.

¹¹⁴ Üsk. 51 no'lu Sicil, 76/31.

¹¹⁵ Üsk. 51 no'lu Sicil, 82/46.

¹¹⁶ Üsk. 84 no'lu Sicil, 163/164.

¹¹⁷ Üsk. 9 no'lu Sicil, 174, 177-178/337, 350.

¹¹⁸ Mehmet Akman, "İstanbul Kadı Sicillerindeki Arapça Kayıt Örnekleri", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi* 8 (2009), 8.

Tefrik

Talâk ve muhâlea ile boşanmada evlilik, taraflarından en az birinin iradesine bağlı olarak sona ererken tefrik usulünde kadın eş boşanmak için mahkemeye başvurmaktadır. Yapılan yargılama sonucunda hâkim kadını haklı bulursa ayrılık kararını vermektedir. Kadınların tefrik kararı için mahkemeye başvurmalarının en önemli amacı eşinden talep edeceği maddi imkândır. Oysa yukarıda açıklandığı üzere, kadının da inisiyatif alabildiği diğer bir yöntem olan muhâleada boşanan kadın teorik olarak maddi kayba uğramaktadır. Dolayısıyla ekonomik özgürlüğü olmayan kadının, muhâlea yerine mahkemede İslam hukukuna göre kabul edilmiş sebepler ileri sürerek boşanma kararı almak istemesinin hayatın olağan akışı içerisinde menfaatine olduğu açıktır.

Tefrik kararı verilebilecek boşanma sebeplerine gelindiğinde, bu konuda Hanefi mezhebinin sebepleri oldukça sınırlı tuttuğu görülmektedir. Hanefiler sadece erkekte bulunan ve evliliğin devamına engel olan cinsel hastalık nedeniyle birlikteliğin mahkeme tarafından sona erdirilmesine karar verilebileceği yönünde görüşte bulunmuştur¹¹⁹. Bu nedenle inceleme yapılan sicillerde tefrik kararı oldukça azdır. Birkaç kayıta tefrik yazsa bile metin okunduğunda bahsedilenin talâk ya da muhâlea olduğu anlaşılmaktadır. Dikkati çeken tek örnek, 1520 yılında Demirci Ali'den *tefrik olan* Nefise'nin vekil vasıtasıyla kendisine, çocuğuna nafaka bağlatması ve kalan mehrini talep etmesidir¹²⁰. Bu kayıta tefrik nedeni açıklanmamıştır. Bununla birlikte tefrikten önceki davalarda Nefise hamile iken Demirci Ali'nin onu dövdüğü ihbarı kayıtlara yansımıştır¹²¹. Demirci Ali yemin ederek bu suçlamadan beraat etmiştir. Çalışmanın konusu siciller incelendiğinde boşanma işlemi türünün (bâin/ric'i veya muhâlea) yüksek oranla kayıtlara geçtiği, talâk ile boşanma olduysa kadına "*mutallaka*" ifadesi kullanıldığı oysa zikredilen kayıta ve sonrası nafaka bağlanmasına ilişkin kayıtlarda "*tefrik*" ibaresinin yer aldığı görülmektedir¹²².

Hanefi mezhebince tefrik sebebi kabul edilmeyen nafakanın ödenmemesi, sicillere nafaka talebi olarak yansımıştır. Şafii mezhebine bakıldığında nafakanın ödenmemesi, tefrik sebeplerinden biri olarak kabul edilmektedir. Üsküdar sicilinde zikredilen dava dışında başka davaya rastlanılmamakla birlikte, ülkenin diğer şehirlerinde, örneğin Bursa'da kadınların zor durumunun önüne geçmek maksadıyla kâdılar, Şafii mezhebinden naip atayıp kadınları eşlerinden tefrik ederek geçici olarak çözüm üretmeye çalışmışlardır¹²³. Nafakanın ödenmemesine ilişkin Şeyhülislam İbn Kemal, önüne gelen bir meselede, kadının Şafii mezhebine geçip, eşinden ayrılıp başka biri ile evlenmesine "caizdir" diyerek onay vermiş, Şafii mezhebinde nafakanın ödenmemesinin tefrik sebebi olduğunu dile getirmiştir¹²⁴. Ancak bir süre sonra bu uygulamadan vazgeçilmiştir. Mesele Ebusuud Efendi'nin önüne geldiğinde "*teşeffu*" yani Şafii mezhebine geçme hususunun artık Diyar-ı Rum'da kabul edilmeyeceğine ilişkin kanun çıkarıldığını ifade etmiş, böylece Anadolu ve Rumeli'de nafakanın ödenmemesinde, kadının tefrik imkânı ortadan

¹¹⁹ Tefrik usulü şu şekilde ilerler: Erkeğin cinsel münasebette bulunmaktan aciz olduğu iktidarsızlık halinde kadın tefrik için mahkemeye başvurur. Hâkim bir yıllık süre tayin eder. Bu süre zarfında ilişki gerçekleşirse tefrik talebi düşer. İlişki gerçekleşmezse kadının seçimlik hakkı vardır; isterse evliliği devam ettirir, bu durumda tekrar tefrik talebinde bulunamaz, istemezse tefrik talebini yineler ve hâkim tarafların ayrılımlarına karar verir. Bu ayrılık geri dönülemeyen kesin ayrılıktır. Yani üç talâk sonrası gerçekleşen *beynûnet-i kübrâ* terimiyle izah edilen ayrılıktır. Merginani, *el-Hidaye*, 2/133-135; Müge Vatansever, *Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukukuyla Karşılaştırılması* (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011), 67-69.

¹²⁰ *Üsk. 2 no'lu Sicil*, 210/413,414; 268-269/521.

¹²¹ *Üsk. 1 no'lu Sicil*, 423/793.

¹²² "Kazıyye Vech-i tezkiretü'l-hurûf oldur ki erinden **tefrik** olan Nefise'nin vekilü's-şer'[isi] olan Kılavuz şer'-i şerîf meclisine Demirci Ali[yi] ihzâr edip şöyle takrîr-i da'vâ kılıp dedi ki vekilü's-şer' olduğum Nefise **tefrik** olduğu Ali'nin oğlu Mehmed nâm sagırın nafakasında ve kisvesinde âcizim deyicek mezkûr Mehmed nâm sagırın atasından yevmi ikişer râyicü'l-vakt akçe karz ve takrîr olunup deftere sebt olundu. Tahrîren fi 7 Rebî'ilevvel min şuhûri sene 926.

Şuhûdü'l-hâl: Sinan b. Ramazan, Ali Bâli b. Kılavuz, Mesud b. Nasrullah, Mezid b. Mustafa, Elhâc Hüseyin b. Kılavuz", "Vech-i tezkiretü'l-hurûf oldur ki Erinden **tefrik** olan Nefise'nin vekilü's-şer'[isi] olan Kılavuz Demirci Ali[yi] ihzâr edip **tefrik** idiğin Nefise'nin iddeti içinde olan nafakasını talep ederim deyicek mezbûre Nefise Hâtun'a üç ay on gün için yüz elli akçe nafaka hükm olunup deftere sebt olundu. Tahrîren fi gur-re-i Rebî'ilevvel min şuhûri sene 926".

¹²³ Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 125.

¹²⁴ İnancır, *Kanuni Devrinde Osmanlı*, 74.

kalkmıştır¹²⁵. Mısır ve Şafii mezhebinin yaygın olduğu yerlerde ise bu durum uygulanmaya devam edilmiştir¹²⁶. Yukarıdaki dava 1520 yılında yani Şafii mezhebi uygulamasının yasaklanmadığı bir zamanda meydana gelmiştir. Üsküdar Mahkemesi'nin mağdur kadını korumak maksadı ile Şafii mezhebine göre naip atayıp tefrik kararı vermesi teorik olarak mümkündür.

Fesih

Fesih, evliliğin nikâh akdi esnasında veya sonradan meydana gelen bir eksiklik veya sakatlık nedeniyle sona ermesidir¹²⁷. Açılan davalarda fesih nedeni tespit edilir, deliller yeterli ise tarafların derhal ayrılmasına karar verilir.

Fesih ile talâkın sonuçları arasında tarafları etkileyen önemli farklılıklar vardır. İlki, feshin derhal evliliği sona erdirmesidir. Oysa talâkta, özellikle ric'i talâkta evlilik iddetin bitimine kadar hükmünü devam ettirmektedir. Diğer önemli sonuç, feshin erkeğe ait olan üç talâk sayısını azaltmamasıdır¹²⁸. Fesih nedeni düzeltilebilir ise, taraflar tekrar evlendiğinde talâk adedi sanki ilk defa nikâh akdi yapılmış gibidir.

Fesih nedenleri çeşitlidir. Evliliği geçersiz kılan durumlar aynı zamanda fesih nedenleridir. Geçersiz evlilikler fasit ve batıl evlilik olarak sınıflandırılmaktadır. Evliliğin kurucu şartları olan ehliyet, meclis birliği, evlenme engelini bulunmaması ya da irade beyanının şartsız olmasından birinin ihlali halinde batıl evlilik; evliliğin sıhhat şartları olan şahitlerin bulunması, cebir ve ikrahın bulunmamasının (ve evlenme engelini bulunmaması) ihlal edilmesi fasit evlilik olarak görülmüştür¹²⁹.

Daimî evlenme engelleri olan alt ve üstsoy ile evlilik, evlenme ile doğan sıhri hısımlarla evlilik ve süt hısımları ile evlilikler geçersizdir. Yapılan evliliğin derhal feshedilmesi gerekir. Geçici evlenme engeli olan kişilerle evliliklerde ise geçersizlik nedeni ortadan kalktıktan sonra tekrar evlenilebilir. Bunlar, evli veya iddet bekleyen kadınla evlilik, teyze-yeğen veya iki kız kardeşin aynı anda aynı kişi ile evliliği ya da talâk-ı selâse ile boşanılmış kadınla evlilik veya beşinci kadınla yapılmış evliliklerdir¹³⁰. Bu evliliklerin de feshedilmesi gerekir. Ancak geçici durum ortadan kalktığında, mesela evli kadın boşandığında, iddet bekleyen kadının iddeti sona erdiğinde, tekrar evlenmede bir sakınca yoktur¹³¹.

Batıl ve fasit evliliklerde nikâh kendiliğinden münfesihi olmakla birlikte, mahalleli ya da taraflar durumu fark ettiğinde meseleyi dava konusu edebileceği gibi mahkeme de resen hareket edebilir¹³². Örneğin, iddet süresi beklenmeden yapılan evlilik ile ilgili ilgi çekici bir karara Üsküdar Mahkemesi'nde rastlanılmıştır. 1519 yılında Hızır Bâli, eşi vefat eden Servi ile evlenmiştir. Taşköprü semtinde mahkeme naibi olan Ali Fakih, Servi'nin ölüm iddetinin bitmediğini fark etmiştir. Yaptığı hesaplamalar doğrultusunda iddet içerisinde evlendiği için Hızır Bâli'ye tazir cezası vermiş ve Servi ile yaptığı nikâhı feshetmiştir. Verilen kararı anlamlandıramayan Hızır Bâli üst makamlara¹³³ başvurmuş, tazir ve fesih kararının kaldırılmasını talep etmiştir. Mesele tekrar soruşturulmak üzere Üsküdar Mahkemesine gönderilmiştir. Üsküdar kâdısının teftişinde naip Ali Fakih, Servi'nin eski eşinin ölüm tarihi ve Hızır Bâli

¹²⁵ Düздаğ, *Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı*, 67.

¹²⁶ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 91.

¹²⁷ M. Âkif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1985), 35.

¹²⁸ Ekinci, *Türk Hukuk Tarihi*, 280.

¹²⁹ Ebu Hanife dışındaki mezhebin diğer âlimleri fasit-batıl evlilik ayrımını yapmamışlar, iki kavramı birbiri yerine kullanmışlardır. Bundan dolayı evlenme engelleri kimi zaman fasit evlilik, kimi zaman da batıl evlilik kategorisinde değerlendirilmiştir, Ali Bardakoğlu, "Fesih", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/429. Mesela bâin talâk iddeti bekleyen kadınla evliliğin batıl ya da fasit evlilik olduğuna ilişkin görüş ayrılıkları mevcuttur. Ebu Hanife, aralarında evlenme engeli bulunan kişilerin evliliğini doğacak çocuğun nesebinin sabit olması için fasit evlilik kategorisinde ele almıştır, Cin - Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 431,437.

¹³⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 271-275.

¹³¹ Cin - Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 426.

¹³² H. Necati Demirtaş, *Açıklamalı Osmanlı Fetvaları II* (İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 2012), 123; Vatansever, *Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukukuyla Karşılaştırılması*, 48.

¹³³ Sicil metni zarar görmüş olduğu için hangi üst makam olduğu anlaşılamamıştır. Mahkemeye "Ağa Hazretleri'nin" mektubu ulaşmış, mektuba binaen yargılama yapılmıştır.

ile nikâh tarihini hesaplayarak 10 gün erken nikâh kıyıldığını, birleşmemeleri gerektiğini Hızır Bâli'ye tembihlediğini iddia etmiştir. Hızır Bâli ise artık çok geç olduğunu, Dursun Fakih adlı kişiden izin alarak nikâh kıydıkları için birleştiklerini, iddetin ne zaman bittiğini bilmediğini itiraf etmiştir. Sürelerin tayini için udul-i müslimine başvurulmuş; tarihler Ali Fakih'in iddia ettiği tarihlerle örtüşmüştür. Böylece Ali Fakih'in verdiği fesih ve tazir kararı geçerli sayılmıştır. Sonrasında Hızır Bâli'nin talebiyle nikâh yeniden kıyılmıştır¹³⁴.

Batıl ve fasit nikâhların fesh olunmasının yanı sıra bağlayıcılık yani lüzum şartlarının eksikliği de nikâhın feshi için bir sebeptir. Lüzum şartlarına muhayyerlik, yani taraflardan biri ya da ikisinin nikâhın devamı ya da feshi konusunda seçim yetkisinin bulunması ve velinin denklik itirazı girer¹³⁵. Nikâhın feshine konu olan muhayyerlik konuları, buluğa erme, azat olma ve yetkisiz temsilcinin kıydığı nikâhtır. Osmanlıda karşımıza en çok çıkan muhayyerlik buluğa erme nedeniyledir. Buluğ muhayyerliği, babası ya da baba dedesi olmayan bir yakını tarafından küçüğün evlendirilmesinde küçüğün, buluğa erdiği zaman kendisi adına yapılan evliliği reddetmesi halidir¹³⁶. Hanefi mezhebine göre kızların 9, erkeklerin 12 yaşından önce hukuken buluğa ermedikleri kabul edilmiştir. Bu nedenle bu yaştan önce yapılan evliliklerde küçüğü kimin evlendirdiğine bakılmaktadır. Mesela anne evlendirmişse, çocuk buluğa erdiğinde mahkemeye başvurup nikâh akdini feshettirebilir¹³⁷.

Kefaet¹³⁸ yani denklik de veliye tanınmış bir çeşit muhayyerliktir. Burada veli¹³⁹, izni ya da haberi olmadan kendisiyle denk olmayan biri ile evlenen kızının evliliğini feshettirme hakkına sahiptir. Velinin bu hakkı kullanıp kullanmamakta iradesi bulunmaktadır. Veli denklik itirazını kızı çocuk doğuruncaya kadar yapabilir. Bunun yanında, bu hakkını kullanacaksa velinin mahkemeye başvurması gerekmektedir. Evliliğin feshi ancak mahkeme kararı ile olmaktadır. Feshe kadar evlilik, hükmünü devam ettirmektedir¹⁴⁰.

Muhayyerliğe ve kefaete benzer olarak eksik ehliyetli kimsenin (mümeyyiz küçükler ve akıl zayıflığı olanların) velisi ya da vasisinin izni olmadan yapılan evlilik de veli ya da vasi tarafından iptal edilebilir¹⁴¹. Kefaet ve buluğ muhayyerliğine incelediğimiz 16. yüzyıl Üsküdar sicillerinde rastlamamakla birlikte diğer yüzyıllarda karşımıza çıkmıştır.

Hanefilerin kabul ettiği bir diğer fesih sebebi din değişikliğidir. Gayrimüslimlerin din değiştirerek Müslüman olması Osmanlı toplumunda sık rastlanan bir olgudur. Farklı dinlerde kalmış çiftlerin evliliğinin ne olacağı meselesi hukukçular tarafından tartışılmıştır. Ehl-i kitap gayrimüslim bir erkek bir İslam devleti sınırları içerisinde Müslüman olursa, eşi de ehl-i kitaptansa eşinin din değiştirmeden kalmasının nikâhlarına bir etkisi yoktur¹⁴². Ancak Müslüman olan kadın ise, İslam hukukuna göre Müslüman bir kadının semavi dinden de olsa gayrimüslim bir erkekle evlenmesi yasak olduğu için hâkim önce kadının eşine Müslüman olmayı teklif eder. Erkek de kabul ederse mesele ayrılık olmadan çözülür. Erkek ihtidayı kabul etmezse hâkim onları tefrik eder¹⁴³.

¹³⁴ Üsk. 2 no'lu Sicil, 177-178/322.

¹³⁵ Gülnihal Yılmaz, *İslam Aile Hukukunda Fesih, Talâk ve Tefrik İlişkisi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020), 59.

¹³⁶ Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiye Kamusu*, 2/182; Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 105. Babası ya da baba dedesi tarafından evlendirilen kızın muhayyerlik iddiasında bulunamayacağına ilişkin tartışma için bkz, Akyılmaz, "Uygulamadan Örnekler Işığında Osmanlı Aile Hukukunda Zorlayıcı Velâyet Yetkisi ve Hıyâr'ül Bulûğ Müessesesi".

¹³⁷ Cin - Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 417.

¹³⁸ Kefaet, evlenecek olan erkeğin eşinin ailesine, din, sosyal statü, hürlük, servet, sanat, soy bakımından denk olması anlamına gelmektedir, Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 270.

¹³⁹ Veli yoksa kız ile evlenme engeli olan akrabaların da utanç bütün aileye ait olduğu için itiraz haklarının bulunduğu yönde görüş için Şeyh Bedreddin, *Yargılama Usulüne Dair: Câmiu'l-Fusûleyn*, ed. Hacı Yunus Apaydın (Ankara: T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, 2012), 552.

¹⁴⁰ Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-Fusûleyn*, 551.

¹⁴¹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 268.

¹⁴² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 277.

¹⁴³ Merginani, *el-Hidaye*, 2/45.

Bu tefrikin fesih mi yoksa boşanma mı sayılacağı mezhep içinde tartışma konusu olmuştur. Ebu Yusuf'a göre bu ayrılık fesih niteliğindedir, talâk sayısını azaltmaz. Erkek, Müslüman olmayı reddetse bile ileride Müslüman olma ve tekrar evlenme ihtimali vardır. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre ise, bu bir boşanmadır. Hâkim erkeğin yerine geçerek onu boşamış sayılır ve talâk sayısını düşürür¹⁴⁴.

Osmanlı uygulamasına ilişkin olarak 16. yüzyıl sicillerine bakıldığında bu konuda rastlanan bir örnekte ilk görüşün kabul edildiği ancak 18. yüzyıla ilişkin sicillere bakıldığında ise, bu konuya ilişkin rastlanan iki örnekte ikinci görüşün tercih edildiği anlaşılmaktadır. 1563 yılında Üsküdar Mahkemesine gelen bir davada Müslüman olan Ayşe bt. Abdullah ile İslam teklif edilip dine geçmeyi reddeden Mihal v. Todora'nın evliliği *fesh* olunmuş ve Ayşe bt. Abdullah'a iddet nafakası takdir edilmiştir¹⁴⁵.

İkinci görüşe örnek olarak ise, 1711 tarihli bir sicil kaydında Üsküdar'da sakin olan Vasil'in Müslüman olan ve Fatima adını alan eşinin tefrik talebi karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme Vasil'i buldurup üç kez İslam'a çağırılmış, Vasil her defasında ihtidayı reddedince mahkeme tarafların *tefrikin*e karar vermiştir¹⁴⁶. 18. yüzyıl Bab Mahkemesi Sicilinde yer alan bir dava da İslam ile müşerref olan Zeynep için mahkeme, önce üç yaşındaki çocuğunu Mehmed ismi ile İslama kaydedip sonra eşi David'i dine davet etmiştir. David, din değişikliğini reddedince kâdı, tarafların tefrikin ve çocuğun anneye teslimine karar vermiştir¹⁴⁷. Bir sonraki kayıta ise ayrılığın talâk niteliğinde olduğu vurgulanarak Zeynep'e ve çocuğuna mehir ve nafaka takdir edilmiştir¹⁴⁸.

Son olarak nikâhın feshine neden olan husus, taraflardan birinin irtidat etmesi yani dinden çıkmasıdır. Elfâz-ı küfr ya da kelime-i küfr, Allah'ı, Peygamber'i, Kuran'ı ve İslam'ın getirdiği bütün kuralları inkâr eden sözler olarak ifade edilebilir. Bu sözleri kullanan ciddi olsun olmasın imandan ve dinden çıkmış kabul edilir¹⁴⁹. Bunun yanında nikâhı da fesh olunur. Niteliği bâin yani ayırıcı nitelikte olsa bile talâk hükmünde değildir. Bu nedenle elfaz-ı küfrden dolayı üç kez nikâh iptal olsa bile tekrar iman edildiği takdirde eşiyle nikâh kıyabilir.

İncelediğimiz Üsküdar sicil kayıtlarında küfür sebebiyle yapılan feshe rastlanmamış olmakla birlikte Ebussuud Efendi'ye yönelen talâk sorularının önemli bir kısmı bir şekilde küfür kelimeleri söylemiş olan şahsın eşinin medeni halinin durumu ve tefrik işleminin talâk sayısını azaltıp azaltmayacağına ilişkindir¹⁵⁰. Bu bağlamda aynı yüzyılda Galata Mahkemesi'ne gelen üst sınıf askeri yönetici olan Sekbanbeyi Mehmed Bey'in davası dikkat çekicidir. Bâli Bey'in kızı Ayşe Hatun ile evli olan Mehmed Bey, eşinin Kuran tilaveti sırasında bir nedenle sinirlenmiş ve hem Ayşe Hatun'a hem de Kuran-ı Kerim'e küfretmiştir. Olaya şahit olan Ayşe Hatun'un kardeşi Mustafa Çelebi ve iki kadın da duruşmaya katılmış ve Mehmed Bey'in küfrettiğini ispat etmişlerdir. Bunun üzerine mahkeme tarafların nikâhını feshetmiştir¹⁵¹.

Gayrimüslimlerin Boşanması

Osmanlı devletinde yaşayan gayrimüslimlere uygulanan hukuk, mülkilik ilkesi gereği İslam hukukudur. Bununla birlikte açık ya da örtülü bir şekilde yapıldığı düşünülen zimmet anlaşması gereği, ülke sınırları içinde yaşayan gayrimüslimlere cizye vergisi vermesi ve düzene uyması karşılığında bazı imtiyazlar tanınmıştır. Bunlar, askerlik yapmama, can ve malın korunması ve konumuzla ilgili olarak dini yaşama özgürlüğüdür. Dini yaşama özgürlüğünün kapsamına sadece ibadetler girmemekte, aynı zamanda ahvâl-

¹⁴⁴ Merginani, *el-Hidaye*, 2/44-46.

¹⁴⁵ *Üsk. 26 no'lu Sicil*, 376/848.

¹⁴⁶ Ekrem Tak - Bilgin Aydın, *Arz Marûz İlâm: Osmanlı Diplomatiğinde Belge Formlarının Değişimi Üzerine Bir İnceleme* (İstanbul: İstanbul Medeniyet Üniversitesi, 2018), 219.

¹⁴⁷ *Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (H. 1162-1163 / M. 1749-1750)*, haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz, çev. Nedim Pakırdağ vd. (İstanbul: Kültür A.Ş., 2019), 504/679.

¹⁴⁸ *Bab 197 no'lu Sicil*, 520/707.

¹⁴⁹ Ahmet Saim Kılavuz, "Elfâz-ı Küfür", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/25.

¹⁵⁰ Düzdağ, *Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı*, 45-47.

¹⁵¹ Galata Mahkemesi, 5 Numaralı Sicil, s. 142, Hüküm no: 125.

i şahsiyye alanında kabul edilen evlenme ve boşanma konuları da dahil olmaktadır. Bu nedenle Osmanlı Devleti'nde yaşayan gayrimüslimler kendi hukuklarına göre evlenip, evliliklerini sona erdirebilmişlerdir. Yargılamayı yapan makam, evlilik işleminin kutsal olarak görülmesinden ve dini merasimle yapılmadığı takdirde yaptırım uygulanmasından dolayı ilgili cemaatlerin liderliğinde oluşturulan cemaat mahkemeleridir¹⁵².

Gayrimüslimlere verilen kendi mahkemelerinde yargılanma imkânının yanında, gayrimüslimler Osmanlı Devleti'nin genel yetkili yargı makamı olan şer'iyeye mahkemelerini sıklıkla kullanmışlardır. Çalışmanın kaynağı olan 16. yüzyıl Üsküdar Mahkemesi sicillerinde de gayrimüslim eşlerin evliliğinin sona ermesine ilişkin kayıtlara rastlanılmıştır. Zimmilerin bu konuda şer'iyeye mahkemelerini tercih etme nedenlerinden en önemlisi bilindiği üzere Hristiyanlık dinine göre boşanmanın ya mümkün olmaması ya da çok sıkı koşullara bağlanmasıdır¹⁵³. Halbuki İslam hukukuna göre boşanma özellikle erkek açısından oldukça kolaydır. Üstelik kendi dinlerine kıyasla kadınlar lehine maddi imkânlar da bulunmaktadır¹⁵⁴. Kendi dinlerinde esnek olmayan uygulamadan kaçmak isteyen ve anlaşılamayan çiftler Osmanlı'da soluğu şer'iyeye mahkemelerinde almışlardır. Cemaat mahkemeleri kendilerine beratla imtiyaz tanınan yargı makamları olduğu için şer'iyeye mahkemelerinin yargı yetkisini kaldırmamaktadır. Şer'iyeye mahkemelerince verilen kararlar kesin ve ülkenin her yerinde geçerlidir¹⁵⁵.

16. yüzyıl Üsküdar'ında gayrimüslimlerin boşanmasına ilişkin mahkeme tarafından kayıt altına alınan çeşitli kararlar vardır. Kararlar tekdüze değil talâk-ı selâseden muhâleaya kadar geniş bir yelpazededir. Örneğin, 1535 yılına ilişkin bir kayıta, Çengelköy'de sakin olan zimmiler mahkemeye gelip kendi inançlarına aykırı biçimde boşanan bir çiftin durumunu kayıt altına almışlardır¹⁵⁶. 1516 yılına denk düşen bir diğer kayıta Rus Hızır, eşi Erine bt. Kosta'yı talâk-ı selâse ile boşamış ve kadına bir miktar nafaka takdir edilmiştir¹⁵⁷. Üç talâk ile boşanma olduğu için yukarıda da izah edildiği üzere eşi ile tekrar evlenebilmesi için Erine'nin başka biri ile evlenip usulüne göre ikinci evliliğinin bitmiş olması gerekmektedir. Boşama sonrası da İslam hukuku kuralları caridir¹⁵⁸.

Şer'iyeye mahkemeleri sadece yargılamanın yapıldığı ve kararların alındığı bir yapıda değil, aynı zamanda var olan durumun tespit edilerek kayıt altına alındığı bir yapıda kurulmuştur. Kişiler ileride karşılaşacakları herhangi bir iddia karşısında önceden kayıtlama yaptırarak aleyhlerine delil sunulmasını engellemek istemişlerdir. Boşanmanın kayıt altına alınması da bunlardan biridir. Müslümanlar tarafından sıkça başvurulmuş bu uygulamaya zimmiler de başvurmuştur. Bunun yanında zimmilerin hakkı olan kendi liderlerince yapılan yargılamaların kesin hüküm olmaması nedeniyle şer'iyeye mahkemesince tasdik edilmesi ihtiyacı hâsıl olmuştur¹⁵⁹. Örneğin 1524 yılında Kuzguncuk'ta

¹⁵² Aydın, *Osmanlı Hukuku- Devlet-i Aliyye'nin Temeli*, 293-295.

¹⁵³ Ortodoks mezhebine göre zina, öldürmeye teşebbüs, şiddet, akıl hastalığı, alkol bağımlılığı, kocanın en az üç yıl süren cinsel iktidarsızlığı ve üç yıl yokluğu boşanma nedeni olarak kabul edilmekte ve boşanmak için bu nedenlerden birinin mutlaka bulunması gerekmektedir. Zülfiye Koçak, "Osmanlı Toplumunda Zimmî Kadınların Kadı Mahkemelerini Kullanma Pratiği: Vidin Örneği (1700-1750)", *Balkan Araştırma Enstitüsü Dergisi* 7/1 (2018), 183; Kemal Çiçek, "Cemaat Mahkemesinden Kadı Mahkemesine Zimmilerin Yargı Tercihi", *Pax Ottomana Studies in Memoriam Prof. Dr. Nejat Göyünç* (Ankara, 2001), 38. Katolik mezhebine göre evlilik ruhların birleşmesi şeklinde kutsal bir bağ olarak tanımlanmıştır. Tanrı tarafından kurulmuş bir bağın insanlar tarafından ortadan kaldırılması mümkün görülmemiştir. Sosyal yaşamın gereklerine uygun olmayan bu kural, çokça eleştirilmiştir. Örneğin, İngiltere kralı VIII. Henry, eşinden boşanıp Anne Boleyn ile evlenmek istemiş, Papalık izin vermeyince ülkesinde Anglikan Kilisesi'ni kurmuş ve Aragonlu Catherine ile evliliğini iptal ettirmiştir. Dilek Yiğit, "Marian Sürgünleri: I. Mary Döneminde İngiltere'den Kıta Avrupası'na Göç Hikayesi", *İstanbul Kent Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi* 4/1 (2023), 48-49.

¹⁵⁴ Macit Kenanoğlu, *Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek* (İstanbul: Klasik, 2017), 307-308.

¹⁵⁵ İbrahim Durhan, *Yapısı ve İşleyişi İtibariyle Osmanlı Yargı Örgütü ve Tanzimat Dönemindeki Gelişmeler* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1999), 92-93; Mehmet Akman, "A Zimmi: 'Let My Wife be Divorced from Me Three Times': The Use of the Ottoman Kadı Courts by Zimmis for Family Law Issues", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi* 12 (2011), 9.

¹⁵⁶ *Üsk. 9 no'lu Sicil*, 307/754.

¹⁵⁷ *Üsk. 1 no'lu Sicil*, 115/32.

¹⁵⁸ Cin - Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 228; İbrahim Etem Çakır, "Zimmi Kadınlar Kadı Mahkemesinde: Sofya XVII. Yüzyıl", *Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi* 21/21 (2014), 47.

¹⁵⁹ Aydın, *Osmanlı Hukuku- Devlet-i Aliyye'nin Temeli*, 309.

ikamet eden Dimitri, eşini Hristiyanlıktaki en önemli boşanma sebebi olan ihanet-zinadan dolayı¹⁶⁰ boşanmış ve durumu mahkemede kayıt altına aldırılmıştır¹⁶¹. Kaydın bu anlama geldiğini Dimitri'nin "...dinim üzerine boşadım." ifadesinden anlamaktayız. Diğer kayıtlarda ise mesela Rus Hızır, talâk-ı selâse ile İslam hukukuna göre boşanmış olmaktadır.

Kâdı tarafından verilen karar, subaşının emrindeki bir görevli tarafından cemaat mahkemesine iletilmekte ve karara uyulması emredilmektedir. Karara uyulmazsa hapis cezasına varan yaptırımlar uygulanmaktadır.

Sonuç

İncelenen 16. yüzyıl Üsküdar Mahkemesi kayıtları İslam-Osmanlı hukukunda evliliğin sona ermesinin ne şekilde tatbik edildiğinin önemli bir göstergesidir. Kadın ve erkek eşler mahkemelere başvurup çeşitli yönlerden boşanmaya ilişkin haklarını talep etmişler, yapılan yargılama neticesinde delillerin değerlendirilmesi ile bir sonuca varılmıştır. Kimi zaman bu sonuç davacı lehine iken kimi zaman da davalı lehine olmuştur. Mahkemelerin İslam hukukunu uygularken cari mezhep olan Hanefi mezhebine riayet ettiği dikkat çekmiştir.

Evliliğin sona ermesine ilişkin kayıtlar incelendiğinde kadınların yanında erkeklerin de özellikle maddi haklarını savundukları görülmüştür. Kadınların mehir ve nafaka taleplerine karşın, erkeklerin muhâlea yolu ile boşandıkları, bu nedenle kadının maddi talepte bulunamayacaklarına ilişkin savunmalarına oldukça sık rastlanılmıştır. Muhâlea yoluyla yapılan boşamanın bâin talâk niteliğinin değiştirilmesi de karşılaşılan önemli hususlardan biridir.

Muhâlea'nın yanı sıra şartlı talâk müessesesi de kullanılmıştır. Savaş ve benzeri nedenlerle uzağa gitme ya da kötü muamele, içki içme gibi erkek tarafından icra edilen olumsuz hareketlerin kadını mağdur etmesinin önüne geçmek amacıyla, erkeğin ya kendiliğinden ya da mahkemenin talep etmesi ile şartlı talâk verdiğine rastlanılmıştır. Bunun yanında dikkat çeken bir husus olarak, sicillerde yeminin pekiştirilmesi amacıyla, eşlerin birbiri ile ilgili aile meselelerinden kaynaklanmayan nedenlerle şartlı talâk verilmesinin örfen kabul edildiğine de rastlanmıştır.

Osmanlı mahkeme kayıtlarında talâk-ı selâse yani üç talâkın aynı anda kullanılmasına sık rastlanmıştır. Daha çok Hanefi mezhebince kabul edilen bu uygulamaya şartlı talâk ve muhâleada ayrılığı kuvvetlendirme amacıyla başvurulduğu görülmüştür.

Tefrik meselesinin Hanefi mezhebince dar kapsamlı ele alınması sicillere yansımıştır. Konuya ilişkin tek kayıt bulunmuştur ve bunun niteliğinin gerçekten tefrik olup olmadığı tartışmalıdır. Tefrik uygulamasında kayda değer örnek sonradan Müslüman olan bir kadının eşinin İslamiyet'i kabul etmemesi halinde evliliğin ne olacağına ilişkin kayıttır. Burada ayrılığın niteliği yani talâk mı yoksa fesih mi olduğu hususunda Hanefi mezhebi âlimleri arasında görüş ayrılığı olmuş, iki türde de kayıtlara farklı yüzyıllarda rastlanmıştır. 16. yüzyılda ise ayrılığın niteliği fesihtir.

Evliliğin feshedilmesi konusunda, kadınların ilk evliliklerinin sona ermesiyle, bekledikleri iddet sırasında yaptıkları ikinci evliliklerinin geçerli olup olmadığına ilişkin görülen davalar, hukukçuların bu süreye oldukça önem verdiklerinin bir göstergesidir.

İncelenen sicillerden bahsedilmesi gereken son husus, gayrimüslimlerin evliliklerini şer'iyeye mahkemelerinde sona erdirmeleridir. Bu kayıtlara da sıklıkla rastlanmış, kadınlara, çocuklara mehir ve nafaka takdir edilmiştir.

¹⁶⁰ Nazan Alija, *Hristiyanlıkta Evlilik Sakramenti* (Bursa: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017), 66.

¹⁶¹ *Üsk. 5 no'lu Sicil*, 86/109.

Kaynakça

- Ahmad, K. N. *The Muslim Law of Divorce*. New Delhi: Kitab Bahavan, 1984.
- Akman, Mehmet. "A Zimmi: 'Let My Wife be Divorced from Me Three Times': The Use of the Ottoman Kadi Courts by Zimmis for Family Law Issues". *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi* 12 (2011), 7-16.
- Akman, Mehmet. "İstanbul Kadı Sicillerindeki Arapça Kayıt Örnekleri". *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi* 8 (2009), 7-22.
- Akyılmaz, Gül. "Uygulamadan Örnekler Işığında Osmanlı Aile Hukukunda Zorlayıcı Velâyet Yetkisi ve Hıyâr'ül Bulûğ Müessesesi". 131-134. Konya, 2022.
- Alija, Nazan. *Hristiyanlıkta Evlilik Sakramenti*. Bursa: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Aslan, Mehmet Selim. *İslam Aile Hukuku*. Bursa: Emin Yayınları, 2015.
- Atalızade es-Seyyid Mustafa. *Sakk-ı Şanizade (1610)*.
- Atar, Fahrettin. "Muhâlea". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 30/399-402. İstanbul: TDV Yayınları, 2005.
- Ateş, Süleyman. *Kur'ânı Kerîm'de Evlenme ve Boşanma*. İstanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat, 1995.
- Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H.919-927 / M. 1513-1521). çev. Bilgin Aydın - Ekrem Tak. haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz. İSAM, 2008.
- Aydın, M. Âkif. *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1985.
- Aydın, M. Âkif. *Osmanlı Aile Hukuku*. İstanbul: Klasik, 3. Baskı, 2020.
- Aydın, M. Âkif. *Osmanlı Hukuku- Devlet-i Aliyye'nin Temeli*. İstanbul: İSAM, 2020.
- Aydın, M. Âkif. *Türk Hukuk Tarihi*. Beta, 17. Basım, 2020.
- Bardakoğlu, Ali. "Fesih". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 12/427-436. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Berki, Ali Himmet. *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*. İstanbul: Hikmet Yayınları, 1979.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-i İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiye Kamusu*. 8 Cilt. Ravza Yayınları, 2018.
- Cin, Halil. *Eski Hukukumuzda Boşanma*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- Cin, Halil - Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 15. Basım, 2023.
- Çakır, İbrahim Etem. "Zimmi Kadınlar Kadı Mahkemesinde: Sofya XVII. Yüzyıl". *Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi* 21/21 (2014), 41-66.
- Çetinkaya, Esra. *Osmanlı Hukukunda Sulh Sözleşmesi : Üsküdar ve Bursa Şer'iyye Sicillerine Göre Borç İlişkilerinde Sulh Sözleşmesi (M. 1501-1551/ H.906-958)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Çiçek, Kemal. "Cemaat Mahkemesinden Kadı Mahkemesine Zimmilerin Yargı Tercihi". *Pax Ottomana Studies in Memoriam Prof. Dr. Nejat Göyünç*. 31-49. Ankara, 2001.
- Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil (H. 930 - 936/M. 1524 - 1530). çev. Yasemin Dağdaş - Zeynep Berktaş. haz. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İslam Araştırmaları Merkezi, 2010.
- Demirtaş, H. Necati. *Açıklamalı Osmanlı Fetvaları II*. İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 2012.
- Durhan, İbrahim. *Yapısı ve İşleyişi İtibariyle Osmanlı Yargı Örgütü ve Tanzimat Dönemindeki Gelişmeler*.

- İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1999.
- Düzdağ, Mehmet Ertuğrul. *Şeyhülislâm Ebussuud Efendi'nin Fetvalarına Göre Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı: Fetâvâ-yı Ebussu'ûd Efendi*. İstanbul: Kapı Yayınları, 2. Basım., 2018.
- Ebü'l-Hüseyin Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed Kuduri. *Muhtasaru'l Kuduri*. çev. Soner Duman - Osman Güman. İstanbul: Beka Yayınları, 2015.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2024.
- Erünsal, İsmail E. "Osmanlı Mahkemelerinde Şâhitler: Şuhûdü'l-'udûlden Şuhûdü'l-hâle Geçiş". *Osmanlı Araştırmaları Dergisi* 53 (2019), 1-50.
- Üsküdar Mahkemesi 14 Numaralı Sicil (H. 953 - 955/M. 1546 - 1549). çev. Nuray Güler - Mehmet Akman. haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz. İstanbul: İslam Araştırmaları Merkezi, 2010.
- Üsküdar Mahkemesi 17 Numaralı Sicil (H. 956 - 963/M. 1549 - 1556). çev. Orhan Gültekin - Mehmet Akman. haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz. İstanbul: İslam Araştırmaları Merkezi, 2010.
- Gümüşdoğan, Okan. *Üsküdar Şer'iyye Sicillerinde Kadın ve Çocuklarla İlgili Davaların Analizi*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 2019.
- Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 924-927 / M. 1518-1521). çev. Rıfat Günalan vd. haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz. İSAM, 2010.
- Üsküdar Mahkemesi 51 numaralı sicil (H. 987-988/ M. 1579-1580). çev. Rıfat Günalan vd. haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz. İSAM, 2010.
- Üsküdar Mahkemesi 26 Numaralı Sicil (h. 970 - 971/M. 1562 - 1563). çev. Rıfat Günalan - Mehmet Akman. haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz. İstanbul: İSAM, 2010.
- Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H.999-1000/ M.1590-1591). çev. Rıfat Günalan - Mehmet Canatar. haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz. İSAM, 2010.
- İbn Abidin. *Reddül-Muhtar Ale'd-Dürrü'l-Muhtar*. çev. Ahmed Davudoğlu. 12 Cilt. İstanbul: Şamil Yayınevi, 1983.
- İbn Rüşd. *Bidayetü'l Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid: Mezhepler Arası Mukayeseli İslam Hukuku*. çev. Ahmed Meylani. 4 Cilt. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2015.
- İbrahim Halebi. *Şerh-i Mülteka el-Ebhur (Mevkufat)*. çev. Nedim Yılmaz. İstanbul: İlmi Neşriyat, 1993.
- İnanır, Ahmet. *Şeyhülislam İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Kanuni Devrinde Osmanlı'da Hukuki Hayat*. İstanbul: OSAV, 2011.
- İstekli, Müslüm. *Üsküdar'ın Sosyal ve İktisadi Hayatıyla İlgili Üsküdar Kadı Sicillerindeki Kayıtların Tespit ve Analizi (H. 978-991, M. 1570-1584)*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 2005.
- Karaman, Hayreddin - Topaloğlu, Bekir. *Arapça-Türkçe Yeni Kamus*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2021.
- Üsküdar Mahkemesi 56 numaralı sicil (H. 990-991 / M. 1582-1583). çev. Hilal Kazan vd. haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz. İSAM, 2010.
- Kenanoğlu, Macit. *Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek*. İstanbul: Klasik, 4. Basım, 2017.
- Kılavuz, Ahmet Saim. "Elfâz-ı Küfür". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 11/26-27. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Koçak, Zülfiye. "Osmanlı Toplumunda Zimmî Kadınların Kadı Mahkemelerini Kullanma Pratiği: Vidin Örneği (1700-1750)". *Balkan Araştırma Enstitüsü Dergisi* 7/1 (2018), 167-210.

- Merginani, Ebü'l-Hasan Burhanüddin Ali b Ebu Bekir. *Delilleriyle Hanefî fıkhi: el-Hidaye*. İstanbul: Kahraman Neşriyat, ts. Erişim 10 Şubat 2024
- Midilli, Muharrem. "Osmanlı Fetvalarında Kadınların Ayrılık Elde Etme Yolu Olarak Şartlı Talâk (16-18. Yüzyıllar)". *İslâmî İlimler Dergisi* 17/2 (2022), 31-52.
- Molla Hüsrev. *Gurer ve Dürer Tercümesi (İslam Fıkhi ve Hukuku)*. çev. Arif Erkan. İstanbul: KİT-SAN Matbaacılık, 1980.
- Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (H. 1162-1163 / M. 1749-1750)*. çev. Nedim Pakırdağ vd. haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz. İstanbul: Kültür A.Ş., 2019.
- Serahsi. *Mebhut*. ed. Mustafa Cevat Akşit. 31 Cilt. Gümüşev Yayıncılık, 2008.
- Şeyh Bedreddin. *Yargılama Usulüne Dair: Câmiu'l-Fusûleyn*. ed. Hacı Yunus Apaydın. Ankara: T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, 2012.
- Tak, Ekrem - Aydın, Bilgin. *Arz Marûz İlâm: Osmanlı Diplomatiğinde Belge Formlarının Değişimi Üzerine Bir İnceleme*. İstanbul: İstanbul Medeniyet Üniversitesi, 2018.
- Tekgöl, Nil. *A Gate to the Emotional World of Pre-Modern Ottoman Society: An Attempt to Write Ottoman History from "The Inside Out"*. İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2016.
- Üçok, Coşkun vd. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 25. Basım, 2023.
- Vatansever, Müge. *Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukukuyla Karşılaştırılması*. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Yalçın, Nihat. *1572-1587 (H. 980-995) Yılları Arası Üsküdar Mahkemesi Kadı Sicilleri'nin Sosyal ve İktisadi Açidan Değerlendirmesi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 2009.
- Yıldız, Kenan. *Üsküdar'ın Sosyal ve İktisadi Hayatı ile İlgili Üsküdar Kadı Sicillerindeki Kayıtların Tesbit ve Analizi (954-980 / 1547-1573)*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 2005.
- Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil (H. 940-942 / M. 1534-1536)*. çev. Kenan Yıldız - Recep Ahıskalı. haz. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz. İSAM, 2010.
- Yılmaz, Gülnihal. *İslam Aile Hukukunda Fesih, Talak ve Tefrik İlişkisi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Yılmaz, İbrahim. *Yetki ve Sistem Açısından İslâm Hukukunda Boşanma*. Kayseri: Laçın Yayınları, 2007.
- Yiğit, Dilek. "Marian Sürgünleri: I. Mary Döneminde İngiltere'den Kıta Avrupası'na Göç Hikayesi,". *İstanbul Kent Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi* 4/1 (2023), 44-59.
- 55 Numaralı Mühimme Defteri (992-993). Başkanlık Osmanlı Arşivi:
- 72 Numaralı Mühimme Defteri (1002-1003). Başkanlık Osmanlı Arşivi:
- 73 Numaralı Mühimme Defteri (1003-1004). Başkanlık Osmanlı Arşivi:
- <https://kuran.diyanet.gov.tr/>. "Kur'an-ı Kerim", ts.
- <https://16yyosmanlihukuku.istanbul.edu.tr/>. "Osmanlı Hukukunu Kurmak: Fetva ve Risaleler Işığında 16. Yüzyıl Osmanlı Hukuku". haz. Mürteza Bedir, Süleyman Kaya, Şükrü Özen, Necmettin Kızılkaya, Hatice Kübra Kahya, Ayşegül Şimşek, Bayram Pehlivan, Birnur Deniz, Halime Çınar, Hüseyin Sağlam, Murat Sarıtaş, Şaban Kütük, Şeyma Akbayır. 2023
- Risâle-i Sakk (1099)*. Milli Kütüphane Yazmalar.

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

H.L.A. Hart'ın Hukuk Teorisi Bağlamında Hâkimin Takdir Yetkisi ile İdarenin Takdir Yetkisinin Karşılaştırmalı Analizi

A Comparative Analysis of the Judge's Discretionary Power and the Administration's Discretionary Power in the Context of H.L.A. Hart's Legal Theory

Seyithan Kaya 

Balıkesir Üniversitesi, Hukuk
Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim
Dalı, Balıkesir, Türkiye,
seyithan.kaya@balikesir.edu.tr,
ror.org/02tv7db43



Öz: Takdir yetkisi, bütün hukuk sistemlerinde var olan bir yetki olmasına karşın sürekli tartışılan bir konudur. Özellikle takdir yetkisinin sınırları ve denetimi konularına ilişkin doktrin ve yargıdaki tartışmalar güncelliğini korumaktadır. Neredeyse bütün disiplinlerde varlığı kabul edilen takdir yetkisi, hukuk felsefesi ve idare hukukunda hukuk ve ahlak ilişkisi, yorum ve hukukta boşluk konularıyla birlikte tartışılan bir konudur.

Hâkimin takdir yetkisi ve bu yetkinin kullanılmasına ilişkin sınırlar kanunla belirlenmiştir. Diğer bir anlatımla hâkimin hangi durumlarda ve ne şekilde takdir yetkisini kullanabileceği büyük ölçüde kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Fakat aynı şeyi idarenin takdir yetkisi için söylemek pek de olası değildir. Zira idare hukukunun hareketliliği ve konu çeşitliliğinden dolayı idarenin takdir yetkisinin kullanımı ve sınırları mevzuatla beraber doktrin ve yargı içtihatlarıyla belirlenmiştir. Şu husus özellikle ifade edilmelidir ki hem hâkimin hem de idarenin takdir yetkisine ihtiyaç duyulmaktadır. Zira hukuk kuralları zamanla güncelliğini yitirmekte ve bazen somut uyumsuzluğa uygulanacak kural bulunamamaktadır. Böyle durumlarda uyumsuzluğun çözümü için hâkimin ve idarenin takdirine ve yorumuna ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyaca binaen Hart, teorisinde hâkimin takdir yetkisine yer vermiş ve hâkimin takdir yetkisini kolay ve zor davalar bağlamında tartışmıştır.

Çalışmada Hart'ın hâkimin takdirine ilişkin değerlendirmeler esas alınarak idarenin takdir yetkisi yeni bir metotla ele alınmıştır. Hart'ın hukuk teorisindeki kolay ve zor davalar bağlamında idarenin takdir yetkisi, idarenin zor ve kolay takdir yetkisi şeklinde ikili bir ayırıma tabi tutularak karşılaştırmalı ve disiplinler arası bir yöntemle incelenmiş ve bazı çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Hâkimin Takdir Yetkisi, İdarenin Kolay ve Zor Takdir Yetkisi, Kolay ve Zor Dava, Hukuki Belirsizlik, Bağlı Yetki

Abstract: Discretionary power, although it is an authority that exists in all legal systems, is a subject of continuous debate. Particularly, discussions in doctrine and judiciary concerning the boundaries and oversight of discretionary power remain relevant. Discretionary power, acknowledged in almost all disciplines, is a subject of debate in legal philosophy and administrative law, along with the relationship between law and morality, interpretation, and gaps in law.

The judge's discretionary power and the limits on the use of this power are determined by law. In other words, the circumstances and manner in which the judge can exercise discretionary power are largely defined by the legislature. However, the same cannot be easily said for the discretionary power of the administration. Due to the dynamism and variety of subjects in administrative law, the use and limits of the administrative body's discretionary power are determined by legislation as well as doctrine and judicial precedents. It must be particularly emphasized that both the judge's and the administrative body's discretionary power are needed. Legal rules can become outdated over time, and sometimes there is no applicable rule for a specific dispute. In such cases, the resolution of the dispute requires the judge's and the administrative body's discretion and interpretation.

Based on this need, Hart included the judge's discretionary power in his theory and discussed it in the context of easy and hard cases. In this study, the administrative body's discretionary power is addressed with a new method, taking into account Hart's evaluations regarding the judge's discretion. Within the context of Hart's legal theory of easy and hard cases, the administrative body's discretionary power is examined using a comparative and interdisciplinary approach by dividing it into dual categories of easy and hard discretionary powers, and some solutions are proposed.

Keywords: Judge's Discretionary Power, Administration's Easy and Hard Discretionary Power, Easy and Hard Case, Legal Uncertainty, Sole Discretion

Geliş Tarihi/Received: 08.11.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 11.01.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
07.02.2025

Extended Abstract

In appreciation; refers to understanding and valuing the importance, necessity, and value of something. In administrative law, the concept of discretion is defined as the freedom of a public official to choose among possible courses of action within the limits of their authority. The concept is also expressed as the preference for one of the legal provisions that produce equivalent results. Discretionary power, also known as discretion or discretionary authority, can be defined as the freedom of evaluation granted to the judge or the administration in situations determined by law. Discretionary power is a power that can be used by both judges and the administration. Therefore, discretionary power is a power used in the resolution of both legal and administrative issues.

The judge's discretionary power is regulated in Article 4 of the Turkish Civil Code No. 4721 as follows: "In matters where the law grants discretion or commands the consideration of the requirements or just reasons of the situation, the judge shall make a decision in accordance with law and equity." The judge acts within the limits of the freedom to act granted by the legal norm and makes a decision in accordance with law and equity. In situations where there is legal uncertainty and a gap in the law, disputes are resolved by using discretionary power. Therefore, discretionary power is needed in all legal systems. Otherwise, disputes without clear legal rules would remain unresolved.

What are the situations in which the judge or the administration will use their discretionary powers, and what are the limits regarding the use of this power? In other words, in which situations and how discretionary power can be used is a matter of concern. This issue is debated in all legal sciences. On one hand, there is a necessity to resolve legal problems, and on the other hand, there is a need to control the arbitrary and unlawful use of discretionary power. These issues are addressed in legal philosophy in the context of the relationship between law and morality. One of the legal philosophers who intensely discussed these issues is H.L.A. Hart. The views of Hart and Dworkin on this subject are particularly important.

Hart frequently included discretionary power in his legal theory. Ultimately, Hart argued and justified that in cases of legal uncertainty and difficult cases, the judge should resort to discretionary power. According to Hart, the judge is obliged to resolve the dispute before him. In cases where there is no rule regarding the dispute, the judge should use his discretion to resolve it. Hart explained his claim based on the distinction between "open texture" (gaps) and easy and difficult cases. According to Hart, legal rules cannot be perfect, and therefore there is an area of uncertainty or openness in law. When there is a gap or uncertainty in the law, the judge (or the administration) should use discretion to make a decision, that is, to resolve the problem.

Similar to the judge's discretionary power in Hart's theory, the administration uses its discretionary power, which is granted to it due to principles such as public interest and continuity in public services, to make decisions. The use of discretionary power is not possible in situations where there are mandatory provisions regarding the administration's actions. In other words, in situations where there is binding effect, the use of discretionary power is not possible. However, sometimes the administration is granted discretionary power either explicitly or through the use of general/unclear concepts such as public order, general health, general morality, national security, state security, national sovereignty, general order, public interest, appropriateness, necessity, and requirement. In such cases, the administration acts by using its discretionary power. Often, the administration's discretionary power is clearly regulated in the legislation with concepts such as "may do, may give, may apply" and "at its discretion." Discretionary power explicitly granted to the administration is called easy discretionary power, while discretionary power granted with general and unclear expressions is called difficult discretionary power. This distinction is used to explain the administration's discretionary power in this study.

It is essential for the administration to use the discretionary power granted to it in accordance with law and equity. Therefore, the arbitrary, unlawful, or misuse of discretionary power is not possible. In such cases, the control of discretionary power comes into play. The judge's discretionary power can be supervised by higher judicial authorities, while the administration's discretionary power can be supervised by both the administration and administrative judiciary. In other words, discretionary power does not grant full freedom to the judge or the administration.

One of the main goals of scientific studies in the field of law is to investigate the reasons for the established rules. By identifying the reasons for the establishment of rules, it becomes possible to understand legal disputes, produce solutions, and improve the rules. It should be noted that more accurate results are obtained when scientific studies are conducted with interdisciplinary methods. Therefore, to investigate the reasons for the establishment of rules regarding the discretionary power of the judge or the administration, the concept of discretionary power was first defined, and then the discretionary power of the judge and the administration was examined in the context of Hart's theory. The necessity for granting discretionary power to the administration was examined using a comparative method with the judge's discretionary power in Hart's legal theory, and it was concluded that the concept needs to be improved.

In the study, within the framework of the above-mentioned method, Hart's evaluations regarding the judge's discretionary power were discussed. The administration's discretionary power was examined in a comparative and interdisciplinary method by dividing it into easy and difficult discretionary power, based on the distinction of easy and difficult cases in Hart's theory. Finally, it should be emphasized that just as the judge's discretionary power is necessary, granting discretionary power to the administration is also essential, and the use of difficult discretionary power by the administration should be limited, while the use of easy discretionary power should be increased. This is because it is considered more difficult to determine the limits of difficult discretionary power and therefore to use it in accordance with law and equity. Thus, it was concluded that discretionary power should be granted to the administration with more limited and concrete concepts rather than general and unclear concepts. Additionally, it should be stated that discretionary power should be used in accordance with public interest, public service, equity, and law, and it should be supervised in cases of clear misuse.

In conclusion, it should be noted that granting discretionary power to judges and the administration due to the necessity of public interest and the continuity of public services constitutes a necessity, and the use of this power is a duty. However, it was concluded that it would be more appropriate to regulate the administration's discretionary power clearly with concepts such as "may do, may give, may apply" rather than general, abstract, and unclear concepts such as public order, general health, general morality, national security, necessity, and requirement, to facilitate the use of discretionary power in accordance with law and equity.

Giriş

Tarihsel süreç boyunca hukuka aykırılıkların minimize edilebilmesi için çeşitli kurallar ve farklı sistemler oluşturulmuştur. Bunları oluşturmaya ilişkin çabalarındaki temel amaç, adaletli bir şekilde karar verme zaruretidir. Adalet ile karar verme konusu, bütün hukuk sistemlerinde üzerinde

düşünülen ve tartışılan en önemli konulardan biridir¹ ve buna ilişkin beklentiler bütün toplumlarda güncelliğini muhafaza etmektedir. Bunun için de adil bir biçimde oluşturulmuş hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak bazen adil bir biçimde oluşturulmuş kurallar da somut uyumsuzlukları çözmede yetersiz kalabilir.

Her hukuk sisteminde kanun koyucu ileride yaşanabilecek olayları kapsayacak biçimde hukuk kuralları yapmayı hedefler. Kanun koyucu yapacağı kuralların genel, soyut, sürekli ve düzenleyici nitelikte olmasını amaçlar. Fakat bazı durumlarda, sosyal hayatın canlılığından ve değişkenliğinden, kanunlarda uygulamaya yönelik hüküm bulunmaz². Diğer bir ifade ile kanunların, “doğmuş veya doğacak, yaratılmış veya ileride yaratılacak her türlü hukukî ilişkiyi düzenleyebilecek bir mükemmellikte”³ olması pek de mümkün değildir.

Açıksaı bazen mevzuatta görülmekte olan bir dava ya da somut bir vakıada uygulanabilecek açık bir hüküm bulunamayabilir. Ancak hâkim önüne gelen davayı sonuçlandırmak ve idare de somut idari duruma uygun bir işlem yapmak, yani çözüm üretmek zorundadır. Zira davalarda ve idari işlem ve eylemlerin yapılmasında hakkaniyet ve adaletle hareket etmek anayasal zorunluluktur⁴. Bu nedenle kanun koyucuyla birlikte kanun uygulayıcıları olan hâkimlerin ve idarecilerin üstlendikleri görev, vakıaların sonuçlandırılmasında önem arz etmektedir. Diğer bir ifade ile bazı davalarda hâkimlerin takdir yetkilerini kullanarak davayı sonuçlandırmaları ve idarecilerin de takdir yetkilerini kullanarak idari işleme konu mevzuu nihayete erdirmeleri zaruret teşkil etmektedir. Dolayısıyla bütün hukuk sistemlerinde dar veya geniş anlamda hâkimlere takdir yetkisi⁵ verildiğinden karar verme sürecinde kanun uygulayıcıları olan hâkimlerin izleyecekleri yol adaletin gerçekleşmesine doğrudan etki etmektedir. Benzer durum idari işlemlerin tesisinde de söz konusudur. İdari faaliyetlerin icrasında idarenin nasıl hareket edeceği, kural olarak, önceden bellidir. Ancak bazı hallerde, idarenin nasıl hareket edeceği konusunda, mevzuatta hüküm bulunmayabilir. İşte bu durumlarda idare, takdir yetkisini kullanarak işlem ve eylem yapar ve bu şekilde kamu hizmetinde devamlılık sağlanarak adalet ilkesinin gerçekleşmesine hizmet edilir.

Türk hukuk sisteminde hem hâkimlere hem de idarecilere takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkimlerin takdir yetkisi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 4’te şöyle düzenlenmiştir: “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” Özellikle hukuki belirsizlik, hüküm içi boşluk ya da normların çelişmesi durumlarında hâkim, kendisine tanınmış olan takdir yetkisini kullanarak hukuk kurallarının

¹ “Adl” fiilinden türetilen ‘doğru olmak, doğru davranmak, adaletle hükmetmek, eşit davranmak’ anlamlarında kullanılan adalet kavramı, önemine binaen, Kur’an-ı Kerim’de 11 surede 24 ayette 28 defa zikredilmiştir. Adalet kavramının anlamı hakkında detaylı bilgi için bkz. Mustafa Kara, “Kur’an’da ‘Adâlet Kavramı ve Güncel Değeri”, *OMÜİFD*, 34, 2013, 137-172; Kübra Memnune Şirin, “Kur’an-ı Kerim’de Adalet Kavramı”, <http://www.kurav.com>, erişim: 25.03.2018; Seyithan Kaya, “Eşitlik, Pozitif Ayrımcılık ve Dağıtıcı Adalet İlkeleri Çerçevesinde İdarenin Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 21, 2022, 26-31. Adalet kavramı, Nahl Suresi 90. ayette şöyle ifade edilmiştir: “Allah, adâleti, iyiliği ve yakınlara bakmayı emreder. Çirkin işleri, fenalık ve azgınlığı yasaklar. O, düşünüp tutasınız diye size öğüt verir.” Nisa Suresi, 135. ayette adaletin önemi şöyle vurgulanmıştır: “Ey iman edenler! Kendinizin veya anne babanızın ve akrabanızın aleyhine de olsa adaletten asla ayrılmayın, Allah için şahitlik eden kimseler olun. (İnsanlar) zengin olsunlar, yoksul olsunlar Allah onlara sizden daha yakındır. Öyleyse siz hislerinize uyup adaletten ayrılmayın. Eğer adaletten sapar veya üzerinize düşeni yapmaktan geri durursanız bilin ki Allah yaptığınız her şeyden haberdardır.” Aynı şekilde maide süresinin 8. ayetinde de adalet ile ilgili olarak şöyle denilmiştir: “Ey iman edenler! Allah için hakkı ayakta tutun, adaletle şahitlik eden kimseler olun. Herhangi bir topluluğa duyduğunuz kin, sizi adaletsiz davranmaya itmesin. Adaletli olun; bu, takvâya daha uygundur. Allah’tan korkun. Şüphesiz Allah yaptıklarınızdan haberdardır.” <https://kuran.diyanet.gov.tr>, erişim: 25.03.2023.

² Hukuk sistemlerinde boşluk ve nedenleri hakkında bkz. Sururi Aktaş, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı” (Boşluk), *EÜHFD*, XIV(1-2), 2010, 1-28.

³ Seyfullah Edis, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, *AÜHFD*, 30(1), 1973, 169.

⁴ Davaların sonuçlandırılması hususu 1982 Anayasası m. 141/4’te şöyle ifade edilmiştir: “...davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”

⁵ Ahmet Ulvi Türkbağ, “Böyle Yazıldı, Böyle Uygulansın: Hâkimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği” (Böyle Yazıldı), *Ankara Barosu Kurultayı-II*, 2006, 560 vd.; Edis, “Takdir Yetkisi”, 169 vd.; Halil Kalabalık, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması (Takdir Yetkisi)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 1997, 205 vd.; Aylin Dışbudak vd., “Hâkimin Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, (1), 2006, 11-32.

anlamını açıklamak ve bu doğrultuda karar vermek mecburiyetindedir⁶. Benzer şekilde idarenin kendisine verilen yetkinin ne şekilde kullanılacağına açık olmadığı, idari kararların alınmasında hukuken geçerli birden fazla ihtimalin bulunduğu ve idarenin bu ihtimallerden birini seçerek karar vermesi gereken durumlarda idare, takdir yetkisini kullanarak karar verir. Yani yargısal bir uyumsuzluğun ya da idari bir sorunun takdir yetkisi kullanılarak çözüme kavuşturulması söz konusudur. Görüldüğü üzere takdir yetkisi, hukukun birçok alanında kullanılan bir yetkidir. Özellikle hareket serbestisinin olduğu alanlarda takdir yetkisi daha geniş biçimde kullanılmaktadır.

Takdir yetkisinin kullanılması durumunda hâkimlerin takdir yetkilerini kullanırlarken nasıl davranacakları, bağlı oldukları temel hukuk ilkelerinin neler olduğu hususları H.L.A. Hart'ın⁷ hukuk teorisi bağlamında ele alınacaktır. Bu şekilde hâkimin takdir yetkisi ile idarenin takdir yetkisi karşılaştırmalı bir metotla kavram, yöntem ve çözüm hususları bakımından incelenecektir.

I. Hâkimin ve İdarenin Takdir Yetkisi Kavramları

Takdir yetkisinin türüne göre hareket etme serbestliği değişik göstermektedir. Hart, takdir yetkisini üçe ayırmaktadır. Birincisi açık veya beyan edilen takdir (*express or avowed use of discretion*), ikincisi zımni veya saklı takdir (*tacit or concealed discretion*), üçüncüsü ise takdiri müdahaleler veya kabul edilmiş kurallardan takdiri olarak bağışık tutulma (*discretionary interference or dispensation from acknowledged rules*) dir⁸. Açık veya beyan edilen takdir durumunda, kanun koyucu kural koyma yetkisini/gücünü kurumlara veya yetkililere devreder. Hart'a göre hem mahkemeler hem de idari organlar açık veya beyan edilen takdirden yararlanarak karar verebilirler. Örneğin idari makamlar ücret belirlemesi, kamu hizmetine yapılan atamalar, idarenin tasarrufundaki kaynakların tahsisi, idare tarafından yürütülen kamu iş ve hizmetlerinin yönetimi gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Hart, mahkemelerin de ihtar, aynen ifa gibi takdiri yasal yollar; ceza davalarında cezanın belirlenmesi gibi durumlarda açık veya beyan edilen takdirden yararlandıklarını belirtmektedir⁹. Hart, kanunların yorumlanması ve emsal/içtihat uygulamalarını zımni veya saklı takdir için örnek olarak göstermektedir. Cezaların ertelenmesini ve aflar da Hart tarafından takdir yetkisinin üçüncü türü olan takdiri müdahaleler veya kabul edilmiş kurallardan bağışıklık için örnek olarak gösterilmektedir¹⁰. Hâkimin ve idarenin takdir yetkisi kavramları Hart'ın ayırımı esas alınarak açıklanacaktır.

A. Hâkimin takdir yetkisi

Köken olarak Arapça olan takdir kelimesi sözlükte, bir şeyin değerini, önemini, gerekliliğini anlama, beğenme veya değer biçme anlamlarında kullanılmaktadır. Takdir hakkı ya da takdir kudreti olarak da isimlendirilen takdir yetkisi, kanunun belirlediği durumlarda yargıca ya da idareye tanınan değerlendirme serbestliğidir¹¹.

Hâkimler ve idari makamlar kendilerine verilen görevleri yerine getirirken iki şekilde hareket ederler: Birincisi mevcut hukuk kurallarına, yani normlara uygun olarak; ikincisi ise serbest olarak hareket ederler¹². Hâkimler, kural olarak, yargılama faaliyetlerinde yürürlükteki mevzuatla sınırlandırılmışlar ve yargılama faaliyetlerini buna uygun olarak icra ederler. Bu durumda hâkimlerin serbestçe hareket etmeleri, yani takdir yetkilerini kullanmaları mümkün değildir. Bu husus 4721 sayılı Kanun m.1/1'de "Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır." şeklinde ifade edilmiştir.

⁶ Edis, "Takdir Yetkisi", 370-371. Hukukta boşluk kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Aktaş, Boşluk, 15; Mustafa Balkan Demirdal, *Hukuki Belirsizlik İddiaları İle İlgili Hâkimlerin Konumu (Hukuki Belirsizlik)*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009), 1.

⁷ Herbert Lionel Adolphus Hart.

⁸ H.L.A. Hart. "Discretion", *Harvard Law Review*, 127(2), 2013, 665.

⁹ Hart, "Discretion", 665; Zeynep İspir. "H.L.A. Hart'ın "Takdir" Metni Üzerine Bir İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1), 2020, 231-232.

¹⁰ Hart, "Discretion", 665; İspir, "Bir İnceleme", 231-232.

¹¹ Takdir kelimesi ve takdir hakkı için bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, erişim: 18.03.2024.

¹² Abdullah Dinçkol, "Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet", *HFSa*, 9, 173-174.

Emredici hukuk kurallarının mevcut olmadığı durumlarda hâkimin takdir yetkisini kullanması mümkündür. Ancak bu durumda hâkimin takdir yetkisini kanunda belirtilen ilkelere uygun olarak kullanması gerekir. Öncelikli olarak kanunda olaya uygulanabilir bir hükmün bulunmaması halinde, hâkim, örf ve âdet hukukuna başvurur. Burada da hüküm yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Ayrıca hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından da yararlanır¹³. Görüldüğü üzere hâkimin takdir yetkisi bazı şartlara bağlanmıştır. 4721 sayılı Kanun m. 4'te hâkimin takdir yetkisi şöyle düzenlenmiştir: “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere hâkimler karar verirken tamamen serbest bırakılmamıştır. Görüldüğü üzere hâkimlerin yetkilerini, kendilerini sınırlayan hukuk kurallarına uygun olarak kullanmaları gerekir. Ancak bazı hallerde hâkimleri sınırlayan hukuk kuralı mevcut olmayabilir ve hâkimi durumun gereklerine göre hareket etmesi konusunda serbest bırakılabilir. Bu durumda hâkim, hukuk kuralının kendisine tanıdığı serbest hareket etme sınırları dâhilinde uygun gördüğü şekilde hareket edebilir. Doktrinde hukuk kuralıyla hâkime tanınan serbestçe hareket etme, olayların niteliğine göre karar verebilme ve gerekli gördüğü tedbirleri alabilme gücü ve yetkisi “hâkimin takdir yetkisi” olarak ifade edilmiş¹⁴ ve şu şekilde tanımlanmıştır: “Takdir yetkisi, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek, yani bilinçli olarak bıraktığı kural-ıçi (*intra legem*) boşlukların; hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olanlarca, olaylardaki özelliklerle toplumdaki ahlâkî düşünceler, hukukun birliği, takdir yetkisini tanıyan kuralın amacı, sosyal adalet gibi hususlar göz önünde tutularak ferdileştirilip doldurulması yetkisidir.”¹⁵.

Hâkimin takdir yetkisini¹⁶, hukuka ve hakkaniyete uygun olarak kullanması kanuni bir zorunluluktur. Başka bir anlatımla hâkimin takdir yetkisini keyfi ve hukuka aykırı bir biçimde kullanması mümkün değildir. Doktrinde hukukî niteliği bakımından, 4721 sayılı Kanun m. 4'te hâkime tanınmış olan bu yetkinin, hâkime bir “serbesti”, yani ihtiyar vermediği, aksine bir ödev yüklediği de belirtilmiştir. 4721 sayılı Kanun m. 4'teki “...hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” hükmünden de bunun bir ödev olduğu, dolayısıyla hâkimin, takdirle ilgili şartların gerçekleşmesi halinde, takdir yetkisini kullanmaktan kaçınamayacağı anlaşılmaktadır¹⁷.

B. İdarenin takdir yetkisi

İdare hukuku doktrininde idarenin takdir yetkisi “...takdir salahiyeti kanun vazının, idarenin karşılaşacağı bütün hal ve vaziyetleri evvelce takdir ve tahmin edemediği için onun hareket tarzlarını bütün teferruatıyla tayin ve tesbit edemiyerek umumi kaideler koymakla iktifa etmesinden ileri gel(en)...” yetki¹⁸, “idarenin, idari faaliyetini yerine getirirken bir serbestiye sahip olması ve bu serbest alan içerisinde çeşitli davranış şekillerinden birini seçme serbestisi”¹⁹, “idarenin belli bir konuda karar alıp almama ya da birden fazla karar arasında seçim yapma imkânı...”²⁰, “yönetime, görevini yerine getirirken az ya da çok hareket serbestliği tanınmış ise var olan bir yetki”²¹ ve “idarenin belli şart ve durumların meydana gelmesi halinde belli bir kararı alıp almamak veya kanunda öngörülen değişik çözümler arasında bir seçim yapmak konusunda tanınan bir serbestiye ya da belirli bir konuda karar

¹³ 4721 sayılı Kanun m. 1/2. www.mevzuat.gov.tr, erişim: 28.03.2024.

¹⁴ Dinçkol, “Hakkaniyet”, 174.

¹⁵ Edis, “Takdir Yetkisi”, 172.

¹⁶ Doktrinde hâkimin takdir yetkisinin adli takdir olarak isimlendirildiği ve şu şekilde tanımlandığının aktarılmasında fayda vardır: “Adli Takdir: Adli gücün makul kullanımı yani mahkemenin hukuk ve olgu sınırları içerisinde karar verme serbestisidir ya da hâkimin tümü yasaya uygun seçenekler arasında seçim yapma gücüdür. Hâkimler kendilerini belli bir makuliyet alanıyla (*zone of reasonableness*) sınırlamalıdır ve ne bir yorum türünü tümüyle ihmal etmeli ne de yalnızca bir felsefe ya da standarda göre yargılamalıdır.” Türkbağ, “Böyle Yazıldı”, 565.

¹⁷ Edis, “Takdir Yetkisi”, 172.

¹⁸ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku'nun Umumi Esasları, C. I*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık, 1966), 421.

¹⁹ Metin Günday, *İdarenin Takdir Yetkisi*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doçentlik Tezi, 1982), 3.

²⁰ Kemal Gözler, *İdare Hukuku, C. I*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 1060.

²¹ Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), 333.

alabilmek için hangi şart ve durumları ortaya çıkması gerektiğini tespit etmek imkânına sahip olması..."²² şeklinde tanımlanmıştır. Danıştay, 1970 yılında verdiği bir kararda idareye takdir yetkisinin tanınması gerekliliğini, "Kamu hizmetlerini düzenleyen hukuk kurallarının, bu hizmetleri bütün ayrıntıları ile gereği gibi düzenlemesi mümkün olmayan hallerde, idarelere hukuk kuralları içinde bir hareket serbestisi tanınması zorunludur." şeklinde açıklamıştır²³. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 11.03.1980 tarihli Tavsiye Kararında takdir yetkisini doktrindeki tanımlara benzer şekilde yapmıştır: "Takdir yetkisi terimi, alınacak kararda idari makamın yasal olarak kabul edilebilecek birkaç karar içinden en uygun bulduğunu seçebilmesine imkân verecek şekilde idari makama bir dereceye kadar serbesti tanıyan yetki anlamındadır"²⁴. Doktrinde tartışmalı olmakla beraber idarenin takdir yetkisinin idari işlemin konu unsurunda olabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla takdir yetkisi idarenin hangi konuda işlem yapıp yapmayacağıyla ilgili²⁵ olduğu ifade edilmelidir.

1. Takdir yetkisi ile bağlı yetki ilişkisi

İdarenin yetkileri bağlı yetki ve takdir yetkisi diye ikiye ayrılır. Bağlı yetki, idarenin nasıl hareket edeceğinin ve nasıl karar alacağının mevzuatla önceden açık ve emredici bir şekilde belirlenmiş olan yetki türüdür²⁶. Bağlı yetki durumunda idarenin seçme yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü bağlı yetkinin olduğu durumlarda idarenin yapacağı işlem ve eylemler, işlemin konusu ve sebebi mevzuatta açıkça belirtilmiştir ve idarenin mevzuat hükümlerini uygulamaktan başka bir seçeneği yoktur. Örneğin 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu m. 8/A'ya göre, "Kumar oynanan umumî ve umuma açık yerler ile her çeşit özel ve resmi kurum ve kuruluşlara ait lokaller, ...faaliyetten men edilir." Burada idarenin takdir yetkisi söz konusu değildir. İdare tarafından maddede belirtilen durumun kat'i delil ile ispatlanması durumunda ilgili işyeri kapatılır. Böyle bir durumda idarenin farklı bir şekilde işlem yapması kanuna aykırılık teşkil eder. Bağlı yetki durumunda idarenin nasıl hareket edeceği mevzuatta açıkça belirtildiğinden bu yetkinin kolayca denetlenmesi mümkündür. Ancak doktrinde, idarenin takdir yetkisinin idari yargı yerlerince denetlenmesinin, bazı istisnai haller dışında, mümkün olmadığı belirtilmektedir²⁷. Zira takdir yetkisinin denetlenebilirliği işlemin hukukiliği ile değil yerindeliği ile ilgilidir²⁸. Ancak *Dicey*, hukuk devleti ilkesi gereğince idarenin geniş takdir yetkisinin dışlanması gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre hukuk devleti, "hukukun mutlak hâkimiyeti veya üstünlüğü anlamına gelmekte ve devlet organlarının yetkilerinde keyfiliği, ayrıcalığı ve hatta geniş takdir

²² Kalabalık, "Takdir Yetkisi", 206.

²³ Danıştay 5.D, 26.03.1970, E.1969/4331, K.1970/1004. Kararı aktaran: Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 13.

²⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 11.03.1980 tarihli kararını aktaran: Merve Acun Mekengeç, "Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi", *Public and Private International Law Bulletin*, 43(1), 2023, 240.

²⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, 1063 vd.; Ramazan Çağlayan, *İdârî Yargılama Hukûku (Yargılama)*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 202 vd.; Çınar, 11 vd.

²⁶ Bağlı yetki için bkz. Bahtiyar Akyılmaz vd., *Türk İdari Yargılama Hukuku (İdari Yargılama)*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 103-104; Bahtiyar Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku (İdare)*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 148-149; Gözler, *İdare Hukuku*, 1056; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 518-520; Onur Karahanoğulları, "İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", *Mülkiye Dergisi*, 35(270), 2013, 57; Aydın H. Tuncay, *İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları*, (Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 14, Başbakanlık Basımevi, 1972), 148 vd.; Çınar, *Takdir Yetkisi*, 11 vd.

²⁷ Bu konu 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2'inci maddesinin ikinci fıkrasında şöyle düzenlenmiştir: "İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler."

²⁸ Bağlı yetki ve takdir yetkisi arasındaki ilişki ile takdir yetkisinin yargısal denetimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, 1070 vd.; Akyılmaz vd., *İdari Yargılama*, 95 vd.; Çağlayan, *İdârî Yargılama*, 207 vd.; Sinan Seçkin vd. "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gereke İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21(2), 2015, 510 vd.; Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Yetkin Basınevi, 2022), 714-717; Ramazan Çağlayan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi (Takdir Yetkisi)", *AÜEHFD*, VII(3-4), 173 vd.; Karahanoğulları, "Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", 43-62; Ezgi Kızılkaya Doğru, *Takdir Marjı Doktrini'nin İdari Yargıdaki Yansımaları*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2024), 7-9; Merve Çınar, *Türk Hukuku'nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Denetimi*, (İstanbul: Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018), 3 vd.

yetkisini bile dışlamaktadır”²⁹. Zira takdir yetkisi, idarenin kişisel isteklerine göre değil, kamu hizmetinin gereklerine uygun olarak kullanılması gereken bir yetkidir. Bu nedenle idarenin geniş takdir yetkisi hukuk devleti fikrine uygun düşmemektedir³⁰.

Doktrinde takdir yetkisinin denetlenmesinin yerindelik denetimi anlamına gelmeyeceği, asgari ya da azami dozajda da olsa takdir yetkisinin idari yargı tarafından denetlenmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir³¹. Dolayısıyla idarenin geniş takdir yetkisinin keyfi ve kötüye kullanımının engellenmesi için hukukilik bakımından denetime tabi tutulmasında fayda olduğu belirtilmelidir. Ancak buradaki denetimin hukuka uygunlukla sınırlı olduğu; idari yargının, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde karar veremez.

İdare takdir yetkisini kullanırken hukuka uygunluk, nesnellik ve eşitlik gibi ilkelere uygun hareket etmelidir. İdarenin takdir yetkisini keyfi ve hukuka aykırı kullanması düşünülemez. Zira hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edilmemesi için idarenin takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılması hukuk devleti ilkesinin korunması açısından da büyük önem arz etmektedir³². Danıştay da kararlarında idarenin takdir yetkisinin mutlak olmadığını, kamu yararı ve hizmetin gerekleri ile sınırlı olduğunu belirtmiştir³³.

2. İdarenin kolay ve zor takdir yetkisi

İdarenin takdir yetkisiyle ilgili yapılan tanımların tamamında “hareket serbestliği”, “seçim yapma imkânı” ve “seçme serbestisi” gibi hususlar vurgulanmıştır. Takdir yetkisinin varlığı için serbest hareket edebilme ve birden fazla seçenek arasından maslahata ya da adalete en uygun olanın tercih edilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle idarenin takdir yetkisi, idarenin geniş bir faaliyet alanında serbest hareket etme neticesinde yetkisini kullanarak karar alabilmesi şeklinde ifade edilebilir. Doktrinde 4721 sayılı Kanun m. 4’te sadece hâkimlere takdir yetkisinin verilmediği, uygulamakla yükümlü oldukları ölçüde, “idari merci”lere de takdir yetkisinin tanındığı, idarî makamların da medenî hukuk kurallarındaki hüküm içi/kural-ıçi (*intra legem*) boşlukları takdir yetkilerini kullanarak doldurmalarının mümkün olduğu ifade edilmiştir³⁴. Hâkimlere verilen takdir yetkisine benzer olarak idari mercilerin de, kanunların kendilerine çizdiği sınırlar dâhilinde kalmak koşuluyla, hukuk yaratmaları mümkündür³⁵. İdareye takdir yetkisini veren metinlerde öngörülemez ya da öngörülmemiş hususi durumlar ile zamanla meydana gelen değişimlere uygun çözümlerin üretilmesi zarureti idareye hukuk ihdas etme anlamında bir takdir yetkinin tanınması makul olarak değerlendirilmektedir³⁶. Bu ifadelerden hareketle hâkimin takdir yetkisi ile idarenin takdir

²⁹ Albert V. Dicey, “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal*, ed. Ali Rıza Çoban vd., (Ankara: Adres Yayınları, 2008), 36.

³⁰ Kalabalık, “Takdir Yetkisi”, 210.

³¹ Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 714-715. Doktrinde takdir yetkisinin yargısal denetime tâbi olmadığı da ifade edilmektedir. Gözler, *İdare Hukuku*, 1063. Hukukilik ve yerindelik denetimi için bkz. Karahanoğulları, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, 58 vd.

³² İdarenin takdir yetkisinin denetlenebilirliği konusundaki tartışmalar için bkz. Turgut Tan, *İdare Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 921-922; Atay, *İdare Hukuku*, 531; Akyılmaz vd., *İdare*, 153; Çağlayan, *İdarî Yargılama*, 209 vd.; Kaya, C., *İdarenin Takdir Yetkisi*, 120; Seçkin vd., 516 vd.; Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 714-717; Halil Kalabalık, “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi (Yargısal Denetim)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 1999, 188 vd.; Çağlayan, “Takdir Yetkisi”, 180 vd.; Karahanoğulları, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, 43-62; Çınar, *Takdir Yetkisi*, 35 vd.; Acun Mekengeç, “Takdir Yetkisi”, 249 vd.

³³ Danıştay 5.D, E.1974/5839, K.1974/6813; E.1975/3756, K.1975/8053, E.1975/3941, K.1976/2013. Kararlar için bkz. Çağlayan, *İdarî Yargılama*, 210.

³⁴ Edis, “Takdir Yetkisi”, 171. Doktrinde hüküm içi boşluk ile hâkimin takdir yetkisi arasındaki ilişki şöyle ifade edilmiştir: “Hüküm içi boşluklar, yargıçlara takdir yetkisi tanıyan boşluklardır.” Aktaş, “Boşluk”, 15.

³⁵ 4721 sayılı Kanun m. 31’e göre “Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır.” Ölüm karinesi durumunda 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 32’ye göre ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolan kimse hakkında tutanak düzenleme yetki ve takdiri yerin mülkî idare amirine verilmiştir. Bu husus Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliğinin 39’uncu maddesinde de düzenlenmiştir.

³⁶ İdareye takdir yetkisinin verilmesi gerektiğine ilişkin benzer gerekçeler için bkz. Atay, *İdare Hukuku*, 520.

yetkisindeki temel ortak hususlardan birinin serbest hareket edebilme kabiliyetinin kullanılmasıyla hukuk yaratma olduğu söylenebilir.

Serbest hareket edebilme imkânının olmadığı; yani hukuk normuyla sınırların net bir biçimde belirlendiği, hüküm içi boşluğun olmadığı durumlarda takdir yetkisinden bahsetmek mümkün değildir. Mevzuatta açık ve net ifadeler yerine “...ebilir, ...abilir” şeklindeki ifadelerin kullanılması idareye takdir yetkisinin tanındığını göstermektedir. Bununla beraber idareye açık bir biçimde takdir yetkisinin verilmesi de mümkündür.³⁷ Örneğin mevzuatta idarenin konuyu “takdir edeceği” açık bir biçimde belirtilebilir³⁸. Mezkûr düzenlemelerin varlığı halinde idareye takdir yetkisinin verildiği kolayca anlaşılmaktadır. Bu nedenle burada belirtilen takdir yetkisinin kolay takdir yetkisi olarak adlandırılması gerektiği düşünülmektedir. Kolay takdir yetkisi, idarenin daha rahat bir şekilde karar alabileceği durumları ifade eder. Kolay takdir yetkisinin olduğu durumlarda idarenin karar alma süreçleri daha basit, açık, anlaşılır ve kolaydır. Örneğin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 54’e göre, “Disiplin cezalarını vermeye yetkili amirler ile disiplin kurulları, disiplin suçunu oluşturan eylemlerin ağırlığını, soruşturulan öğrencinin daha önce bir disiplin cezası alıp almadığını, işlediği fiil dolayısıyla pişmanlık duyup duymadığını, yükseköğretim kurumundaki geçmiş davranış, çalışma ve başarılarını dikkate alarak bir derece alt ceza verebilir.” Bu hükme göre, disiplin cezalarını vermeye yetkili amirler ile disiplin kurulları, belirtilen sebeplerden bir veya birkaçının varlığı durumunda, yükseköğretim kurumundan bir yarıyıl için uzaklaştırma gerektiren bir disiplin suçunun işlendiğinin sabit olması halinde bir derece alt ceza olan yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma cezasını verebilirler. Burada idareye, bir derece alt cezanın verilmesi konusunda takdir yetkisinin verildiği kolayca anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu ve buna benzer kuralların varlığı halinde idarenin kolay takdir yetkisi söz konusu olur.

Bazen de idareye takdir yetkisi kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, milli güvenlik, ihtiyaç ve lüzum üzere gibi genel ve belirsiz kavramlarla verilmektedir³⁹. Böyle durumlarda idarenin takdir yetkisini kullanması ve karar alırken hukuka uygunluk sınırları içinde hareket etmesi zorlaşmaktadır. Zira idarenin belirsiz kavramları yorumlaması ve somut olaya uygulaması gerekir⁴⁰. Dolayısıyla belirsiz kavramlarla idareye verilen takdir yetkisi, zor takdir yetkisi olarak adlandırılabilir. Zor takdir yetkisinin kullanımında idarenin karar alma süreçlerinde daha dikkatli ve özenli olması gerekir. Zor takdir yetkisi durumunda, hukuki çerçeve belli olmadığından, idarenin hukuk kuralları içinde hareket etmesi kolay değildir. Bu nedenle idarenin zor takdir yetkisinin kullanımında hukuka uygun hareket etmesi zorlaşmaktadır. Örneğin 2559 sayılı Kanun m. 8’e göre “...genel ahlâka zararı dokunacak oyun oynatılan, ...yerler, ...faaliyetten men edilir.” Durumun kesin delillerle tespit edilmesi halinde faaliyetten men etme kararından başka bir kararın verilmesi konusunda idarenin takdir yetkisi yoktur. Ancak genel ahlâka zararı dokunacak oyunların tespit edilmesi konusunda idarenin takdir yetkisine ihtiyaç vardır. Burada belirtilen zararlı oyunların takdir yetkisinin kullanılarak doğru bir biçimde tespit edilmesi kolay değildir. Bunu takdir edecek kamu görevlisinin bu alanda uzman olması ve hukuk kurallarını doğru yorumlayabilmesi gerekir. Aksi takdirde belirsiz olan genel ahlak kavramının anlamının doğru bir şekilde belirlenmesi zorlaşacaktır. Bu nedenle kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, milli güvenlik, devletin güvenliği, milli egemenlik, genel asayiş, kamu yararı, uygun görülme, ihtiyaç ve lüzum üzere gibi genel ve belirsiz kavramlarla⁴¹ idareye verilen takdir yetkisinin, idarenin zor takdir yetkisi olarak adlandırılmasının isabetli olacağı ifade edilmelidir⁴². İdarenin zor ve kolay

³⁷ İdarenin takdir yetkisinin varlığı kanunun lafzından, belirsiz kavramların kullanılmasından, idarenin teknik olarak uzman olduğu alanlar (teknik takdir, değerlendirme durumları) ile kamu görevlilerin deneyim faktörlerinden anlaşılmaktadır. Kalabalık, “Takdir Yetkisi”, 210-215.

³⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, 1065.

³⁹ Belirsiz kavramlarla idareye takdir yetkisinin verilmesi hakkında bkz. Kalabalık, “Takdir Yetkisi”, 212.

⁴⁰ Belirsiz kavramlar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Kaya, C., *İdarenin Takdir Yetkisi*, 43-44.

⁴¹ Kaya, C., *İdarenin Takdir Yetkisi*, 43-44.

⁴² Anayasa Mahkemesi, kamu düzeni korunması ve milli güvenliğin sağlanması durumlarında idarenin takdir yetkisinin genişlediğini, ancak “...kamu gücünü kullanan makamların takdir yetkisi genişlemekle birlikte alınan tedbirlerde durumun

takdir yetkisinin kavramsallaştırılmasında Hart'ın zor ve kolay dava ayırımına ilişkin açıklamalar esas alınmıştır. Çalışmanın devamında kavramlar arasındaki benzerlikler ortaya konulacaktır.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere idarenin takdir yetkisi bir sorundur. Bu sorun, idare ile kanun arasındaki bağdan meydana gelen ve idarenin işlem ve eylemlerinin kanuna (geniş anlamda mevzuata) uygun olup olmadığı sorunudur⁴³. Çalışmanın sistematığına sadık kalmak ve tekrarlardan kaçınmak için idarenin kolay ve zor takdir yetkisi sorunu, Hart'ın hukuk teorisiyle karşılaştırmalı bir biçimde üçüncü başlıkta incelenecektir.

II. Hart'ın Hukuk Teorisinde Hâkimin Takdir Yetkisi

A. Hart'ın hukuk teorisi

Hâkimin takdir yetkisinin Hart'ın hukuk teorisindeki yerinin doğru bir biçimde belirlenebilmesi için Hart'ın hukuk teorisinin ve teoriye temel teşkil eden hukuki pozitivism ile doğal hukuk kavramları arasındaki bağlantının özet olarak aktarılmasında fayda vardır.

Hukuk felsefesinin temel iki akımı, hukuki pozitivism ile doğal hukuktur. Ayırımın esası ise ahlak ile hukuk arasında bir bağın olup olmadığına ilişkindir. Doğal hukuk ekolünün savunucularına göre hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ vardır⁴⁴. Pozitivistlerden bazıları (klasik pozitivistler)⁴⁵ hukuk ile ahlak arasında zorunlu ve kurucu bir bağın olmadığını ileri sürerler. Ancak modern olarak tanımlanan bazı pozitivistler ise her iki kavram arasında zorunlu bir bağın olmadığını savunmakla beraber rastlantısal bir ilişkinin varlığını da inkâr etmezler. Bu bağlamda her iki kavram arasındaki rastlantısal bağın varlığını reddetmeyen Hart, modern hukuki pozitivist olarak adlandırılmaktadır⁴⁶. Ayırımın temel noktası hukuk ile ahlak arasında bir bağın olup olmadığı hususunda yoğunlaşmaktadır. Hukuk ile ahlak kavramları yakın ilişki içinde olduklarından adaletin tesis edilmesi bakımından keskin ifadeler ile kavramları ayırıştırmanın doğru olmadığı belirtilmelidir.

Klasik pozitivistlerin bir kısmı ise iki kavram arasında bir ilişkinin/bağın olmadığını, her iki kavramın birbirinden ayrı kavramlar olduklarını savunurlar. Klasik pozitivistler sosyal kaynaklar tezi ile hukuki geçerliliğe sınırlama getirmekle hukuki olmanın ahlaki olmaya bağlanamayacağını ifade ederler⁴⁷. Bazı modern pozitivistler ise iki kavram arasında zorunlu bir bağın olmadığını belirtirler, ancak bazı durumlarda rastlantısal bir ilişkinin/bağın varlığını da inkâr etmezler⁴⁸. Modern pozitivistler, özellikle Hart'ın "tanıma kuralı"⁴⁹ndan da hareket ederek, klasik pozitivistleri eleştirirler⁵⁰. Bazı modern pozitivistler, klasik pozitivistlerin getirdikleri sınırlamalara karşı çıkarak hukukun kısmen de olsa

gerektirdiği ölçünün korunması ve takdir yetkisinin aşılmaması gerektiği(ni), ..." ifade etmiştir. AYM, C.A. Başvurusu, B. No: 2018/10286, K.T:02.07.2020, par. 113.

⁴³ Kaya, C., *İdarenin Takdir Yetkisi*, 26.

⁴⁴ H.L.A. Hart, *Hukuk, Özgürlük, Ahlak (Özgürlük)*, (Çev. Erol Öz), (Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2000), 28; Gülriz Uygur, "Hukukla Ahlakilik Arasındaki Liberal Gelenek: John Rawls'un Yaklaşımı (Ahlakilik)", *HFSA*, 11, 2005, 42-48; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 46-48.

⁴⁵ Klasik pozitivism ve modern pozitivism kavramları hakkında bkz. Gülriz Uygur, "Hukuki Pozitivismin Değişen Yüzü Mü?", *AÜHFD*, 52(3), 2003, 145-176; Uygur, "Ahlakilik", 42-48; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 46-49.

⁴⁶ H.L.A. Hart, *The Concept of Law, (The Concept)*, (Oxford: Oxford University Press, 1994), 268-269.

⁴⁷ Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 145-176; Şule Şahin Ceylan, "H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı (Hukuk Kavramı)", *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V Sempozyum, İstanbul Barosu-HFSA Bildiriler/1*, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012), 79 vd. Hukuk kuralları ile ahlak arasındaki ilişki için bkz. Onur Altunsu, *Analitik Pozitivizm Açısından Yargıcın Hukuk Yaratması*, (Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2023), 120 vd.

⁴⁸ Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları (Hart-Dworkin)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 28, 2011, 71-82.

⁴⁹ Tanıma kuralı (*rule of recognition*), kuralı belirleyen ve kurala geçerlilik sağlayan tek ve en üstün kuraldır. Hart'ın hukuk teorisinde "tanıma kuralı", bir hukuk sisteminde geçerli kuralın ne olduğunu belirleyen kriterleri sağlayan temel bir kuralı ifade eder. Diğer bir ifadeyle tanıma kuralı, bir hukuk sisteminin hangi normların hukuken geçerli olduğunu ve dolayısıyla hukukun bir parçası olduğunu belirleyen kural veya kurallar bütünüdür. Hart'ın tanıma kuralı hakkında detaylı bilgi için bkz. Hart, *The Concept*, 100 vd.; Yahya Berkol Gülgeç, "Interrelationship Between Validity, Efficacy And Coerciveness", *AÜHFD*, 66(4), 2017, 687 vd.; Aydan Ömür Surlu, *H.L.A. Hart'ta Tanıma Kuralı*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008), 55 vd.

⁵⁰ Eleştiriler hakkında bkz. Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 145-176.

ahlaki değerlere, yani moral ilkelere göre belirlendiğini iddia ederler⁵¹. Dolayısı ile modern pozitivistlerin daha mutedil bir yol izledikleri ifade edilebilir. Hukuku ahlak/etik veya moral değerlerden ayırarak iktidar erkine dayandıran John Austin'den etkilenecek *"analitik/kapsayıcı veya ılımlı pozitivism (soft pozitivism)"*⁵² diye isimlendirilen teoriyi geliştiren ve klasik pozitivistlere nazaran daha ılımlı bir yol izlediğinden modern pozitivist olarak adlandırılan Hart, Anglosakson hukuk ekolünde yer alır⁵³.

Hart, hukuk ve ahlak kavramları arasındaki ilişkiyi, "Hukukun gelişimi ahlak kurallarından etkilenmiş midir?" sorusuna olumlu ve olumsuz cevap verilebileceğini; "Ahlakın gelişimi hukuktan etkilenmiş midir?" sorusu için de bunun layığıyla araştırılmadığını belirterek birbirini takip eden bazı sorular sorarak açıklamıştır⁵⁴. Hart, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkinin uzun zaman boyunca tartışıldığını, ancak bu tartışmanın harcanan zaman ve tüketilen mürekkep kadar bir önem taşımadığını belirtmiştir. Bu konudaki tartışmaların "pozitivism" ve "tabii hukuk" gibi "görmekli fakat belirsiz sözcüklerin kullanılması"ndan dolayı bulanıklaştırılarak sürdürüldüğünü ifade eden Hart, tartışmalara bizzat taraf olmamış ve daha üstenci ya da objektif bir bakış açısıyla her iki akımın savunucuları hakkında "gösterişli fakat belirsiz tartışmalarda bayraklar sallanmış ve taraflar oluşturulmuştur" değerlendirmesini yapmış⁵⁵ ve teorisini sosyal kaynaklar ile ayrılabilirlik tezlerini esas alarak açıklamıştır.

Sosyal kaynaklar tezi/doktrini, hukuk kurallarının insanlar tarafından ortaya konulduğu düşüncesine dayandırılmaktadır. Buna göre hukuk kuralları insan iradesinin ürünüdür. Dolayısıyla hukuk kuralları ahlaki olarak değil, sosyal bir olgu olarak ele alınmalıdır⁵⁶. Bazı modern hukuki pozitivistler gibi Hart da hukukun kaynağını yasama, yargısal kararlar, sosyal gelenekler gibi bazı sosyal olgulara dayandırır⁵⁷ ve hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiyi ayrılabilirlik tezi ile açıklar. Ayrılabilirlik tezinin göre, doğal hukukun iddiasının aksine, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki/bağ yoktur⁵⁸. Ancak hukuk, kurallar bütününden oluşmaktadır. Önemle belirtilmelidir ki Hart, her kuralı hukuk kuralı olarak değerlendirmemektedir. Bir kuralın hukuk kuralı olup olmadığını belirlemede tanıma kuralını esas almaktadır⁵⁹. Sosyal olgulara dayalı tanıma kuralı, Hart'ın tezinin temelini oluşturmaktadır. Bir toplumdaki hangi kuralın hukuk kuralı olduğu, sosyal bir kural olan tanıma kuralına göre belirlenmektedir⁶⁰. Tanıma kuralı, bir kuralın hukuk kuralı olup olmadığında esas alınmaktadır⁶¹.

⁵¹ Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 46 vd.

⁵² Esas olarak üç farklı pozitivist yaklaşımdan bahsedilir. Hukukilik ile ahlakilik arasındaki bağ temel alınarak açıklanan bu yaklaşımlar kavramsal pozitivism, dışlayıcı pozitivism ve kapsayıcı pozitivismdir. Pozitivism ile ilgili kavramsal tartışmalar ve farklı yaklaşımlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Frederick Schauer, "Hart Öncesi Pozitivism" (Çev. Muhammet Koçakgöl), *EBYÜ-HFD*, 25(1), 2021, 109 vd.

⁵³ Hart'ın hukuk teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. H. L. A. Hart, "Pozitivism ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması", (Çev. Ertuğrul Uzun), *H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, Ed. Sercan Gürler, (İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015) 121 vd.; Ahmet Ulvi Türkbağ, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı (Hukuk Kuramı)*, (İstanbul: Derin Yayınları, 2012), 45-46; Türkbağ, "Hart-Dworkin", 71-82; Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 145-176; Sururi Aktaş, "Hart ve Dworkin'e Karşı Otorite Olarak Hukuk (Hart)", *AÜEHFD*, VIII(3-4), 2004, 15-21; Şule Şahin Ceylan, *H.L.A. Hart'ın Hukuk Kuramı (Hart)*, (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2014), 9 vd.; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 46-48.

⁵⁴ Hart, *Özgürlük*, 13.

⁵⁵ Hart, *Özgürlük*, 14. Konu hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Şahin Ceylan, *Hart*, 184 vd.

⁵⁶ Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 145-146; E. İrem Aki, "Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme", *AÜHFD*, 64(1), 2015, 3.

⁵⁷ Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 154.

⁵⁸ Zeynep İspir Toprak, *H.L.A. Hart'ta Açık Metin Kavramı*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008), 9. Ayrılabilirlik tezi hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 171; Keith Culver, "Leaving the Hart-Dworkin Debate", *University of Toronto Law Journal*, 51, 2001, 380-383.

⁵⁹ Roger Cotterrell, *Hukuk Biliminin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş* (Çev. Saim Üye), (İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2019), 155-156; Şahin Ceylan, "Hukuk Kavramı", 84.

⁶⁰ Hart, *The Concept*, 100 vd.; Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 148 vd.; Aktaş, "Hart", 7 vd.; Cotterrell, *Hukuk Bilimi*, 150 vd.; Surlu, *Tanım Kuralı*, 47 vd.; İspir Toprak, *Açık Metin*, 14-15; Şahin Ceylan, "Hukuk Kavramı", 84.

⁶¹ Hart'a göre kurallar, emredici (mecburi) nitelikte olan asli kurallardan oluşur. Emredici kuralların tabi olukları kurallara ise tanıma kurallarıdır. Tekin Akıllıoğlu, *Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstünlüğüne Giriş*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 80.

Diğer bir ifadeyle tanıma kuralı, hukukilik ölçütü olarak değerlendirilmektedir⁶². Hart'ın hukuk teorisinin de temelini ikincil kural olarak da ifade edilen tanıma kuralı oluşturmaktadır. Zira herhangi bir kuralı, hukuk kuralı yapan ve buna ilişkin asgari ilkeleri belirleyen kurallar ikincil kurallardır⁶³. Davranış kurallarından hangilerinin hukuk kuralı olduğunu belirleyen ve tanıma kuralı olarak ifade edilen ikincil kurallar⁶⁴ "hukukilik ölçütü" olarak kullanılmaktadır⁶⁵. Buna rağmen Hart, bu şekilde oluşturulan kuralların da kusursuz olmayabileceğini ve hukukta belirsiz ya da açık bir alanın (boşluk/*open texture*) olabileceğini belirterek hukuk kurallarının oluşturulmasında ahlaki ilkelere de yer verilebileceğini ifade etmiştir⁶⁶.

B. Hart'ın hukuk teorisinde hâkimin takdir yetkisi⁶⁷

Hart'a göre, hâkim takdir yetkisini hukuki belirlilik ve kesinliğin olmadığı durumlar ile zor davalarda kullanılmalıdır. Başka bir anlatımla sadece hukuki belirsizliğin olduğu durumlar ile zor dava olarak nitelendirilen davalarda hâkim takdir yetkisine başvurulabilir⁶⁸. Bu durumlarda hâkimin takdir yetkisini kullanmadan uyuşmazlığı çözmesi çok olası değildir. Ancak kolay davalarda da hâkimin takdir yetkisine başvurusu mümkündür.

1. Hukuki belirsizlik durumunda takdir yetkisi

Kural olarak belirli, açık ve öngörülebilir olan hukuk kuralları bazı istisnai durumlarda belirsiz olabilir. Bu belirsizlik bazen norm oluşturma tekniğinden bazen de hukuku oluşturan dildeki sözcüklerden kaynaklanabilir⁶⁹. Hart, hukuk kurallarının belirsizliğini "açık metin" anlamındaki *open texture* terimiyle açıklar⁷⁰. Hart'a göre, hangi kuralın hangi olaya uygulanacağı meselesi tamamen açık değildir. Dolayısıyla Hart, herhangi bir hukuk sisteminde yer alan hukuk kurallarının tamamının kesin ve belirli, yani tamamen açık olmadığını ifade eder⁷¹. Başka bir ifadeyle hukukta *open texture*, yani açık dokulu bir alanın olmasının bir gereği olarak belirsiz bir alanın olduğu ve dolayısıyla hukukun tanımlanmasında ve uygulanmasında uygulayıcıların, yani hâkimlerin ve idarecilerin değerlendirmelerine ihtiyaç vardır.

Belirtildiği üzere hukuktaki belirsizlik, *open texture* olarak ifade edilen ve kullanılan dilin belirsiz⁷² ve açık uçlu olması ya da normlar arasındaki çelişkilerden meydana gelir. Aslında Hart, kuralların belirsiz oluşunu sadece kullanılan dildeki sözcüklerin yeterince açık olmamasına dayandırmamaktadır. Ayrıca Hart, bu belirsizliğin hukuk kurallarının oluşturulmasında makullük, hakkaniyet, adil olma, eşitlik gibi genel kavramların kullanılması ile *Common-Law* hukuk sisteminin kendi yapısından da

⁶² Mustafa Balkan Demirdal, *Adalet İlkelerinin Osmanlıdan Günümüze Türk Hukukunda Görünümü (Adalet İlkeleri)*, (Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2017), 16.; Yıldırım Torun, *Ronald Dworkin'in Hukuk ve Siyaset Felsefesi'nde Adalet, Eşitlik ve Özgürlük Sorunu*, (Erzurum: Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi), 2008, 29.

⁶³ Hart, *The Concept*, 124 vd.; Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 148; Cotterrell, *Hukuk Bilimi*, 150-155; Şahin Ceylan, "Hukuk Kavramı", 84-86.

⁶⁴ Hart, *The Concept*, 124 vd.; Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 148; Surlu, *Tanım Kuralı*, 54.

⁶⁵ Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 148; Surlu, *Tanım Kuralı*, 54; Şahin Ceylan, *Hart*, 115 vd.

⁶⁶ Hart, *The Concept*, 124 vd.; İspir Toprak, *Açık Metin*, 16 vd.; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 54; Culver, "Debate", 383-384.

⁶⁷ Hukuk literatürümüzde "takdir yetkisi" şeklinde ifade edilen "discretion" kavramını Hart, "yargısal ve idari takdir" anlamında kullanmaktadır. Kavram hakkında daha fazla bilgi için bkz. İspir, "Bir İnceleme", 228-241.

⁶⁸ Takdir kavramı hakkında Dworkin, takdir yetkisinin serbestlikle aynı şey olmadığını ve eleştiriye açık olduğunu ifade ederek, "Takdir kavramı pozitivistler tarafından günlük dildeki anlamından farklılaştırılmıştır." değerlendirmesini yapmıştır. Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), (Ankara: Dost Kitabevi, 2007), 58.

⁶⁹ Hart, *The Concept*, 252; David Lyons, "Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation", *Law and Philosophy*, 18, 1999, 308; M. Balkan Demirdal, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü (Yargıçların Rolü)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVIII(3-4), 2014, 799.

⁷⁰ Hart, *The Concept*, 124; Culver, "Debate", 383-384.

⁷¹ Hart, *The Concept*, 252; Lyons, "Open Texture", 308; Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 163.

⁷² Hart, bu belirsizliği bilinen taşıt örneğinden hareketle şöyle açıklar: Parka "taşıt" girmesini yasaklayan kuraldaki taşıt ile kastedilenin otomobil olduğu açıktır. Acaba bisikletler, patenler, oyuncak arabalar, hatta uçaklar bile kuralın amacı doğrultusunda taşıt olarak kabul edilip edilmeyecek midir? Kuraldaki taşıt terimindeki belirsizliğe vurgu yapılmıştır. Örnek için bkz. Hart, *The Concept*, 126.

kaynaklandığını belirtir⁷³. Hatta kuraldaki belirsizliklerin tamamı açık metinden (*open texture*) kaynaklanmadığı, içtihatların da belirsizliğe neden olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir anlatımla kanunlar ile içtihatlar arasındaki çatışmaların da belirsizliğe etki ettiği belirtilmelidir⁷⁴. Görüldüğü üzere hukuk kurallarının belirsizliğine etki eden çok sayıda sebep gösterilmektedir.

Doğrusu hukuktaki belirsizlik, hukukun bir özelliği olarak kabul edilmelidir. Zira kanunlar ya da içtihatlardaki genel terimlerin doğasında belirsizlik vardır. Kuralları tamamen bu belirsizlikten kurtarmak mümkün değildir. Kuralların oluşturulmasında kullanılan açık olmayan terimler zamana, davaya ve kişiye göre değişik anlamlar ifade edebilir. Ayrıca hayatın hareketliliği ile insan kapasitesinin sınırlılığı da kurallardaki belirsizliğe ve boşluğa neden olmaktadır. Dolayısıyla hukuk sistemlerinde boşluk⁷⁵, doğal görülmelidir. Zira insan iradesinin ürünü olan hukuk kuralları mükemmel olmadığı gibi zamanla değişikliğe de uğramaktadır⁷⁶. Başka bir ifadeyle kuralların çağın gereklerine uygun olarak yorumlanması ya da değiştirilmesi zarurettir. Hukuk kurallarının değişen şartlara uyumunu sağlamak için de hâkimlerin belirsizlik ve boşluk durumunda takdir yetkilerini kullanarak hukuktaki belirsizliği ve boşluğu gidermelerine tabii olarak ihtiyaç duyulmaktadır.

Görüldüğü üzere kuralın yorumlanması zorunlu ihtiyaçlardan kaynaklanmaktadır. Kuralın her daim eksik ve belirsiz olduğu ve hâkimin takdir yetkisini kullanarak bunu tamamlaması ve somutlaştırması, yani belirli kılması gerekmektedir. Belirli ve açık olmayan kuralın/normun uygulanmasında takdir yetkisine başvurulması belirlilik için zorunluluk teşkil etmektedir. Hâkim, takdir yetkisini kullanarak belirsizliği gidermeli ve somut olaya uygun bir çözüm üretebilmelidir. Zira hâkim, somut davada vereceği kararla kuraldaki sözcüklerin anlamının anlaşılmasını sağlama ve sınırlarını çizme yetkisine sahiptir.

İfade edildiği üzere hukukta boşluk olduğu durumlarda hâkimlere hukuk yaratma yetkisi verilerek boşluk giderilmektedir. Benzer olarak hukuk kuralının anlamının belirli olmadığı durumlarda da yorum ya da hukuk yaratma yoluyla sorun giderilmektedir. Hart'a göre gölgeli, yani açık olmayan alanlar söz konusu olduğunda, hâkim en makul yorumu yaparak ortaya çıkan hukuki belirsizliği giderebilme yetkisine sahip olmalıdır⁷⁷.

2. Zor davalarda takdir yetkisi

Modern pozitivist hukukçu olan Hart, ilke olarak, hukukun belirliliği ve kesinliğini kabul etmiş ve “zor dava (*hard-case*)” olarak nitelendirilen davalarda “ahlak” ilkesinin uygulanması konusunda daha ılımlı davranılması gerektiğini ifade ederek bu davalarda hâkimin takdir yetkisini kullanabileceğini belirtmiştir⁷⁸. Çünkü Hart'a göre tanıma kuralı⁷⁹, hukuksal geçerlilik için bazı ahlaki ilkeleri kapsayabilir⁸⁰.

Hart, davaları, uygulanacak hukuk kurallarının belirsizliği ve açıklığını esas alarak, kolay ve zor dava diye ikiye ayırmıştır⁸¹. Kolay davalarda uygulanacak hukuk kuralının anlamı açıktır. Diğer bir ifadeyle belirsiz terimlerin içermediği hukuk kurallarının uygulandığı davalar kolay dava olarak tanımlanmaktadır. Bu davalarda hâkimlerin takdir yetkisine başvurmaları zorunlu değil, ancak gerektiğinde takdir yetkisinin kullanılması bakımından yasaklayıcı bir kural da yoktur. Kolay olarak nitelendirilen davalarda hâkimin kullandığı takdir yetkisi, zor davalara kıyasla, daha basit nitelikte

⁷³ Hart, *The Concept*, 126-128; İspir Toprak, *Açık Metin*, 70-77; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 54.

⁷⁴ Lyons, “Open Texture”, 308.

⁷⁵ Boşluk kavramı için bkz. Aktaş, “Boşluk”, 1-28.

⁷⁶ Aktaş, “Boşluk”, 1.

⁷⁷ Hart, *The Concept*, 128; Aktaş, “Boşluk”, 3; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 55.

⁷⁸ Hart, *The Concept*, 252; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 92.

⁷⁹ Hart, *The Concept*, 100 vd.; Surlu, *Tanıma Kuralı*, 55 vd.; Aktaş, “Hart”, 20.

⁸⁰ Aktaş, “Hart”, 16.

⁸¹ Zor dava-kolay dava ayrımı hakkında detaylı bilgi için bkz. Altunsu, *Analitik Pozitivizm*, 8 vd.

değerlendirilebilir⁸². Görüldüğü üzere Hart'a göre kolay davalarda da hâkim takdir yetkisini kullanabilir.

Zor davalar, davaya uygulanacak kuralın yeterince açık olmadığı, yani kuralın belirsiz olduğu ve davalarda uygulanacak hukuki bilgi ve belgelerin tek bir doğru sonuca götürmediği davalardır⁸³. Kolay davalara nazaran zor davalarda hâkimin takdir yetkisine başvurusu daha kesiftir. Çünkü zor davalarda uygulanacak kurallar daha belirsiz olduğundan uyuşmazlığı çözmede yeterli görülmeyebilir. Bu nedenle hâkim, zor olarak nitelendirilen davalarda daha sıkça takdir yetkisini kullanmak zorunda kalabilir. Dolayısıyla zor davalar, hukukun kendini arayışı ve anlama çabası olarak da değerlendirilebilir⁸⁴. Ayrıca zor davalarda yapılan değerlendirme ve yorumlarla hukuk teorisinin gelişimine de katkı sağlanmaktadır.

Belirtildiği üzere hukuk kurallarının belirsiz olduğu davalar, zor davalar olarak nitelendirilmektedir. Ancak hukuk kurallarının belirsizliği tek neden değildir. Ayrıca hukuk kurallarının çatışması, eksik olması ya da konuya ilişkin herhangi bir kuralın bulunmaması gibi başka nedenler de bir davanın zor dava olarak nitelendirilmesine sebep olarak gösterilmektedir⁸⁵. Aslında zor davalar, kanun koyucu tarafından davada uygulanacak normun tamamen düzenlenmemiş olduğu davalardır. Ayrıca belirtmelidir ki hukuki belirsizlik için makul anlaşmazlık yeterli görülmektedir⁸⁶.

Özetle somut uyuşmazlık için yürürlükteki hukuk kuralları ve emsal kararlar bakımından bir çözümün bulunamadığı, yani hukuk boşluğunun olduğu durumlarda hâkimin takdir yetkisini kullanması gerektiği ifade edilmelidir. Hart'ın hukuk teorisinde "zor dava" olarak nitelendirilen davalarda, hâkime takdir yetkisini kullanma hakkı verilmiştir. Aslında hâkimin, zor davalarda takdir yetkisini kullanmak suretiyle, hukuk oluşturmaya ihtiyaç da duyulmaktadır⁸⁷.

III. Hâkimin Takdir Yetkisi ile İdarenin Takdir Yetkisinin Karşılaştırılması

A. Hukuki belirsizlik durumunda hâkimin takdir yetkisi ile idarenin takdir yetkisi: İdarenin kolay takdir yetkisi

Hart'a göre hâkim, somut uyuşmazlıkla ilgili yürürlükte olan hukuk kuralını uygulamalı ve uyuşmazlığı buna uygun olarak çözmelidir. Ancak bazen somut uyuşmazlıkla ilgili olarak ya hukuk kuralı mevcut olmayabilir ya da var olan hukuk kuralı belirsiz olabilir. Bu durumda hâkim, takdir yetkisini kullanarak kanun koyucu gibi hareket etmeli ve hukuk yaratarak uyuşmazlığı çözmelidir. Dolayısıyla belirsiz olan hukuk kurallarının belirli kılınması takdir yetkisiyle mümkün olmaktadır. Zira hâkim, hukuki belirsizlik durumunda takdir yetkisini kullanma hakkına sahiptir.

Hart, hâkime takdir yetkisinin tanınması gerektiğini savunmuş, ancak bunun bazı şartlara bağlı olması gerektiğini de belirtmiştir. Normalde kanun koyucu kural koyarken kuralın kesin ve belirli, yani tamamen açık ve emredici olmasına özen gösterir. Ancak bazen dildeki sözcüklerin belirsizliği, genel ilke veya kavramların kullanılması ya da zamanla kuralların işlevsizleşmesi gibi nedenlerle hukuktaki *open texture*, yani açık dokulu yapıdan dolayı belirsiz veya gölgeli alanlar oluşabilir. Böyle durumlarda hukuk kurallarının yeniden tanımlanması, uyarlanması ve uygulanması için hâkimlerin değerlendirmelerine, yani takdir yetkilerine ihtiyaç duyulmaktadır. Hart, hukuk kurallarının

⁸² Gülriz Özkök, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", *AÜHFD*, 51(2), 2002, 4.

⁸³ Hart, *The Concept*, 252 vd.; Özkök, "Hukuki Belirsizlik", 4 vd.; Aktaş, "Hart", 15 vd.; İspir Toprak, *Açık Metin*, 82; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 55-57.

⁸⁴ Gregory C. Keating, "Justifying Hercules: Ronald Dworkin and the Rule of Law", *American Bar Foundation Research Journal*, 12(2/3), 1987, 527; Altunsu, *Analitik Pozitivizm*, 10.

⁸⁵ Keating, "Rule of Law", 527.

⁸⁶ Lyons, "Open Texture", 308-309.

⁸⁷ Özkök, "Hukuki Belirsizlik", 14-15.

belirsiz/gölgeli olduğu durumlar⁸⁸ ile zor olarak nitelendirilen davalarda hâkimlerin takdir yetkilerini kullanarak hukuk ihdas etmelerine ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir⁸⁹.

Hukuki belirsizlik halinde idarenin takdir yetkisi ile hâkimin takdir yetkisi arasında benzerlikler bulunmaktadır. Öncelikli olarak her iki durumda da takdir yetkisinden bahsedilebilmesi için belirsiz bir alanın varlığına ihtiyaç vardır. Diğer bir ifadeyle hukuk kurallarının açık ve emredici olduğu durumlarda idare için bağlı yetki söz konusudur. Bağlı yetki durumunda da emredici kurallarla idarenin ne şekilde hareket edeceği mevzuatta açıkça düzenlenmiştir⁹⁰. Dolayısıyla bağlı yetkinin olduğu durumlarda idarenin emredici kurala aykırı hareket etmesi, yani takdir yetkisini kullanması mümkün değildir. Çünkü ancak hukuki belirsizlik ve boşluğun olduğu durumlarda takdir yetkisi kullanılabilir. Serbest hareket edebilme alanının olmadığı, hukuk kurallarıyla hâkimin ya da idarenin nasıl hareket edeceğinin net bir biçimde belli olduğu durumlarda takdir yetkisinin kullanılmasından bahsedilmez. Zira hem hâkimin hem de idarenin takdir yetkisi hukuka uygun olmalıdır. Aksi durum, yargıda ve idarede keyfi karar ve uygulamalara yol açar. Keyfililiğin önlenmesi için takdir yetkisi, objektif ilkelere, konuluş amacına, eşitlik, kamu yararı ve kamu hizmeti gereklerine uygun olarak kullanılmalıdır⁹¹.

Hukuki belirsizlik ve boşluk ile serbest hareket edebilmenin olduğu durumlarda idarenin takdir yetkisini kullanması nispeten daha kolaydır. Böyle durumlarda idare, takdir yetkisini kullanarak hukuku belirli kılmalı ve bu doğrultuda karar alarak doğru sonuca varmalıdır.

İdarenin kolay takdir yetkisi nasıl anlaşılır? İdarenin takdir yetkisi, “yapabilir, verebilir, uygulanabilir” şeklindeki kavramlar ile “takdir edeceği” şeklinde açıkça düzenlenebilir⁹². Bu durumlarda idareye takdir yetkisinin verildiği kolayca anlaşılmalı ve takdir yetkisinin varlığı konusunda tartışma söz konusu değildir. Belirtilen durumlarda kamu görevlileri, mevzuatta kendilerine takdir yetkisinin verildiğini kolay bir biçimde anlar ve takdir yetkilerini de tereddütte düşmeden kolayca kullanırlar. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 4/B’ye göre “... sözleşmeli personel istihdam edilebilir.” Burada idareye sözleşmeli personel istihdamı konusunda takdir yetkisinin verildiği açıktır. İdare bu hükme uygun olarak sözleşmeli personel istihdamına ilişkin takdir yetkisini kolaylıkla kullanabilir.

657 sayılı Kanun m. 41’e göre, “Bir sınıfta belli görevlere atanabilmek veya bu görevlerde belli derecelere yükselebilmek için, ...yabancı dil bilmek gibi şartlar konulabilir.” Burada idareye atanabilmek veya yükselebilmek için bazı şartları koyabilme konusunda takdir yetkisi verilmiştir. Düzenlemede belli şartların konulması ya da konulmaması hususu emredici bir biçimde, yani açıkça belirlenmemiştir. Bunu belirli kılacak olan idaredir. İdare, kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak madde metninde belirtilen şartların tamamını, bir kısmını ya da madde metninde belirtilmeyen benzeri bir şartı koyabilir. Hatta madde metnindeki “gibi” kelimesinden hareketle idarenin yorum yoluyla kural ihdas etme yetkine sahip olduğu da belirtilebilir. Çünkü burada idare takdir yetkisini kullanarak belirsiz olan alanı belirleme takdirine sahiptir. Ayrıca bu düzenlemedeki “konulabilir” kelimesinden idareye takdir yetkisinin tanındığı kolayca anlaşılmaktadır. Bu nedenle idareye bu şekilde verilen takdir yetkisinin idarenin kolay takdir yetkisi olarak ifade edilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Zira mevzuatta mezkûr kavramların varlığı durumunda idareye takdir yetkisinin verildiği kolayca anlaşılmaktadır. Kolay takdir yetkisinin varlığı halinde idare, takdir yetkisini kullanarak birden fazla seçenek arasından kamu yararı, kamu hizmeti gerekleri, eşitlik,

⁸⁸ Hart, *The Concept*, 126-128; Altunsu, *Analitik Pozitivizm*, 11-12.

⁸⁹ Hart, *The Concept*, 252 vd.; Özkök, “Hukuki Belirsizlik”, 4 vd.; Aktaş, “Hart”, 15 vd.; İspir Toprak, *Açık Metin*, 82; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 55-57.

⁹⁰ Akyılmaz vd., *İdari Yargılama*, 103-104; Gözler, *İdare Hukuku*, 1056-1059; Atay, *İdare Hukuku*, 518-523.

⁹¹ Hart, takdir yetkisinin, “...Yetkililerin yaptığı belirli kurallar tarafından kesin bir şekilde belirlenmemiş ve onlara bir seçişte bırakılmışsa, yetkililer görevlerini göz önünde bulundurarak, beğenileri ile geçici zevk ve heveslerine teslim olmadan, sorumlu (bir) şekilde...”, diğer bir anlatımla “sorumlu bir kamu hizmeti kullanımı” şeklinde icra edilmelidir. İspir, “Bir İnceleme”, 235. olarak görmektedir.

⁹² Gözler, *İdare Hukuku*, 1065; Kaya, C., *İdarenin Takdir Yetkisi*, 37-38.

maslahat ve adalet ilkelerine uygun olanı tercih eder. Başka bir anlatımla idarenin takdir yetkisini kullanarak geniş faaliyet alanında serbest hareket etmek suretiyle kolayca karar alabilmesi mümkündür. Kolay takdir yetkisinin kabul edilmesi idarenin pratik bir şekilde karar almasını sağlamaktadır.

Görüldüğü üzere Hart'ın hukuk teorisinde olduğu gibi idarenin kolay takdir yetkisi için de temel şart hukuki belirsizliktir. Önemle ifade edilmelidir ki, hukuki belirsizliğin olmadığı durumlarda idarenin takdir yetkisinden bahsedilemez. Hukukun belirli olduğu, idarenin ne şekilde hareket edeceğinin mevzuatta açık ve emredici bir biçimde düzenlediği durumlarda idarenin takdir yetkisi değil, bağlı yetkisi söz konusu olur.

İdareye benzer olarak hâkimler de yargılama gücünü kullanırken serbest hareket etme yetisine sahiptirler. Bağlı yetki durumuna benzer olarak hâkimler, kendilerini bağlayan hukuk kurallarının mevcut olduğu durumlarda, serbest hareket etme kudretini haiz değildirler. Ancak bazı hallerde hâkimlerin nasıl hareket edeceklerine ilişkin, kendileri tarafından izlenmesi gereken metodu gösteren ya da yasaklayan hukuk kuralı mevcut olmayabilir. Böyle durumlarda hâkimler, idarenin takdir yetkisinde olduğu gibi, serbest bırakılmışlardır. Hâkimler, serbest bırakıldıkları bu alanlarda, olayın niteliğine en uygun çözümü bulmak için takdir yetkilerini kullanırlar. Diğer bir ifadeyle normun, hâkimi serbest bıraktığı hallerde hâkim, normun kendisine tanıdığı serbestliğe dayanarak, icabı hale ve hakkaniyete uygun olarak hareket etmelidir⁹³. Dolayısıyla belirtilen hukuk boşluğu veya hukuki belirsizlik, hâkimin veya idarenin takdir yetkisini kullanması suretiyle giderilerek uyuşmazlık çözüme kavuşturulmuş olur.

Şu husus da ifade edilmelidir ki hâkim veya idare, takdir yetkilerini kullanırken tamamen serbest bırakılmış değildirler. Hâkimin ya da idarenin keyfi hareket etmesi mümkün değildir. Çünkü hâkimin ve idarenin takdir yetkisinin tabi olduğu bazı sınırlamalar mevcuttur. Hâkimin takdir yetkisinin tabi olduğu sınırlamalar şunlardır: Kanun tarafından hâkime takdir yetkisi tanınmış olmalı, kanun tarafından belirlenen sınırların dışına çıkılmamalı ve hakkaniyete uygun davranılmalıdır⁹⁴. Benzer olarak idarenin takdir yetkisi için de bazı sınırlamalar söz konusudur. Örneğin kamu yararı ve hizmetin gerekleri, sebebe dayanma, eşitlik, sosyal devlet, ölçülülük ilkesi, hukuk devleti ve demokratik yönetim gibi bazı anayasal ilkeler ile açık hata takdir yetkisinin sınırları olarak gösterilmektedir⁹⁵.

B. Zor davalardaki hâkimin takdir yetkisi ile idarenin takdir yetkisi: İdarenin zor takdir yetkisi

Davaya uygulanacak kuralın yeterince açık olmadığı ve davada uygulanacak bilgi ve belgelerin tek bir doğru sonuca götürmediği davaları, zor dava olarak tanımlamıştık. Bu davalarda uygulanacak kurallar daha belirsizdir ve uyuşmazlığı çözüme yeterli görülmemektedir. Dolayısıyla hâkimler de zor davalarda takdir yetkilerini daha fazla kullanmak zorunda kalırlar. Bu davalarda uygulanacak kural ve ilkeler kanun koyucu tarafından tamamen düzenlenmemiştir, yani kurallar yorum ve değerlendirmeye daha fazla muhtaçtır. Dolayısıyla Hart, zor davalarda, hâkime takdir yetkisini kullanma hakkının daha fazla verilmesi gerektiğini savunmuştur. Çünkü zor davaların çözümü hususunda hukuk boşluğu vardır. Hâkimler takdir yetkilerini kullanarak boşluğu gidermeli ve uyuşmazlık için hakkaniyetli ve adaletli bir çözüm üretmelidirler⁹⁶.

Doktrinde idarenin takdir yetkisi, idare adına hareket eden kamu görevlilerinin serbestçe karar almaları veya birden fazla seçenek arasında kamu yararı, hizmet gerekleri, hak ve adalete uygun olarak

⁹³ Hâkimin takdir yetkisi hakkında bkz. DinçkoL, "Hakkaniyet", 173-175.

⁹⁴ Hâkimin takdir yetkisinin sınırları hakkında detaylı bilgi için bkz. Dinçkol, "Hakkaniyet", 178-180.

⁹⁵ İdarenin takdir yetkisinin sınırları hakkında bkz. Kalabalık, "Yargısal Denetim", 172 vd.; Akyılmaz vd., *İdari Yargılama*, 105-106; Çağlayan, *İdari Yargılama*, 209-219; Gözler, *İdare Hukuku*, 1084 vd.; Çınar, *Takdir Yetkisi*, 3 vd.

⁹⁶ Hart, *The Concept*, 252; Özkök, "Hukuki Belirsizlik", 14-15.

karar alma iktidarı ya da hakkı olarak ifade edilmiştir⁹⁷. Genelde idareye takdir yetkisi “yapabilir, verebilir, uygulanabilir”⁹⁸ şeklindeki kavramların kullanılmasıyla verildiği görülmektedir. Mevzuatta belirtilen kavramların kullanılması idareye takdir yetkisinin verildiğini gösterir. İdarenin konuyu “takdir edeceği” şeklindeki açık bir ifadeyle de idareye takdir yetkisinin verilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştik⁹⁹. Ancak bazen de idareye takdir yetkisi genel bir çerçeve çizilmek¹⁰⁰, seçenek sunulmak¹⁰¹ ya da kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, milli güvenlik, devletin güvenliği, milli egemenlik, genel asayiş, kamu yararı, uygun görülme, ihtiyaç ve lüzum üzere gibi genel ve belirsiz kavramlarla da verilebilir.

İdarenin zor takdir yetkisinin Hart’ın teorisinde zor dava olarak ifade ettiği davalara benzediği düşünülmektedir. Çünkü idareye genel ve belirsiz kavramlarla takdir yetkisinin verilmesi durumunda idarenin takdir yetkisini kamu yararı, hizmet gerekleri, eşitlik, hakkaniyet ve adalet ilkelerine uygun olarak kullanmasının zorlaştığı kanaatindeyiz. Belirtilen genel ve belirsiz kavramlarla idarenin doğru sonuca varması, hukuki olanın doğru bir biçimde açığa çıkarılması, yani idarenin hukuk ihdas etmesi zorlaşmaktadır. Çünkü buradaki genel kavramlarla neyin ifade edildiği yeterince açık değildir. Örneğin 657 sayılı Kanun m. 46’ya göre, “Bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşları, personel atamasına *lüzum gördükleri* boş kadroların sayılarını, sınıf ve derecelerini belirterek Devlet Personel Başkanlığına¹⁰² bildirirler.” Bu düzenlemedeki *lüzum gördükleri* ifadesiyle idareye doğrudan takdir yetkisinin verilip verilmediği çok açık değildir. Ayrıca idarenin buradaki takdir yetkisini nasıl kullanacağı konusunda da seçenekler belli değildir. Bunu takdir etme konusu tamamen idareye bırakılmıştır. İdarenin personel atamasına *lüzum gördükleri* boş kadroların sayılarını, sınıf ve derecelerini belirleme konusunda daha zor bir durumla karşılaşmaktadır. Bu zorluk takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmemiş, yani çerçevenin çizilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla burada idarenin zor takdir yetkisi söz konusudur. Buradaki düzenlemede karar alma konusunda kural ve ilkeler kanun koyucu tarafından açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Buradaki kural ve ilkeler idarenin takdiri, yorum ve değerlendirmesiyle belirlenecektir. Bu nedenle idareye takdir yetkisinin kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, milli güvenlik, devletin güvenliği, milli egemenlik, genel asayiş, kamu yararı, uygun görülme, ihtiyaç ve lüzum üzere gibi genel, belirsiz ve soyut kavramlarla verildiği durumlarda idarenin doğru sonuca varması konusunda takdir yetkisini kamu yararı, hizmet gerekleri, hakkaniyet ve adalet ilkelerine uygun olarak kullanması gerekmektedir. Bunun için de takdir yetkisine sahip olan kamu görevlilerinin alanında uzman olmalarına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu yetkiyi kullanacak kamu görevlisinin alanında iyi yetişmiş olması gerekir. Aksi halde idareye belirsiz kavramlarla tanınan takdir yetkisinin gereği gibi kullanılması zorlaşmaktadır¹⁰³. Dolayısıyla idareyi

⁹⁷ Akyılmaz vd., *İdari Yargılama*, 104; Gözler, *İdare Hukuku*, 1065 vd.; Çağlayan, *İdârî Yargılama*, 207 vd.; Seçkin vd., 510 vd.; Çağlayan, “Takdir Yetkisi”, 173 vd.; Çınar, *Takdir Yetkisi*, 3 vd.

⁹⁸ Örneğin 2547 sayılı Kanun’da idareye, “yapabilir” kelimesiyle sekiz, “verebilir” kelimesiyle altı ve “uygulanabilir” kelimesiyle de üç yerde takdir yetkisi verilmiştir.

⁹⁹ Gözler, *İdare Hukuku*, 1065.

¹⁰⁰ Örnek 1: 2547 sayılı Kanun m. 54/9-d’ye göre, “Disiplin cezalarını vermeye yetkili amirler ile disiplin kurulları, disiplin suçunu oluşturan eylemlerin ağırlığını, soruşturulan öğrencinin daha önce bir disiplin cezası alıp almadığını, işlediği fiil dolayısıyla pişmanlık duyup duymadığını, yükseköğretim kurumundaki geçmiş davranış, çalışma ve başarılarını dikkate alarak bir derece alt ceza verebilir.” Burada disiplin cezasının verilmesinde idareye takdir yetkisi tanınmış, ancak maddede idareye tanınan takdir yetkisinin sınırları/çerçevesi de belirlenmiştir. Örnek 2: 2547 sayılı Kanun m. 54/1-b’ye göre, maddede belirtilen disiplin suçlarını işleyen öğrenciye “Yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma” verilir. Burada bir hafta ile bir ay arasında ceza verme yetkisi/takdiri idareye verilmiş. Bu hükümde idarenin takdir yetkisinin alt ve üst sınırı, yani cezanın çerçevesi kanunla belirlenmiştir.

¹⁰¹ Örnek 3: 2547 sayılı Kanun m. 53/b-3’e göre, idareye aylıktan veya ücretten kesme oranını belirleme noktasında takdir yetkisi verilmiştir. Maddede belirleyen fiilleri işleyenlere “...bir defaya mahsus olmak üzere 1/30 ile 1/8 arasında kesinti yapılması...” konusunda idareye seçenek takdiri verilmiştir. “1/30 ile 1/8” arasındaki oranı takdir edecek olan idaredir. Belirtilmelidir ki idare buradaki takdir yetkisini fiilin ağırlığı gibi bazı hususları nazara alarak kamu yararı, hizmet gerekleri, hakkaniyet ve adalet ilkelerine uygun kullanmalıdır.

¹⁰² Devlet Personel Başkanlığı, 657 sayılı Kanunda lafzı geçse de, 9 Temmuz 2018 tarihinde yayımlanan 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici üçüncü maddesi ile kapatılmıştır.

¹⁰³ Kalabalık, “Takdir Yetkisi”, 215.

çözüme götürecek bu belirsiz kavramlar, sorunu/uyuşmazlığı çözmede yeterli olarak değerlendirilmemektedir. Bu nedenle belirtilen kavramların kullanılması suretiyle idareye verilen takdir yetkisini zor takdir yetkisi olarak ifade etmenin doğru olacağı düşünülmektedir. Açıklanan nedenlerden ötürü Hart'ın zor olarak nitelendirdiği davalar ile idarenin zor takdir yetkisinin benzerlik gösterdiği kanaatine varılmıştır.

C. Kolay davalardaki hâkimin takdir yetkisi ile idarenin bağlı yetkisinin benzerliği

Esasında hâkimlerin takdir yetkilerini kullanmak durumunda oldukları davalar zor davalardır. Kolay dava olarak nitelendirilen davalarda, ilke olarak, hâkimlerin takdir yetkilerini kullanmaları çok tercih edilen bir durum değildir. Buna rağmen kolay davalarda hâkimlerin takdir yetkilerini kullanmalarını yasaklayıcı hükümler de bulunmamaktadır. Ancak kolay davalarda takdir yetkisine fazla ihtiyaç duyulmadığı da belirtilmelidir. Çünkü bu davaların nasıl çözüleceğine dair emredici hükümler bulunmaktadır. Hâkimler de bu hükümlere uygun olarak bu davaları çözerler. Bu yönüyle kolay davalar idarenin bağlı yetkisine benzetilebilir. Çünkü bağlı yetki durumunda da idarenin nasıl hareket edeceği, hangi yönde işlem yapacağı önceden bellidir. Hukuk normuyla idareye nasıl tasarrufta bulunacağı emredilmiştir. Özellikle idari işlemin sebep ve konu unsurları, önceden hukuk normuyla belirlenir ve idare de bu yönde hareket eder. Dolayısıyla bağlı yetkinin oluşu durumlarda idarenin takdir yetkisi olmaz¹⁰⁴. Hart'ın hukuk teorisindeki kolay davalar ile idarenin bağlı yetkisinin, bütünüyle olmasa da, benzerlik arz ettiği ifade edilmelidir.

Sonuç

Hart'a göre, hâkimler hukuki belirsizlik durumu ile zor olarak nitelendirilen davalarda takdir yetkilerine başvururlar. Zira her iki durumda da takdir yetkisi kullanılmadan uyuşmazlığın çözülmesi pek olası değildir. Özellikle belirtilmelidir ki hâkimler, zor davalarda daha fazla takdir yetkilerini kullanmak durumundadırlar. Diğer bir anlatımla zor davalarda hâkimin takdir yetkisine başvurması zorunluluk teşkil etmektedir. Benzer durum idarenin takdir yetkisinin kullanılması bakımından da geçerlidir. İdare de hukuki belirsizlik durumunda takdir yetkisini kullanmaktan vazgeçemez. İdareye takdir yetkisinin verildiği durumlarda idare, takdir yetkisini kullanarak sorunu çözmelidir. Takdir yetkisinin kullanımının idare açısından hem bir yetki hem de bir ödev olduğu önemle ifade edilmelidir.

Hart'ın hukuk teorisindeki hâkimin takdir yetkisinden hareketle idarenin takdir yetkisi, idarenin kolay ve zor takdir yetkisi diye ikiye ayırmanın isabetli olacağı sonucuna varılmıştır. İdarenin zor takdir yetkisi, Hart'ın zor dava olarak isimlendirdiği davalardaki hâkimin takdir yetkisine benzemektedir. Zira her iki durumda da uyuşmazlığın çözümü için takdir yetkisinin daha fazla kullanılmasına ihtiyaç vardır. Hart'a göre, hâkimler zor davalarda takdir yetkilerini daha fazla kullanmak zorundalar. Benzer olarak idarenin zor takdir yetkisi durumunda da takdir yetkisi daha fazla ve daha özenli kullanılmalıdır. Hem zor davalarda hem de idarenin zor takdir yetkisinin kullanımında yapılan değerlendirme, yorum ve hukuk ihdas etme ile hukuk teorisinin gelişimine katkı sağlanmaktadır. Ancak bunun için de takdir yetkisine sahip olanların alanında uzman olması ve takdir yetkilerini özenle kullanmaları gerekir.

İdarenin kolay takdir yetkisini kullanması ve hukuk sınırları dâhilinde kalması daha kolaydır. Zira kolay takdir yetkisinde idarenin takdir yetkisine sahip olup olmadığının anlaşılması daha kolaydır. Ayrıca bu durumda mevzuatta idarenin nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda seçenekler vardır. İdare de bu seçeneklerden en uygun olanını tercih ederek doğru sonuca varmakta daha başarılı olur. Ancak zor takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda idare, hem takdir yetkisine sahip olup olmadığı hem de takdir yetkisini hakkaniyete uygun kullanması konusunda zorlanmaktadır. Çünkü zor takdir yetkisi idareye kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, milli güvenlik, ihtiyaç ve lüzum üzere gibi genel ve belirsiz kavramlarla verilmektedir. Böyle durumlarda idarenin takdir yetkisini kullanması ve

¹⁰⁴ Akyılmaz vd., *İdari Yargılama*, 103-104; Çağlayan, *İdari Yargılama*, 202-203.

karar alırken hukuka uygunluk sınırları içinde hareket etmesi zorlaşmaktadır. Zira idarenin belirtilen soyut, genel ve belirsiz kavramları yorumlaması ve somut olaya uygulaması kolay takdir yetkisine nispeten daha zordur. Hart'ın teorisindeki zor davalarda olduğu gibi idarenin de zor takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda takdir yetkisini daha dikkatli kullanmalıdır.

Değerlendirme serbestliği olarak da ifade edilen takdir yetkisi, konunun emredici kurallarla açık bir biçimde düzenlenmediği durumlarda, hâkimlere ve idareye serbestçe karar alabilme imkânı sağlamaktadır. Ancak hâkimlerin ve idarenin takdir yetkilerini sınırsız ve keyfi bir biçimde kullanmaları mümkün değildir. Tabii olarak, bütün yetkilerin kullanımında olduğu gibi, takdir yetkisinin kullanımı da bazı sınırlamalara ve denetime tabi tutulmaktadır. Burada amaç hâkimin ve idarenin hukuk sınırları içinde kalmasını sağlamaktır.

Netice itibarıyla kamu yararı, uyarılma ve hizmetlerinin devamlılığı ilkeleri gereğince hâkimlere ve idareye takdir yetkisinin verilmesi zaruret teşkil ettiği ve bu yetkinin kullanılmasının bir ödev olduğu belirtilmelidir. Ancak idarenin takdir yetkisinin hukuka ve hakkaniyete uygun olarak kullanılmasının kolaylaştırılması için takdir yetkisinin kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, milli güvenlik, ihtiyaç ve lüzum üzere gibi genel, soyut ve belirsiz kavramlar yerine “yapabilir, verebilir, uygulanabilir” şeklindeki kavramlar ile “takdir edeceği” şeklinde açık bir biçimde düzenlenmesinin daha isabetli olacağı düşünülmektedir.

Kaynakça

- Acun Mekengeç, Merve. “Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi”, *Public and Private International Law Bulletin* 43/1, 2023, 233-283.
- Akı, E. İrem. “Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller’ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”. *AÜEHFD* 64/1, 2015, 1-35.
- Akıllıoğlu, Tekin. *Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Aktaş, Sururi. “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk (Hart)”. *AÜEHFD* VIII(3-4), 2004, 1-21.
- Aktaş, Sururi. “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı (Boşluk)”. *EÜHFD*, XIV(1-2), 2010, 1-28.
- Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku (İdare)*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Akyılmaz vd., *Türk İdari Yargılama Hukuku (İdari Yargılama)*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Altunsu, Onur. *Analitik Pozitivizm Açısından Yargıcın Hukuk Yaratması*, Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2023.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Cotterrell, Roger. *Hukuk Biliminin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş* (Çev. Saim Üye). İstanbul: Pinhan Yayıncılık. 2019.
- Culver, Keith. “Leaving the Hart-Dworkin Debate”. *University of Toronto Law Journal* 51, 2001, 367-398.
- Çağlayan, Ramazan. *İdârî Yargılama Hukûku (İdârî Yargılama)*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Çağlayan, Ramazan. “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi (Takdir Yetkisi)”. *AÜEHFD* VII(3-4), 171-208.
- Çınar, Merve. *Türk Hukuku’nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Denetimi*. İstanbul: Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Demirdal, Mustafa Balkan. *Adalet İlkelerinin Osmanlıdan Günümüze Türk Hukukunda Görünümü (Adalet İlkeleri)*, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2017.
- Demirdal, Mustafa Balkan. *Hukuki Belirsizlik İddiaları İle İlgili Hâkimlerin Konumu (Hukuki Belirsizlik)*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara: Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- Demirdal, Mustafa Balkan. “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü” (Yargıçların Rolü). *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XVIII(3-4), 2014, 789-820.
- Dicey, Albert V. “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal*, ed. Ali Rıza Çoban vd. Ankara: Adres Yayınları, 2008.
- Dişbudak, Aylin vd. “Hâkimin Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi”. *Ankara Barosu Dergisi* 1, 2006, 11-32.
- Dinçkol, Abdullah. “Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet”. *HFSA* 9, 173-188.
- Dworkin, Ronald. *Hakları Ciddiye Almak*, (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), Ankara: Dost Kitabevi, 2007.
- Edis, Seyfullah. “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”. *AÜHFD* 30/1, 1973, 169-196.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku, C. I*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözübüyük, Şeref. *Yönetim Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2005.

- Gülgeç, Yahya Berkol. "Interrelationship Between Validity, Efficacy And Coerciveness". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 66/4, 2017, 677-729.
- Günday, Metin. *İdarenin Takdir Yetkisi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara: Doçentlik Tezi, 1982.
- Hart, H. L. A. "Discretion". *Harvard Law Review* 127/2, 2013, 652-665.
- Hart, H. L. A. "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması", (Çev. Ertuğrul Uzun), iç. *H. L. A Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, (Ed. Sercan Gürler), İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015.
- Hart, H.L.A. *Hukuk, Özgürlük, Ahlak (Özgürlük)*, (Çev. Erol Öz), Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2000.
- Hart, H.L.A. *The Concept of Law (The Concept)*, Oxford: Oxford University Press, 1994.
- İspir, Zeynep. "H.L.A. Hart'ın "Takdir" Metni Üzerine Bir İnceleme". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11/1, 2020, 228-241.
- İspir Toprak, Zeynep. *H.L.A. Hart'ta Açık Metin Kavramı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara: Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- Kalabalık, Halil. "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması (Takdir Yetkisi)". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/2, 1997, 205-232.
- Kalabalık, Halil. "İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi (Yargısal Denetimi)". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1, 1999, 172-211.
- Kara, Mustafa. "Kur'an'da 'Adâlet Kavramı ve Güncel Değeri". *OMÜİFD* 34, 2013, 137-172.
- Karahanogulları, Onur. "İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi". *Mülkiye Dergisi* 35/270, 2013, 43-62.
- Kaya, Cemil. *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kaya, Seyithan. "Eşitlik, Pozitif Ayrımcılık ve Dağıtıcı Adalet İlkeleri Çerçevesinde İdarenin Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi". *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 21, 2022, 1-36.
- Keating, Gregory C. "Justifying Hercules: Ronald Dworkin and the Rule of Law", *American Bar Foundation Research Journal* 12/2-3, 1987, 525-535.
- Kızılkaya Doğru, Ezgi. *Takdir Marjı Doktrini'nin İdari Yargıdaki Yansımaları*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2024.
- Lyons, David. "Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation". *Law and Philosophy* 18/3, 1999, 297-310.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukuku'nun Umumi Esasları, C. I*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık, 1966.
- Özkök, Gülriz. "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine". *AÜHFD* 51/2, 2002, 1-18.
- Seçkin vd. "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21/2, 2015, 509-534.
- Schauer, Frederick. "Hart Öncesi Pozitivizm". Çev. Muhammet Koçakgöl. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/1 (2021): 101-128.
- Surlu, Aydan Ömür. *H.L.A. Hart'ta Tanıma Kuralı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
- Şahin Ceylan, Şule. *H.L.A. Hart'ın Hukuk Kuramı (Hart)*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2014.

- Şahin Ceylan, Şule. "H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı (Hukuk Kavramı)", iç. *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V Sempozyum, İstanbul Barosu-HFSA Bildiriler/1*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, 79-86.
- Şirin, Kübra Memnune. "Kur'an-ı Kerim'de Adalet Kavramı". <http://www.kurav.com>. erişim 25.03.2018.
- Tan, Turgut. *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Tuncay, Aydın H. *İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları*, Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 14, Başbakanlık Basımevi, 1972.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi. "Böyle Yazıldı, Böyle Uygulansın: Hâkimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği" (Böyle Yazıldı). *Ankara Barosu Kurultayı-II* 2006, 560-574.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi. *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı (Hukuk Kuramı)*. İstanbul: Derin Yayınları, 2012.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi. "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları" (Hart-Dworkin). *Anayasa Yargısı Dergisi* 28, 2011, 71-81.
- Torun, Yıldırım. *Ronald Dworkin'in Hukuk ve Siyaset Felsefesi'nde Adalet, Eşitlik ve Özgürlük Sorunu*, Erzurum: Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
- Ulusoy, Ali D. *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin Basınevi, 2022.
- Uygur, Gülriz. "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?". *AÜHFD* 52/3, 2003, 145-176.
- Uygur, Gülriz. "Hukukla Ahlakilik Arasındaki Liberal Gelenek: John Rawls'un Yaklaşımı". *HFSA* 11, 2005, 42-48.

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

Özel Sağlık Sigortası Sözleşmelerinde Yenidoğan Bebeğin Sigorta Himayesinden Faydalanma Hakkı (TTK md. 1517)

The Right of a Newborn to Benefit from Insurance Coverage in Private Health Insurance Contracts (TCC Art. 1517)

Tekincan Akif Karaarslan 

Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
Deniz Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul,
Türkiye,
akif.karaarslan@marmara.edu.tr,
ror.org/02kswqa67



Geliş Tarihi/Received: 24.09.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 14.01.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
07.02.2025

Öz: Özel sağlık sigortası sözleşmesi, TTK md. 1511-1519 arasında düzenlenen ve sigortalı kişinin sigorta süresi boyunca poliçede gösterilen teminat limitleri dahilinde hastalanması yahut kaza sonucu yaralanması durumunda muayene ve tedavi giderlerini sigorta kapsamına alan bir sigorta sözleşmesi türüdür. Kanun koyucu, özel sağlık sigortası sözleşmelerine ilişkin hükümleri düzenlerken toplum sağlığı ilkesini göz ardı etmemiş, VVG (Versicherungsvertragsgesetz) § 198'de düzenlenen yenidoğanın ve evlat edinilen küçüğün sigorta teminatına dahil edilmesi düzenlemesini TTK md. 1517'de hüküm altına almıştır. Ayrıca kanun koyucu, yenidoğanın ve evlat edinilen küçüğün geçmişe etkili olarak sağlanan sigorta teminatına dahil olması için doğumdan ya da evlat edinme tarihinden itibaren iki ay içinde yapılacak bir bildirimi de yeterli görmüştür. TTK md. 1517, 1520 uyarınca emredici olarak düzenlenmiş; lakin hüküm içerisine aksi kararlaştırılmadıkça ibaresi yerleştirilmiştir. Çalışmada "aksi kararlaştırılabilir" ibaresinin ve yenidoğanın ve evlat edinilen küçüğün dahil olduğu bu sigorta teminatının kapsamı Alman hukukunda var olan görüşler ışığında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özel Sağlık Sigortası, Sigorta Teminatı, Hastalık Sigortası, Sigorta Himayesi, Sigorta Primi

Abstract Private health insurance contract is a type of insurance agreement regulated between the Articles 1511-1519 of Turkish Commercial Code. These contracts encompass medical examination and treatment expenses within the coverage limits specified in the policy in case the insured person falls ill or is injured by an accident during the insurance period. The legislator, while establishing the provisions related to private health insurance contracts, has not overlooked the principle of public health. He has included the regulation stipulated in GICL § 198 which is regarding the inclusion of newborns and newly adopted children in the insurance coverage within Article 1517 of TCC. Additionally, the legislator deems it sufficient for the newborn or newly adopted child to be included in the insurance coverage through a notification made within two months from the date of birth or adoption. Article 1517 of TCC is mandatory in accordance with Article 1520 of TCC, but the phrase 'unless otherwise agreed within the provision' is included. In this study, the phrase 'unless otherwise agreed' and the scope of this insurance coverage that includes newborns and newly adopted children has been evaluated in light of the opinions existing in German law.

Keywords: Private Health Insurance, Insurance Coverage, Sickness Insurance, Insurance Premium

Extended Abstract

The interests of the insured that are worthy of protection in the areas of illness or health are safeguarded through Private Health Insurance, and the insured's treatment-related expenses are covered by the insurer within the policy limits, provided that they occur during the insurance period. These insurance contracts have a hybrid structure since they are subject to the provisions of indemnity insurance when they cover treatment expenses, and to the provisions of sum insurance when the amount written in the policy is paid.

The legislator incorporated the provision into Article 1517 of the Turkish Commercial Code (TCC) from §198 of the German Insurance Contract Act (VVG), with linguistic and semantic modifications, stating

that a newborn or adopted minor may be included in the insurance coverage. TCC Article 1517 and VVG §198 both regulate the inclusion of newborns and adopted minors in the insurance coverage, without differentiating between health insurance and private health insurance (PHI).

In German law, it has been debated whether §198 VVG applies to all private health insurance types. Some scholars have argued that this broadens the insurer's obligations significantly. However, the VVG Reform Commission did not take these criticisms into account, opting for a provision that does not differentiate. In the Commission report dated May 30, 2002, it was mentioned that there was a request to limit the scope of application of §178d VVG (now §198 VVG, 2008) to better align with social policy. However, the Commission found no reason for such limitations and considered that even in cases like overseas or travel health insurance, there could be situations warranting protection under social policy.

The provision in question regulates that a newborn or adopted minor can be included in the insurance coverage with a notification made within two months from the birth or adoption date. Since the law does not specify who should make this notification and how, these issues need to be addressed. In our view, the request for the newborn to benefit from the coverage should be submitted by the policyholder. Since the policyholder is the party to the insurance contract and holds the right to make changes to the contract, the statement for including the newborn in the insurance coverage constitutes a personal right. Therefore, the right's exercise will only take effect through the policyholder's declaration. It should be noted that the term "exercise" here refers to the will to exercise or not exercise the right. Once the policyholder decides to exercise this right, their statement can be conveyed to the insurer by the policyholder's representative. Thus, in cases where the mother or father is insured but not the policyholder, the newborn will only be covered under the insurance with a notification made by the policyholder or their representative. For instance, if a Private Group Health Insurance contract is established to cover all employees in a workplace where the mother is employed, the newborn will only be covered by insurance following the notification made by the employer (the policyholder). If the notification is made by the insured mother or father instead of the policyholder, the notification will be invalid and have no effect. However, this request should not be interpreted by the insurer as a new health insurance proposal; if the mother or father explicitly requests, a PHI policy must be established for the baby.

Nevertheless, it is important to consider Article 1412 of the TCC, which states that in situations where the legal consequences are based on the knowledge or conduct of the policyholder, the insured, or the beneficiary in life insurance, must be aware of the insurance if they act as a representative. Therefore, considering the provisions of PHI, where the exercise of rights is tightly bound to the policyholder, if the mother or father is insured but not the policyholder, they can only convey the policyholder's declaration to the insurer when acting as the policyholder's representative.

The recipient of the notification must be the insurer or their agent. In this context, Article 1416 of the TCC should be taken into account. This article specifies that notifications made by the policyholder can be delivered to the insurer or the agent who intermediates the contract.

As for the legal nature of the notification, it must be sent within two months from the birth. The law does not clarify whether the declaration must be sent or received within the two-month period. Therefore, it should be accepted that sending the notification within the two-month period is sufficient. However, in German law, there are opposing views that state the declaration must be received by the insurer within two months.

In our opinion, the notification constitutes the exercise of a right that is strictly bound to the policyholder. As the coverage is retroactively effective from the birth or adoption date, there is no need for the insurer's acceptance for the newborn or adopted minor to benefit from the coverage. Additionally, since TCC Article 1520 partially mandates the provision in TCC Article 1517, the phrase

"unless otherwise agreed" should be interpreted as allowing the insurer to request an additional premium when the newborn is included in the insurance coverage. This constitutes an exception to the fixed premium principle, typically found in insurance contracts, meaning that the premium agreed upon at the contract's inception will change within the policy period when the newborn is included in the coverage.

The study also examines when the policyholder's premium debt becomes due and when the insurer's liability begins. It concludes that the insurer's liability starts with the notification, retroactively covering the newborn, without requiring the payment of an additional premium. However, in terms of coverage commencing from the notification date, the additional premium, due once the endorsement is received by the policyholder, must be paid. Furthermore, in cases where multiple PHI contracts exist for the parents, the study discusses how coverage should be determined, taking into account views from German law. It concludes that the newborn or adopted minor should be included in the PHI policy that provides the higher coverage. If the coverage amounts differ, combined coverage should be provided.

Finally, the study examines whether minimum insurance periods or waiting periods can be established under TCC Article 1517, based on German law and the partial mandatory nature of TCC Article 1520. It concludes that under Turkish law, no such periods can be stipulated for including a newborn or adopted minor in the insurance coverage.

Giriş

Özel sağlık sigortası sözleşmeleri^{1,2} (ÖSS), sigortalı kişinin, sigorta süresi ve poliçede yazılı teminat limitleri³ ile sınırlı olarak hastalanması yahut kaza sonucu yaralanması durumunda muayene ve tedavi giderlerini sigorta himayesi altına alan sigorta sözleşmesi türüdür⁴. Adı geçen sigorta sözleşmesi, TTK md. 1511-1519 arasında can sigortaları başlığı altında düzenlenmektedir. Ancak öğretilde, ÖSS'nin sigorta sözleşmelerinin sınıflandırılması hususundaki yeri tartışmalı haldedir. Bir görüş, özel sağlık sigortası sözleşmelerinin meblağ sigortası değil zarar sigortası niteliğinde olduğu; bu nedenle zarar sigortaları başlığı altında düzenlenmesi gerektiği belirtmektedir⁵. Katıldığımız görüşe göre Özel sağlık

¹ Sağlık Sigortaları, mevzuat uyarınca Genel Sağlık Sigortası ve Özel Sağlık Sigortası olarak ikiye ayrılmaktadır. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (RG T: 16/06/2006, Sayı, 26200), Genel Sağlık Sigortalarına ilişkin hükümleri düzenlemekte 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) (RG T: 14/02/2011, Sayı:27486) ise Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği (ÖSSY) ile birlikte Özel Sağlık Sigortalarına ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Bu nedenle çalışmada Genel Sağlık Sigortası ile karışıklığı önlemek adına "Özel Sağlık Sigortası" terimi kullanılmıştır.

² Özel Sağlık Sigortası Sözleşmeleri kendi arasında İhtiyari Sağlık Sigortası, Tamamlayıcı ve Destekleyici Özel Sağlık Sigortası ve Seyahat Sağlık Sigortası olarak üçe ayrılmaktadır: İlknur Uluğ Cicim: "Covid-19'un Özel Sağlık Sigortaları ve Tamamlayıcı Sağlık Sigortalarına Etkisi", 2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar, ed. Sezer İlgin/Bülent Sözer, (İstanbul: Vedat Kitapevi, 2017), 187; Cüneyt Süzel: "Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesinin Hukuku Niteliği, Tarafları ve Ömür Boyu Yenileme Garantisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 24/2 (2018), 932.

³ TTK md. 1513 aksi kararlaştırılmadığı sürece Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesi ile sağlık giderleri teminatı, gündelik hastane teminatı, iş görememe teminatı ve bakım giderleri-gündelik bakım teminatının karşılanacağını hüküm altına almıştır. Hükümün mehzazı VVG § 192 ise Özel Sağlık Sigortalarının, hastalık yahut kaza sonucu gerekli hale gelmiş tedavi giderleri ile gebelik-doğum için ortaya çıkacaklar dahil olmak üzere hastalıkların önceden saptanması adına yapılan tedavilerle ilgili giderlerin karşılanmasını kapsadığını düzenlemektedir: Erich Prölss, Martin Anton, Wolfgang Voit, *Versicherungsvertragsgesetz: VVG* (CH BECK: 2020), § 192; Öğretilde ise TTK md. 1513'ün eksik olarak düzenlendiği belirtilmekte ve VVG § 192 gibi kaza sonucu ortaya çıkan giderlerin de Özel Sağlık Sigortası teminatına dahil olması gerektiği belirtilmektedir: Samim Ünan: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi VI. Kitap Sigorta Hukuku Cilt III* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2017), 405; Uluğ Cicim ise "all risk" durumunun yaratıldığını ve bu düzenlemenin sorun yaratabileceğini belirtmektedir: İlknur Uluğ Cicim: "Özel Sağlık Sigortası Sözleşmelerinde Birden Çok Sigorta", *Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar – Sorumluluk ve Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu*, ed. Serap Amasya (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020), 216; Melih Şirin, *Özel Sağlık Sigortası* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2022), 112 vd.

⁴ Ünan, *Cilt III*, 404; Bade Alaçam Kırtay, *Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesi*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 16, Uluğ Cicim, *Covid-19*, 187; Mustafa Çeker, *Sigorta Hukuku* (Adana: Karahan Kitapevi, 2018), 339; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Mehmet Özdamar: *Sigorta Hukuku*, (6. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023) 403; Hacı Kara, *Sigorta Hukuku*, (2. Baskı, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2022), 442; Şaban Kayıhan: "Hastalık ve Sağlık Sigortası" *Regesta Hukuk Dergisi* 5/2 (2020), 262; Tamer Bozkurt, *Sigorta Hukuku*, (13. Baskı, Yetkin Yayınları: 2022) 350; Barış Günay, *Sigorta Hukuku*(Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 263; İsmail Demir, *Sigorta Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023) 376.

⁵ Uluğ Cicim, *Birden Çok Sigorta*, 215; Mertol Can, *Türk Özel Sigorta Hukuku Cilt I* (Ankara: Adalet Kitapevi, 2018), 209.

sigortası sözleşmesi hem zarar hem de meblağ sigortasının özelliklerini taşıyan karma nitelikte bir sigorta sözleşmesi olarak tezahür etmektedir⁶.

Özel sağlık sigortası sözleşmesi, sigortacı⁷ ile sigorta ettiren arasında akdedilmektedir. TTK md. 1511 gereği sigorta ettiren, sigorta sözleşmesini kendi lehine olacak şekilde akdedebileceği gibi bir başkası lehine de yaptırabilecektir⁸. Sigorta ettiren, kendi lehine özel sağlık sigortası sözleşmesi akdettiğinde sigortalı sıfatını kazanacak ve sağlık sorunları nedeniyle yapacağı giderler kendi lehine teminat altına almış olacaktır. Şayet sigorta ettiren, kendisinden başka bir kişinin sağlık sorunları nedeniyle yapacağı giderler için özel sağlık sigortası akdettiye bu durumda lehine sözleşme akdedilen sigortalı üçüncü kişi, rizikonun gerçekleşmesi üzerine sigortacıya başvurabilecektir.

TTK md. 1517/I ise doğum sırasında, ana ve/veya babadan biri için yaptırılmış bir ÖSS'nin bulunması durumunda aksi kararlaştırılmadığı takdirde doğumun tamamlanmasından itibaren yapılacak iki aylık bildirim süresi içerisinde yenidoğanın sigorta himayesinde dahil edileceğini düzenlemekte; ikinci fıkra ise evlat edinilen küçük bakımından da birinci fıkranın uygulanacağını hüküm altına almaktadır. Benzer şekilde VVG § 198 'de doğum itibarıyla en az ana ya da babanın özel sağlık sigortası bulunduğu durumlarda sigortacının, yeni doğan bebeği doğum anından itibaren geriye dönük olarak, sigorta kapsamına almakla yükümlü olduğunu düzenlemektedir.

Bu perspektifte çalışmada ÖSS'nde sunulan teminat kapsamına yenidoğan bebeğin dahil edilmesini sağlayan TTK md. 1517, VVG § 198 ışığında ele alınacaktır.

⁶ Ayhan/Çağlar/Özdamar, 144; Şirin, 10; Çeker, 339.

⁷ Sigortacılar, Sigortacılık Kanunu (SK) (RG T: 14.06.2007, Sayı: 26552) md. 5/II uyarınca yalnızca hayat ya da hayat dışı sigorta gruplarının birinde faaliyet gösterebilecektir. Bu gruplar içerisinde yer alan branşlar Bakan tarafından belirlenmektedir: İrem Aral: "Türk Hukuku ve Avrupa Birliği Direktifleri Uyarınca Hayat Dışı Sigorta Şirketlerinin Kurulma ve Faaliyete Geçme Aşamasında Denetimi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 14/3 (2008), 62; Bakan, bu yöndeki belirlemesini ise Sigorta Branşlarına İlişkin Tebliğ (RG T: 11/07/2007, Sayı: 26579) ile yapmış özel sağlık sigortalılarını, hem Hayat Grubu Branşının 7 numarasına hem de Hayat Dışı Branşın 2 numarasına yerleştirdiğinden bu sigorta türünü hem Hayat hem de Hayat Dışı Sigorta gruplarında faaliyet gösteren sigortacılar akdedebilecektir: Süzel, ÖSS, 939. Bakan ve Müsteşarlık ifadeleri, 47 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile sırasıyla "Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu" ve "Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu" olarak değiştirilmiştir. Dolayısıyla Bakanın görevlerini "Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu" yerine getirecektir.

⁸ Ünan, *Cilt III*, 393; Şirin, ÖSS, 46; Kayıhan, ÖSS, 263; Rayegan Kender, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021), 262.

I. Yenidoğanın Özel Sağlık Sigortası Himayesinden Faydalanmasının Amacı

VVG § 198 (a.F.-alte Fassung VVG§ 178d) /mehazı⁹ TTK md. 1517, ÖSS ve hastalık sigortaları¹⁰ bakımından toplum sağlığının korunması adına¹¹ prim-riziko dengeli¹² ilkesine istisna getirmekte ve sigortadan yararlanacak kişilerin sayısını genişletmektedir¹³. Ayrıca Alman hukukunda hükmün tarihsel gelişimi incelendiğinde; doğumda mevcut olan veya ciddi hastalıkları olan çocuklar için sigorta teminatı alınamayan durumlarda sigorta himayesinin sağlanmasını garanti etmek amacıyla getirildiği ifade edilmektedir¹⁴.

Bu perspektifte, hükmün amacının ceninin hukuki varlığı açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira cenin, kişiliğini TMK md. 28 gereği tam ve sağ doğmakla kazanmaktadır. Bu halde tam ve sağ doğmadan evvel (*anne karnındayken*), annesine bağlı olan cenin için yapılacak sağlık giderleri aksi kararlaştırılmadıkça TTK md. 1513/I-a uyarınca anneye sunulan gebelik/doğum teminatı kapsamında karşılanacaktır. Tam ve sağ doğum ile kişiliğini kazanan yenidoğan ise TTK md. 1517 gereği ana/babanın sigortasına dahil olarak sigortalı sıfatını (*bebek lehine sigorta*) kazanacaktır¹⁵.

II. Yenidoğan Bebeğin Dahil Olacağı Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesinin Türü

TTK md. 1517 ve VVG § 198, yenidoğan ve evlat edinilen küçüğün sigorta himayesine dahil olmasını düzenlerken hem hastalık sigortalarını hem de ÖSS'ni kapsam altına almakta herhangi bir ayrıma gitmemektedir¹⁶.

⁹ TTK md. 1517'nin gerekçesinde hükmün Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'ndan alındığı ifade edilmektedir. VVG'nde yenidoğan bebeğin sigorta himayesine dahil olması, başlangıçta özel olarak oluşturulmuş bir koruma aracı olarak sigorta şirketlerinin genel şartlarından (AVB) kaynaklanmaktaydı. 1994 yılında, yenidoğan bebeğin sigorta himayesine dahil olması mülga (a.F.-alte Fassung) VVG'ne §178d maddesi ile dahil edilmiştir. Reform sonrasında hüküm yeni (n.F. neue Fassung) VVG § 198 olarak tadil edilmiş; uygulama alanını evlat edinilen çocukları da kapsayacak şekilde genişletmiştir: Ernst Brück, Hans Möller, Oliver Brand, *Versicherungsvertragsgesetz, (Krankenversicherung)* (De Gruyter:2020), § 198 Rn. 1.

¹⁰ Hastalık sigortaları, sigortacının sözleşmede kararlaştırılan hastalıklardan birinin sigortalı şahsın vücudunda meydana gelmesi durumunda sözleşme ile kararlaştırılan meblağın varsa lehtara ödenmesi gerektiği tipik bir meblağ sigortası sözleşmesidir; Can, 213; Ünan, *Cilt III*, 389; Çeker, *Sigorta Hukuku*, 337; Öğretide, hastalık sigortalarında rizikonun, gerçekleştiğinde çok yüksek giderler ortaya çıkabilecek vahim hastalıkların oluşturduğu ifade edilmektedir: Muhammed Şeker, *Sağlık Sigortasında Teminatın Kapsamı*, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İzmir: 2024) 64.

¹¹ § 198'in, sosyal-politik bir motivasyona sahip olduğu; yeni doğanlar ile evlat edinilen çocuklar için kesintisiz bir sigorta koruması sağlamayı amaçlamadığı; ayrıca serbest piyasada, genetik veya doğum sürecinden kaynaklanan hastalıklar, anormallikler vb. yaşayan yeni doğanlar için özel sağlık sigortası yaptırmak oldukça zor olduğu yönünde: Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn. 2. Ayrıca gerekçe için bkz: Begr. RegE BTDrucks. 12/6959 S. 105; Bu durum, 30 Mayıs 2002 tarihli sigorta sözleşmesi hukukunda yapılacak reformlarla ilgili hazırlanan ara raporda da ele alınmıştır. Raporda bu düzenleme, sosyal politik bir arka plana sahiptir ve amacı, mevcut hastalıklar nedeniyle piyasada sigorta sağlanamasa dahi çocuklar için sigorta korumasını teminat altına almak olduğu belirtilmektedir. Evlat edinilen çocuklar için ise, aynı hüküm § 178d Abs. 2 VVG'de sınırlı bir kapsamda geçerlidir. Zwischenbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 30. Mai 2002, 143.

¹² <<https://www.jura.uni-hamburg.de/media/einrichtungen/sem-versicherungsrecht/gesetzesaenderungen/zwischenbericht-der-vvg-kommission-2002-05-30.pdf>> (18 Eylül 2024) Benzeri uygulamalarının anayasal/vergisel bağlamda eleştirisi için: Helge Sodan, *Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007*(Berlin: Duncker Humblot, 2010) 103 vd.

¹³ Primin rizikoya uygun olması ilkesi, sigortacının taşıdığı sorumluluğun, sigorta ettirenin ödediği prime karşılık gelmesini ifade etmektedir. Prim, rizikoya göre fazla tutulursa kişiler sigorta himayesine tabi olmaktan vazgeçecek prim, rizikoya göre az tutulursa bu takdirde sigortacının ödeme gücü zayıflayacaktır: Kender, *Sigorta Hukuku*, 53; Ali Ayli, *Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu* (İstanbul: Vedat Kitapevi, 2003) 9 vd.

¹⁴ Prölss/Martin/Voit, VVG § 198 Rn.1; Andreas Spickhoff, Jan Eichelberger, *Medizinrecht*, (CH Beck:2022), VVG § 198 Rn. 1; Christian Schoenfeld, *"Reform der Privaten Krankenversicherung insbesondere Reformfragen der Alterungsrückstellung und der künftigen Produktgestaltung"*, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, 91, 2002, 142, Eriş, açıklanan şekilde bir düzenlemenin 6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu'nda olmadığını belirtmekte ve böylesine bir düzenlemenin 6102 sayılı TTK'nda var olmasını ileriye ve doğru bir davranış olarak nitelendirmektedir: Gönen Eriş: *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku* (Seçkin Yayınları, 2020), 1732.

¹⁵ Peter Bach, Hans Mosen, Josef Weidensteiner, *Private Krankenversicherung* (CH Beck: 2023) VVG § 198 Rn. 1.

¹⁶ Prölss/Martin/Voit, VVG § 198 Rn. 3; Schoenfeldt, *Private Krankenversicherung* 141; Ünan, *Cilt III*, 447; Karl Otto Bergmann Burkhard Pauge, Heinz Dietrich Steinmeyer, Katharina von Koppenfels-Sples, *Gesamte Medizinrecht*, (Nomos: 2024), VVG § 198 Rn. 1-4; Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn. 7; Heinrich Honsell, Knut Hohlfeld, *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, (Springer:1999) § 178d Rn.1; Ayhan/Çağlar/Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 405; Kara, *Sigorta Hukuku*, 444.

¹⁷ Prölss/Martin/Voit, VVG § 198 Rn.2.

Alman hukukunda, VVG § 198'in tüm Özel Sağlık Sigortalarına uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmış ve birtakım yazarlar bu durumun sigortacı açısından yelpazeyi çok genişlettiğini belirtmişlerdir. Ancak VVG Reform Komisyonu, sosyal politika açısından öğretide yapılan eleştirileri dikkate almamış, ayırım getirmeyen bir hüküm tesis etmiştir¹⁷. 30 Mayıs 2002 tarihli Komisyon raporunda, sosyal politik koruma amacına uygun olarak § 178d VVG'nin (2008 VVG §198)¹⁸ uygulama alanının sınırlandırılması talep edildiği ancak, Komisyonun, amaca yönelik bir sınırlamanın mantıklı olduğu görüşünde olduğu belirtilmiştir. Adı geçen raporda komisyon üyeleri, sözgelimi yurt dışı veya seyahat sağlık sigortasının genel olarak hariç tutulmasını uygun bir çözüm olarak görmediklerini çünkü bu durumlarda da koruma amacına uygun bir yaşam durumu söz konusu olabileceği ifade etmişlerdir¹⁹.

Bu düşünce ile Alman hukukunda, VVG §198/IV, yeni doğmuş veya evlat edinilmiş çocuk için, yurtiçinde veya yurtdışında başka bir özel veya yasal sağlık sigortası mevcutsa, seyahat sigortası bakımından VVG §198 1 ila 3 uygulanmayacağını hüküm altına almaktadır. *Bach/Mosen/Weidensteiner*, düzenlemenin, Reform komisyonu tarafından önerildiğini; 19 Nisan 2004 tarihli kapanış raporunda detaylandırıldığını belirtmektedir. Yazarlar, kapanış raporunu da göz önüne alarak bu düzenlemenin amacının, yenidoğan bakımından getirilen sigorta zorunluluğunun sosyal hedeflere uygun düşmesi ve dengeleri sağlaması için sınırlamalar getirmek olduğuna işaret etmektedir²⁰. Kanaatimizce, Türk hukuku bakımından seyahat sigortaları açısından TTK md. 1517'nin uygulanması ancak bu uygulamanın Alman hukukunda olduğu gibi sınırlandırılması gerekmektedir. Zira seyahat sigortaları, çok düşük primlerle genellikle kısa süreli ek sigorta teminatı sağlamaktadır. Sözleşme süresi içerisinde sigortalı şahsın çocuğu doğarsa; bu çocuğun sigorta sözleşmesine dahil edilmesi hem uygulama açısından olağan düşmemekte hem de sistematik olmayan aşırı yüksek ödeme yükümlülüklerine yol açabilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki seyahat sağlık sigortası, turizm için uygun fiyatlı bir kitlesel ürün olarak oluşturulmakta, ÖSS gibi uzun vadeli teminat bahsetmemektedir²¹. Şayet hükmün, seyahat sigortaları bakımından da uygulanacaksa VVG'nde olduğu gibi TTK'nda da açık hüküm getirilmeli ve ancak "yurtiçinde veya yurtdışında başka bir özel veya yasal sağlık sigortası mevcut olmadığında" md. 1517'in uygulanabileceği yönünde düzenleme sevk edilmelidir.

III. Yenidoğanın Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesinden Faydalanması

Türk Ticaret Kanunu md. 1517 ve VVG § 198 gereği yenidoğanın ÖSS ile sunulan sigorta teminatından faydalanabilmesi için ana ve/veya baba lehine yaptırılmış bir ÖSS'nin yanı sıra doğumdan itibaren hesaplanacak iki ay içerisinde sigortacıya gönderilmesi gereken bir bildirim ihtiyacı duyulmaktadır. Bu başlık altında ÖSS ve bildirim şartları incelenecektir.

A. Ana ve/veya baba lehine yaptırılmış bir özel sağlık sigortası sözleşmesi şartı

TTK md. 1517 uyarınca yenidoğan bebeğin, ana²² ya da babadan biri için yaptırılmış sağlık sigortasından faydalanabilmesi için ilk şart, geçerli bir ÖSS'nin var olmasıdır²³. Belirtmek gerekir ki ana ya da babanın

¹⁷ Teo Langheid/Wand Manfred /Stefan Hütt: *Münchener Kommentar Versicherungsvertragsgesetz*, (CH BECK: 2017), VVG § 198 Rn. 8; Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn 5.

¹⁸ Alman hukukunda 2008 yılında Sigorta Hukuku alanında reform yapılmıştır. Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts; Anılan reform, 1908 VVG'nin (*Gesetz über den Versicherungsvertrag*) değiştirilmesine ilişkin kanuni bir düzenleme değil tamamen yeni bir kanun olarak ortaya çıkmıştır.

¹⁹ *Zwischenbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 30. Mai 2002*, 144.

²⁰ Bach, Mosen, Weidensteiner, VVG § 198 Rn. 2; Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn 4.; 30 Mayıs 2002 tarihli ara raporda da böyle bir hüküm önerileceği ifade edilmiştir: *Zwischenbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 30. Mai 2002*, 144.

²¹ Schoenfeld, *Private Krankenversicherung*. 142.

²² TTK md. 1517 "ana" ibaresini içeriğinden çalışmada "ana" ifadesi kullanılacaktır.

²³ Spickhoff/J. Eichelberger VVG § 198 Rn. 2; Erwin Deutsch, *Das neue Versicherungsvertragsrecht: mit dem Text des VVG 2008-Ein Grundriss*, (VVG GmbH: 2007) 250-251; Erwin Deutsch, Thore Iversen, *Versicherungsvertragsrecht*, (VVG GmbH: 2015), 238; Schoenfeldt, *Private Krankenversicherung*, 141; Ünan, *Cilt III*, 448; Eriş, *Sigorta Hukuku*, 1732; Erhan Bora: *Sigorta Hukuku*, (Ankara: Ofset Matbaacılık, 2020), 951; Wilfried Rüffer/Dirk Halbach/Peter Schimikovski, *Versicherungsvertragsgesetz*, (Nomos: 2020) VVG § 198 Rn.2; Jens Trittman, "Pflegetagegeld für ein Behindertes Kind", **Verbraucher u. Recht**, 2023, S. 10, 378; Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn 7.

var olan ÖSS'nde sigorta ettiren sıfatına sahip olması gerekmemektedir. Bu kişilerin lehine sağlık sigortası sözleşmesinin akdedilmesi ve sigortalı (*riziko şahsı*²⁴) sıfatına sahip olması, yenidoğanın sağlık sigortası himayesinden faydalanması için yeterlidir²⁵.

Bu çerçevede yenidoğanın, himayeden faydalanabilmesi için ana ve babanın arasında evlilik bağı aranmamaktadır. Şayet ana ve baba arasında evlilik bağı yoksa; ananın ÖSS var olduğu takdirde TMK md. 282 gereği yenidoğan ile ana arasındaki soy bağı doğumla kurulduğundan yenidoğan, yapılan bildirimle ananın ÖSS'nden istifade faydalanabilecek²⁶; ananın ÖSS'nin bulunmadığı durumlarda ise yenidoğan, babasının ÖSS'nden ancak ana ile evlilik, tanıma ya da babalık hükmü kurulması ile yararlanabilecektir²⁷. Örneğin, Celle Yüksek Eyalet Mahkemesi, *OLG Celle (8. Zivilsenat), Urteil vom 28.02.2019- 8 U 178/18 kararında*, sigortalı kişinin partnerinin sahip olduğu ÖSS bakımından, taşıyıcı annelik yoluyla dünyaya gelen bebeğin VVG § 198 hükmünden istifade edemeyeceği belirtilmekte ve bu durumunun nedeninin tarafların evlilik bağı ya da yaşam birliği kurmamaları olduğu işaret edilmektedir²⁸.

B. Bildirim şartı

Türk Ticaret Kanunu md. 1517/I c. II; yenidoğanın sigorta himayesinden faydalanmasının kendiliğinden gerçekleşmeyeceğini düzenlemekte; himayeye dahil olması için doğumdan itibaren hesaplanacak²⁹ iki ay içerisinde sigortacıya bildirimde³⁰ bulunulması gerektiğini hüküm altına almaktadır. Belirtmek gerekir ki burada bahsedilen “doğumdan itibaren hesaplanacak iki ay” ibaresi bebeğin gerçek doğduğu günü ifade etmektedir. Köln Yüksek Mahkemesi de *OLG Köln, Urteil vom 19. 2. 1997- 5 U 153/96 kararında*³¹ aynı yönde hüküm kurmuştur. Bu nedenle bebeğin erken doğduğu ya da doğması gereken tarihten daha geç doğduğu durumlarda da gerçek doğum tarihi dikkate alınması gerekmektedir.

Kanun hükmü, bildirimin kim tarafından ve ne şekilde yapılması gerektiğini düzenlemediğinden bu hususların ele alınması gerekmektedir.

Kanaatimizce yenidoğanın, himayeden faydalanmasına ilişkin talep, sigorta ettiren tarafından gönderilmesi gerekmektedir³². Zira Sigorta sözleşmesinin akidi sigorta ettiren olduğundan ve sözleşme üzerinde değişiklik yapma hakkı da ona ait olacak; yenidoğanın sigorta himayesine dahil olması için yapılan beyan kişiye sıkı sıkıya bağlı yenilik doğuran bir hak olarak karşımıza çıkacaktır. Dolayısıyla hakkın kullanımı ancak sigorta ettirenin irade beyanı ile sonuç doğurmaktadır³³. Belirtmek gerekir ki buradaki “kullanma” ibaresi hakkın kullanılıp kullanılmaması iradesi kavramını karşılamaktadır. Dolayısıyla sigorta ettiren, bu hakkı kullanmaya karar verdikten sonra sigortacıya beyanı, sigorta ettirenin temsilcisi de iletebilecektir. Bu nedenle ana ya da babanın sigortalı sıfatına sahip olduğu ancak

²⁴ Kemal Şenocak, “Hayatı Sigorta Edilecek Kişi (Riziko Şahsı) (TTK md. 1490)”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28/4 47-82.

²⁵ Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn. 11; Langheid/Wandt/Hütt VVG § 198 Rn.13.

²⁶ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş: *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitapevi 2019), 265.

²⁷ Dural/ Ögüz/Gümüş, 293 vd; şayet ana doğum esnasında evliyse ancak bebek ana ile evli olan kişiden değilse bu durumda TMK md. 285/I hükmü gereği babalık karinesi uyarınca bebek kocanın özel sağlık sigortasından faydalanabilecektir: Dural/Ögüz/Gümüş, 267; ancak belirtmek gerekir ki soy bağının reddi davası açıldığı takdirde alınan hüküm neticesinde bebeğin evlilik içinde doğmadığı anlaşılırsa yenidoğan artık kocanın özel sağlık sigortasından faydalanamayacaktır.

²⁸ VersR 2019, 1482: Joachim Grote, Bastian Finkel, “Rechtsprechungsübersicht zum Versicherungsvertragsrecht im ersten Halbjahr”, *Neue Juristische Wochenschrift* 32, 2313; Ayrıca: Otto Schmidt, “Private Krankenversicherung: Kindernachversicherung bei Zeugung durch Leihmutterchaft”, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 15 (2019), 940-941.

²⁹ Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn. 9.; Trittmacher, *Private Krankenversicherung*, 378; Deutsch, *VVG2008*, 251; Deutsch, Iversen, *VVG*, 238.

³⁰ Schoenfeldt, *Private Krankenversicherung*, 141; Alman hukukunda yapılan bildirimin yenilik doğuran bir hakkın kullanılması mı yoksa sigortacıya yönetilen ve kabulü zorunlu olan bir öneri mi olduğu hususu tartışmalıdır. Tartışmalar için: Prölss/Martin/Voit VVG § 198 Rn.3; Örneğin Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn.10'da bunun bir tasarruf hakkı olduğunu kabul etmektedir. Farklı bir perspektifte: Sigortacının, ek çocuk sigortası için başvuruda bulunurken, hamile kalmış ancak henüz doğmamış çocukların hastalıkları hakkında da soru sorması beklenebileceği yönünde mahkeme yönergesi: LG Detmold, Urteil vom 14.06.2022 - 02 O 123/21, BeckRS 2022, 31721.

³¹ VersR 1998, 352.

³² Ünán, *Cilt III*, s 447; Spickhoff/J. Eichelberger, *VVG* § 198 Rn. 4; Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn .11.

³³ Harun Demirbaş: *Yenilik Doğuran Haklar*, (İstanbul: Vedat Kitapevi, 2007), 42.

sigorta ettiren olmadığı ÖSS'nde ancak sigorta ettiren ya da temsilcisi tarafından yapılacak olan bildirimle yenidoğan sigorta himayesine kavuşacaktır³⁴. Sözgelimi ananın çalıştığı işyerinde, tüm işçileri kapsayacak şekilde Özel Grup Sağlık Sigortası sözleşmesi kurulduysa ancak işveren olan sigorta ettirenin yapacağı bildirimle yenidoğan sigorta koruması dahil olacaktır³⁵.

Bu bildirimin sigorta ettiren tarafından değil de sigortalı ana ya da baba tarafından yapılması durumunda bildirim geçersiz olacak ve herhangi bir sonuç doğurmayacaktır. Ancak bu talep sigortacı bakımından yeni bir sağlık sigortası sözleşmesi önerisi olarak da algılanmaması gerekmekte ana ya da baba açık bir şekilde talep ederse bebek lehine ÖSS kurulmalıdır. Lakin burada bir hususa dikkat edilmesi gerekmektedir. TTK md. 1412, sigorta ettirenin bilgisine ve davranışına hukuki sonuç bağlanan durumlarda sigortadan haberi olmak şartıyla sigortalının, temsilci söz konusu ise temsilcinin, can sigortalarında lehtarın da bilgi ve davranışının dikkate alınacağını belirtmektedir. Anılan hüküm bakımından ÖSS'nde hakkın kullanım iradesi sıkı sıkıya sigorta ettirene bağlı olduğundan, ana/baba sigorta ettiren değil de sigortalıysa bu durumda sigorta ettirenin temsilcisi olarak hareket şartıyla sigorta ettirenin beyanını sigortacıya iletebilmesi gerekmektedir.

Bildirimin muhatabı ise sigortacı yahut acentesine olmalıdır. Burada TTK md. 1416 hükmünün gözü önüne alınması gerekmektedir. Mezkûr madde, sigorta ettiren tarafından yapılacak tebliğ ve bildirimlerin sigortacı ya da sözleşmenin yapılmasına aracılık eden acenteye yapılabileceğini hüküm altına almaktadır.

Söz konusu bildirimin hukuki niteliği ise doğumdan itibaren iki ay içinde gönderilmesi gerekmektedir. Kanun, beyanın gönderilmesinin mi yoksa ulaşmasının mı gerektiği konusunda herhangi bir açıklık içermemektedir. Bu nedenle sigorta ettirenin iki aylık süre içerisinde beyanı göndermesinin yeterli olduğu kabul edilmelidir³⁶. Ancak Alman hukukunda aksi yönde görüşler olup; bu beyanın iki ay içerisinde sigortacıya varması gerektiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır³⁷.

Bu çerçevede yapılan bildirim, kurucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olarak kabul edilmelidir. Zira bu hakkın kullanılmasıyla teminatın ve rizikonun kapsamı genişlemekte sigortacının sunduğu himayeye yenidoğan, sigortalı sıfatı ile dahil olmaktadır³⁸.

Kanun koyucu, yenidoğanın, sigorta himayesinden faydalanması için sigorta ettirene tanınan yenilik doğuran hakkın kullanımını iki aylık hak düşürücü süreye bağlayarak hakkın muhatabı olan sigortacıyı korumayı amaçlamaktadır. Zira iki aylık süre içerisinde hakkın kullanılmasıyla ya da kullanılmaması halinde düşmesiyle sigortacının hukuki durumu da netleşmiş olmaktadır³⁹.

Bu perspektifte TTK md. 1517, beyanın şekli bakımından herhangi bir şart aranmamaktadır. Ancak Sağlık Sigortası Genel Şartları (SSGŞ) md. 14, sigorta ettirenin, sigortacıya yapacağı ihbar ve tebliğler sigortacının merkezine veya sigorta sözleşmesine aracılık yapan acenteye, noter aracılığıyla veya yazılı olarak yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle yapılan beyan, noter aracılığıyla yahut yazılı olarak yapılmalıdır. Sigorta ettiren, bu bildiriminde poliş numarasına yer vermeli, yenidoğan ya da evlat

³⁴ Spickhoff/J. Eichelberger VVG § 198 Rn. 5;

³⁵ Öğretide Çiftçi, TTK md. 1517'nin grup şeklinde akdedilen ÖSS'nde uygulanamayacağını belirtmektedir. Yazara göre TTK md. 1517'nin misyonu, ana/baba için akdedilmiş hastalık veya sağlık sigortasıdır. Sigorta başta bir grup sigortası olarak akdedilmemektedir. Grup sigortalarında ise sözleşmede tanımlanan grup kavramına dâhil olanlar için bir grup lideri tarafından sağlanan sigorta himayesi söz konusudur: Tuğba Çiftçi, *Grup Sigortası Kavramı ve Tabi Olduğu Hukuki Esaslar*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2016, 31; Yazarın görüşlerine katılmamaktayız. Himayeyi grup lideri sigorta ettiren değil, sigortacı sağlamaktadır. Ayrıca gruptaki her bir şahıs ayrıca sigortalı sıfatına sahip olup; sözleşme sonuna kadar himayeden faydalanma hakkına sahiptir. Yine TTK md. 1517 sınırlayıcı bir anlamda içermemektedir. Bu halde TTK md. 1517'nin grup şeklinde akdedilmiş ÖSS bakımından uygulanmasında da bir mahzur bulunmamaktadır.

³⁶ Ünan, *Cilt III*, 54

³⁷ Aksi yönde ulaşmasını arayan görüş için: Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn. 9. Yazarlar, sigortacının gecikmiş beyanı kabul etmesi durumunda yenidoğanın haktan yararlanacağını ileri sürmektedir.

³⁸ Demirbaş, *Yenilik Doğuran Haklar*, 45.

³⁹ Alman hukukunda benzer yönde: Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn. 9.

edinen için sigorta himayesi talebinde bulunduğunu açıkça belirtmelidir. Ayrıca yenidoğanı sigorta himayesine dahil etmek istiyorsa; doğum tarihini belgeye yazmalı doğum belgesini de ek olarak eklemesi gerekmektedir^{40, 41}.

Nihai olarak mezkûr hak, yenilik doğurucu statüde olduğundan sigortacının kabulüne ya da işleme katılmasına da gerek duyulmamaktadır. Dolayısıyla sigorta ettiren tarafından hakkın kullanılmasıyla hukuki sonuç meydana gelmekte; yenidoğan sigorta himayesinden faydalanmaya başlamaktadır.

IV. Sigortacının Konu Hakkında Aydınlatma Yükümlülüğü

Sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin asli borcu, sözleşmede kararlaştırılan primi ödemekken; sigortacının ise ödenen bu prime karşılık sözleşmede kararlaştırılan rizikoyu sözleşmesi süresi içerisinde taşımaktır. Lakin sözleşme ile sunulan bu ürün, soyut nitelikte olmasının yanı sıra sözleşmenin/poliçenin içerisinde yer alan bilgilerde teknik/anlaşılmaz terimler yer almakta; bundan mütevellit sigorta ettirenin haklarını-yükümlülüklerini ve sigorta teminatı altına alınan menfaati anlaması zorlaşmaktadır⁴². Bu açığı kapatmak için; TTK md. 1423 ve Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik'te (SSBİY) düzenlenen aydınlatma yükümlülüğü düzenlemekte; sigortacıya, sözleşmenin akdinden önceki görüşme sırasında sözleşmeye taraf olmak isteyen müstakbel sigorta ettirene, sözleşme hakkında bilgi vererek sözleşmeyi akdedip akdetmeyeceğine, akdedecekse hangi şartlarla akdedeceği konusunda kararını vermesini sağlayan ayrıca sözleşme süresi içerisindeki gelişmeleri aktararak sigorta ilgililerinin, sözleşmeden en doğru şekilde faydalanmasını kanuni bir görev olarak getirmektedir⁴³.

Kanun koyucu, TTK md. 1423'te sigortacının, sigorta ettirene, sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğü bakımından sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını ve özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlükleri hakkında bilgi vermesinin yanı sıra sözleşme süresi içerisinde sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılacak olayları ve gelişmeleri de sigortalıya açıklaması gerektiğini hüküm altına almakta ancak sayılan bu kavramların neleri açıklamak istediğini belirsiz bırakmaktadır⁴⁴. SSBİY ise bu konuda durumu aydınlatmakta SSBİY md. 8, sözleşme öncesi bilgilendirme metninin içeriğini düzenlerken SSBİY md. 10 ise sözleşme süresi içerisindeki bilgilendirme yükümlülüğünü düzenlemektedir.

Öğretide ise TTK'nda yalnızca "sigortalı" ifadesinin kullanılması eleştirilmekte yalnızca sigortalıya ait hakları değil, sigorta ettirene ait hakların da bildirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁵. Öğretide diğer yönde bir görüş ise kanun koyucunun "sigortalı" ifadesi ile kendi lehine sigorta ettiren kişiyi göz önüne aldığını belirtmekte; buradaki ifadenin sigorta ettiren olarak yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁶.

TTK md. 1423 hükmü ile aynı doğrultuda olmak üzere Özel Sağlık Sigortası Sözleşmeleri Yönetmeliği (ÖSSY) md. 5 hükmü de sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü düzenlemektedir.

⁴⁰ Ünan, *Cilt III*, 454: yazar, kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmediğinden şekil serbestisinin geçerli olduğunu belirtmektedir.; Form örneği için: Ludwig Bergschneider, *Beck'sches Formularbuch Familienrecht*, (6. Baskı, CH BECK:2022), VI. Bereich Personen Bölümü 4. Başlık.

⁴¹ Şayet ileride ele alınacağı üzere evlat edindiği küçüğün sigorta himayesine dahil edilmesini istiyorsa bu takdirde evlat edinilen küçüğün doğum tarihi ve kimlik fotokopisinin yanı sıra evlat edinmeye ilişkin mahkeme ilamını da ek olarak eklemesi icap etmektedir.

⁴² Sefa Er, *Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2023), 112.

⁴³ Kübra Yetiş Şamlı, "Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m. 1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22/3 (2016), 2979; Yazıcıoğlu/Şeker Ögüz, *Sigorta Hukuku*, 104; Şirin, *ÖSS*, 85; Günay, *Sigorta Hukuku*, 78; Demir, *Sigorta Hukuku*, 242.

⁴⁴ Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi VI. Kitap Sigorta Hukuku Cilt I*, (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2016), 227; Neyzen Fehmi Dolar, *Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 139; Er, *Aydınlatma*, 390; Şirin, *ÖSS*, 86.

⁴⁵ Ünan, *Cilt I*, 227; Taşkın, maddenin gerekçesi incelendiğinde gayenin sözleşmenin akidinin aydınlatılması yönünde olduğunu ancak hükmün kapsamında yalnız sigortalı ifadesinin yer almasının kanun koyucunun özensiz davranmasından dolayı ortaya çıktığını ifade etmektedir: Melda Taşkın, *Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi*, (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019) 166.

⁴⁶ Er, *Aydınlatma*, 211.

Mezkûr madde; sigorta yaptırmak isteyen müstakbel sigorta ettirenlere, tarafların hak ve yükümlülükleri konusunda her türlü bilginin sigortacı tarafından verilmesi gerektiğini hüküm altına almaktadır⁴⁷. Dolayısıyla sigortacı, sigorta ettiren ile sağlık sigortası sözleşmelerinin görüşmeleri esnasında aydınlatma yükümlüğünü yerine getirirken TTK md. 1517 hükmü hakkında bilgi vermeli; yenidoğanın iki aylık süre içinde yapılacak olan bildirimle sigorta himayesi kapsamına girebileceğini açıkça ifade etmelidir⁴⁸. Ayrıca ÖSSY md. 5/I, ÖSS akdetmek isteyen kişilere, sözleşme yapmak kararını etkileyebilecek hususlarda bilgi verilmesini, sözleşme müzakereleri esnasında sigortacının, sigorta ettirene sigorta sisteminin teknik işleyişi konusunda yardımcı olması gerektiğini düzenlemektedir⁴⁹. Yine ilgili hüküm, sigortacının sözleşmenin devamı sırasında da bilgilendirmeye ilişkin mevzuata uyması gerektiğine işaret etmektedir.

Kanaatimizce ÖSSY md. 5, TTK md. 1423 ve SSBİY ile paralel hükümler ihtiva etmekte aydınlatma yükümlülüğü çift aşamalı bir şekilde düzenlenmektedir. Dolayısıyla sigortacının, sigorta ettirene hem sözleşmenin kurulması esnasında doğrudan hem de sözleşmenin devamı sırasında sigorta ettirenin sorusu üzerine, yenidoğanı sigorta himayesine dahil etme hakkının bulunduğunu ayrıca bu hakkın kullanılmak istenmesi üzerine gereken bilgileri vermesi ve prosedürü açık ve anlaşılır bir şekilde izah etmesi gerekmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki Kanaatimizce sigortacının, yenidoğanın himayeye dahil olması hakkında bilgilendirme yükümlülüğü asıl olarak sözleşmenin kurulması anına matuftur. Bu görüşme esnasında sigortacının bilgilendirmeyi yerine getirmesi gerekmektedir. Zira sözleşme süresi içerisinde, sigortacının, sigortalı şahsın doğum yaptığına dair bilgiyi öğrenmesini sağlayacak bir sistem ya da uygulama mevcut değildir. Dolayısıyla sözleşme süresi içerisinde böyle bir gelişme, sigortacıya bildirilmiş ve bu durum hakkında soru sorulmuşsa ancak sigortacının o takdirde bilgilendirme yükümlülüğünün doğduğunun kabul edilmesi hem uygulamaya hem de menfaatler dengesine uygun düşmektedir⁵⁰.

V. TTK md. 1517'nin Kanuni Olarak Geçmişe Etkili Sigorta Niteliği

TTK md. 1517 ve VVG § 198'in lafzına göre; sigorta himayesi, yeni doğum olgusunun iki aylık bir bildirim süresi içerisinde sigortacıya bildirilmesi halinde, sigortacıya bildirim tarihinden itibaren değil bebeğin doğumunun tamamlanmasından itibaren başlamaktadır⁵¹. Bu durum ise kanuni olarak geçmişe etkili

⁴⁷ Ünan, *Cilt III*, 470.

⁴⁸ Sigortacının TTK md. 1517 hakkında hiç ya da yeterli bilgi vermeyerek sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlarda ise sigorta ettiren, SSBİY md. 7 gereği temeli *culpa in contrahendo* ilkesine dayanan tazminat talebinde bulunabilecektir: Dolar, 224; Bu durumda sigorta ettiren ortaya çıkan zararlar ihlalin arasında illiyet bağı bulunması halinde zararın tazminini talep edebilecektir.

⁴⁹ Esasında bu durum sigortacının danışmanlık yapma yükümlülüğünde olduğunu göstermektedir. Danışmanlık yapma yükümlülüğü çeşitli seçeneklerin sigorta ettirene sunulması ve onun belirli bir yönde karar verebilmesini sağlamaya ilişkin yönergeleri içermektedir. Sigortacının asıl görevi bilgilendirme yükümlülüğü objektif durumu düzenlerken; danışmanlık yapma yükümlülüğü subjektif değer yargılarının aktarılmasını hedef almaktadır: Er, 123. Lakin TTK md. 1423'te yalnızca sigortacının aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmekte; lakin danışmanlık yapma yükümlülüğüne dair bir ibare yer almamaktadır. Bu çerçevede bilgilendirme yükümlülüğünün danışmanlığı kapsamadığı kabul edilmektedir: Emine Yazıcıoğlu, "Sigortacının Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü" *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018) 391-392; Dolar, *Aydınlatma*, 75-76; Bu halde kanaatimizce TTK md. 1423 ile getirilmeyen danışmanlık yapma yükümlülüğü ÖSSY ile sigortacının omuzlarına yüklenmektedir. Aksi yönde: Er, *Aydınlatma*, 124: yazar, kanuni bir düzenleme olmasa da tüm sigorta sözleşmeleri bakımından dürüstlük kuralından doğan bir danışmanlık yapma yükümlülüğünün olduğunu belirtmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki mülga VVG döneminde sigortacının danışmanlık yapmasına dair bir hukuki düzenleme yer almamaktaydı Reform sonrası VVG §6 ve §6a, sigortacının danışmanlık yapma yükümlülüğünü kanunen hüküm altına almış bulunmaktadır.

⁵⁰ Benzer yönde: Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn. 9.

⁵¹ Ünan, *Cilt III*, 452; Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn. 12; Theo Langheid/Roland Rixecker/Jens Muschner: *Versicherungsvertragsgesetz*, (7. Baskı, CH BECK: 2022), VVG § 198 Rn. 2; Jürgen Veith/Jürgen Grafe/Yvonne Gebert: *Der Versicherungsprozess*, (Nomos: 2020) VVG Rn. 30; HK-VVG/Jens Rogler VVG § 198 Rn. 5; Trittmacher, 378; Honsell/Hohlfeld, § 178d Rn.1.

Geçmişe etkili sigorta bakımından: sigorta sözleşmelerinde kural, sigortacının sözleşmenin akdedilmesinden sonra ortaya çıkan rizikolardan dolayı sorumlu olmasıdır. Ancak her kuralın bir istisnası olduğu gibi sigortacının himaye sağlama borcunun ise sözleşme öncesine çekilebilmesi TTK md. 1458 hükmü ile mümkündür. Mezkûr madde, sigortacının sorumluluğunun sözleşmenin akdedilmesinden önceki bir tarihte başlayacağını hüküm altına almaktadır: Oğuz Yolal: *Geçmişe Etkili Sigorta*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022) 33; Yazıcıoğlu, Şeker Ögüz, *Sigorta Hukuku*, 96;

bir sigorta yaratmaktadır. Alman hukukunda, *Honsell ve Hohlfeld*, bu düzenleme ile kesintisiz bir sağlık sigortası korumasını garanti edildiğini, sigorta teminatının kapsamında sadece yenidoğanın dahil olmasından sonra meydana gelen hastalıkların değil, aynı zamanda doğum ile kayıt arasındaki dönemde gerekli tıbbi tedavi masrafları da bulunduğunu ifade etmektedir. Yine yazarlar, bu çerçevede özellik arz eden durumun doğuştan gelen ve kalıtsal hastalıklar ile anormalliklerin yanı sıra doğum sürecinde meydana gelen sağlık sorunları da sigorta kapsamında olacağına dikkat çekmektedirler⁵². 30 Mayıs 2002 tarihli ara raporda da sigorta ettirenin tek taraflı beyanıyla sigortacının, yenidoğanın doğum tarihine dönük olarak ve sağlık durumu incelemesi yapılmaksızın –belirgin tüm risklerle birlikte – mevcut sözleşmeye, ek bir sigortalı olarak dahil etme zorunluluğu bulunduğunu belirtmektedir⁵³.

Türk hukukunda geçmişe etkili sigorta TTK md. 1458’de düzenlenmektedir. Öğretide, ilgili hükmün lafzı ışığında, geçmişe etkili sigortanın vücut bulabilmesi için tarafların geçmişe etkili sigorta hususunda anlaşmaları (*olumlu şart*) ve sigortacının/sigorta ettirenin/sigortalının rizikonun gerçekleştiği ya da gerçekleşme ihtimalinin kalmadığına ilişkin bilgi sahibi olmaması gerektiği (*olumsuz şart*) kabul edilmektedir⁵⁴.

Yenidoğanın geçmişe etkili sigortadan yararlanması hususu, her iki şarta bakımından da istisna teşkil etmektedir. Görüldüğü üzere sigorta ettirenin iki ay içinde sigortacıya yapacağı bildirim, kendiliğinden yenidoğanı kanun gereği sigorta teminatına dahil etmekte; bu konuda sigortacının herhangi bir iradesi aranmamaktadır. Dolayısıyla taraflar arasında herhangi bir anlaşma yapılmadığından, olumlu şart olarak aranan anlaşmaya istisna getirilmiş olmaktadır.

İkinci istisna ise rizikoya ilişkin sigorta ettiren/sigortalının bilgi sahibi olmaması gerektiğini kabul eden olumsuz şarta yöneliktir. Yenidoğanın sigorta kapsamına girmesi, bu şartın da istisnasını teşkil etmektedir. Nitekim TTK md. 1513 gereği sağlık sigortalarında riziko, hastalık sonucu gerekli hale gelen ilaç dahil giderleri bu giderler yapıldığında ortaya çıkmaktadır. TTK md. 1517’de ise doğumun tamamlanması ve bildirim kadar olan rizikoların teminat altına alınması gerektiğini düzenlenmektedir⁵⁵.

VI. TTK md. 1517’de Yer Alan “Aksi Kararlaştırılmamışsa” İbaresinin Anlamı

Türk Ticaret Kanunu md. 1520, TTK md. 1517’yi emredici olarak düzenlemektedir. Dolayısıyla hüküm sigorta ettirenin ve sigortalının aleyhine değiştirilemeyecektir. Ancak TTK md. 1517 hükmü “*aksi kararlaştırılmadıkça*” ibaresini içermekte ve neyin aksinin kararlaştırılacağına dair bir açıklık ihtiva etmemektedir⁵⁶.

Öğretide bir görüş, TTK md. 1517’nin emredici olarak düzenlenmesini eleştirmekte ve TTK md. 1520’nin kapsamına sehven girdiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre TTK md. 1517’nin lafzına itimat edilmeli ve yenidoğanın sigorta himayesine girmesi hususunda tarafların iradesine üstünlük tanınmalıdır⁵⁷.

Öğretide diğer bir görüş ise “aksi kararlaştırılmadıkça” ibaresinin yenidoğan için ek prim alınmayacağı kuralına istisna getirdiğini belirtmektedir⁵⁸.

⁵² Heinrich Honsell, Knut Hohlfeld, *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, (Springer: 1999), § 178d Rn.1

⁵³ *Zwischenbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 30. Mai 2002*, 143.

⁵⁴ Yolal, *Geçmişe Etkili*, 113; Kerim Atamer: “*Geçmişe Etkili Sigorta*”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, (Onikilevha Yayınevi:2019), 233; Sadık Çapa: “*Geçmişe Etkili Sigorta*”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 18/3 2018, 342.

⁵⁵ Ünán, *Cilt III*, 452; Langheid/Rixecker/Muschner VVG § 198 Rn.2. İlgili yazarlar yenidoğanın sigortaya dahil edilmesi durumunda sigortacının ortaya çıkan bu hastalıklardan da sorumlu olduğunu belirtmektedirler; aynı yönde: Prölss/Martin/Voit VVG § 198 Rn. 3; Trittmacher, *Private Krankenversicherung*, 378-379; 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe giren VVG’nin gerekçesinde de aynı ifade söz konusudur. (BT-Drucksache 16/3945, 112)

⁵⁶ Bora, *Sigorta Hukuku*, 952: yazar, aksi kararlaştırılmadıkça ibaresinin hükmü “sulandırdığını” ifade etmektedir.

⁵⁷ Tekin Memiş, *Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi*, (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2016), 91.

⁵⁸ Ünán, *Cilt III*, 451; Eriş, *Sigorta Hukuku*, 1732.

TTK md. 1517’de geçen “aksi kararlaştırılmadıkça” ibaresi, ek prim talep edilme kuralının istisnasını işaret edebileceği gibi sunulacak olan geçmişe etkili himayenin ortadan kaldırılabilmesi yorumuna da işaret etmektedir. Kanaatimizce bu ifade, tarafların, yenidoğan için ek prim alınamayacağı kuralının aksinin kararlaştırılabileceği ve yenidoğanın sigorta himayesine dahil olabilmesi için sigortacının ek prim talep edebilmesi hususuna matuf olarak yorumlanmalıdır⁵⁹. Bu yorum tarzıyla taraf menfaatleri dengelenmekte; yenidoğan emredici bir düzenleme ile sigortacının kabulüne gerek duyulmaksızın himayeye kavuşurken, sigortacı da hak ettiği primi almış olmaktadır. Aksi takdirde aksi kararlaştırılabilecek hususun tarafların himayenin yenidoğanın doğumu ile değil yapılan bildirimle ileriye yönelik sağlanması eş deyişle geçmişe etkili kısmı bertaraf etmesi noktasında anlaşmaları olduğu kabul edildiği halde hükmün sosyal koruma amacı ve sigortalının korunması ilkesi⁶⁰ boşa çıkmaktadır. Bu minvalde “aksi kararlaştırılmadıkça” ifadesinin ek prim talebi olarak yorumlanması elzemdir.

VII. TTK md. 1517’de Yer Alan “Aksi Kararlaştırılmamışsa” İbaresinin Ek Prim Talebi Olarak Yorumlanması

Sigortacı, sigorta ettirenin ödediği prim karşılığında, ÖSS ile teminat altına alınan rizikonun gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkan zararı tazmin etmeyi yahut belli bir meblağ para ödemeyi üstlenmektedir⁶¹. Kural olarak ise sigorta sözleşmelerinde sabit prim ilkesi⁶² geçerli olduğundan esas olan, sigorta sözleşmesi süresi içerisinde sigorta primi miktarının istisnalar harici değişmemesi olarak tezahür etmektedir⁶³.

Yenidoğanın sigorta himayesine dahil olduğu durumlarda; sigortacının ek prim isteyebileceğini kabul ettiğimiz takdirde sabit prim ilkesinin istisnası gündeme gelmekte ve yenidoğanın sigorta himayesinden faydalanması ile sözleşmenin başlangıcında kararlaştırılan prim, sözleşme süresi içerisinde değişmektedir⁶⁴. Bu takdirde yenidoğanın sigorta himayesine tabi olduğu andan itibaren sigortacının zeyilname düzenleyip sigorta ettirene göndermesi gerekmektedir⁶⁵. Ancak sigorta ettiren bakımından bu ek primin ne zaman muaccel olacağı ve ödenmediği takdirde TTK md. 1434/II’de düzenlenen primin tamamı ya da ilk taksitinin ödenmemesine ilişkin yaptırım mı yoksa TTK md. 1434/III’te düzenlenen izleyen primlerin ödenmesine ilişkin yaptırımın mı uygulanacağı hususunun belirlenmesi gerekmektedir.

⁵⁹ -Belirtilmelidir ki bugün uygulamada sigortacılar, yenidoğan bebeğin sigorta kapsamına sokulması bakımından genel olarak ek prim talep etmektedir-.

⁶⁰ Sigortalının korunması ilkesi için: Merih Kemal Omağ, “Özel Sigorta Hukukunda Sigortalıların Korunması/Himayesi”. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/2 (2016), 555-576.

⁶¹ Ayhan/Çağlar/Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 12.

⁶² Sigorta sözleşmelerinde prim, Sigortacılık Kanunu md. 12’ye göre sigortacılar tarafından serbestçe belirlenmekte ve poliçeye brüt olarak yazılmaktadır. Bu hal, sabit primli sigortaları ifade etmekte; bu tür sigortalarda, Kanunda düzenlenen bazı durumlar haricinde (örn: TTK md. 1414/1439) primler değişmemektedir. Öte yandan, değişir primli sigortalarda ise primler sabit değil, değişken olarak belirlenmektedir. Eğer ödenen prim, başka bir sigortalıya tazminatı karşılamazsa, sigorta ettirenlerden ilave prim talep edilebilecek; aksi yönde toplanan ve nemalandırılan primler, ödenen tazminatlar bakımından fazla gelmişse; alınan fazla prim iade edilmektedir. Bu tür sigortalar genellikle karşılıklı sigorta sözleşmelerinde görülmektedir. Daha çokları için: Tekincan Akif Karaarslan, *Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: 2024), 26 vd.

⁶³ Ayli, 12; Ayhan/Çağlar/Özdamar, 12: değişir primli sigortalar ise karşılıklı sigortalarda söz konusu olacaktır.

⁶⁴ Karaarslan, *Prim Ödeme*, 82; Ancak belirtmek gerekir ki; yenidoğanın sigorta himayesine tabi olması, sigorta ettirene kanunen tanınan bir hak olduğundan sigortacının anılan hakkı engellemek adına tek taraflı olarak primi çok yüksek belirlememesi gerekmektedir. Sigortacı, istenen ek primi ayrıntılı bir şekilde açıklamalı ve genel olarak geçerli olan değerlendirme ölçütlerine dayanmalıdır: Prölss/Martin/Voit, *VVG § 198 Rn. 14*; aksi yönde: Schoenfeldt, *Private Krankerversicherung*, 141: yazar, ek prim talep edilemeyeceğini belirtmektedir.

⁶⁵ Sigorta sözleşmesinde yapılan herhangi bir değişikliği belirten metne zeyilname adı verilmektedir. Gönderilen zeyilnamede ise sigorta ettirenin adı soyadı, ilişkili olduğu poliçe numarası, teminatın başlangıç ve bitiş tarihi ile zeyilname düzenlenmesine yol açan olgu ile ek prim istenecekse primin miktarı yer almalıdır: Emine Orhaner, *Sigortacılık*, (Ankara: Siyasal Kitapevi, 2014), 75.

⁶⁶ Yenidoğan bakımından düzenlenen zeyilname onun sigorta himayesinden faydalanması için bir geçerlilik koşulu değildir. Yalnızca ispat faaliyeti bakımından önem arz etmektedir: Süzal, *ÖSS*, 946

Öğretide bir görüş, yenidoğanın kendiliğinden sigorta himayesine dahil olacağını bu nedenle sigortacının sorumluluğunun başlaması için ek primin ödenmesinin gerekli olmadığını belirtmektedir⁶⁷.

Kanaatimizce burada ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Yukarıda görüldüğü üzere, yenidoğanın sigorta himayesinden faydalanması geçmişe etkili olarak gerçekleşmektedir. Bu durumda bildirimin yapıldığı tarihe kadar geçmişe etkili bir sigorta sözleşmesi ortaya çıktığından TTK md. 1421'in⁶⁸ istisnasının var olduğu kabul edilmeli ve sigortacı, sigorta ettirenin tarafından bildirimin kendisine yapılması ile geçmişe etkili olarak sorumlu olmalı ilk veya tek primin ödenmesi aranmamalıdır⁶⁹. Dolayısıyla sigorta ettirenin, ek prim ödeme borcunun muaccel olması için zeyilnamenin eline ulaşması gerekmemelidir⁷¹. Geçmişe etkili himaye, bildirimle başladığından kanaatimizce ek prim ödenmediği takdirde sigortacı, TTK md. 1434/III hükmüne gidebilmeli ve sigorta ettirene noter aracılığı ya da iadeli taahhütlü mektupla on günlük süre vererek prim ödenmediği takdirde sözleşmenin yenidoğan bakımından feshedileceğini bildirebilmelidir. Ayrıca yenidoğan için ek primin ödenmemesi, yalnızca yenidoğanın himayesini etkilemeli; ebeveyn için yapılan ÖSS'nin sona ermesi sonucunu doğurmamalıdır.

Sigorta ettirenin bildiriminden itibaren, yenidoğan bakımından geleceğe etkili sigorta himayesi de sağlandığından burada TTK md. 1421'de var olan prim karşılığı himaye kuralı uygulanmalı ve sigorta ettirenin, zeyilnamenin eline ulaşması ile muaccel olan ek primi ödediği takdirde yenidoğanın sigorta himayesine kavuşacağı kabul edilmelidir⁷².

Sigorta ettiren, ek primi ödemediği takdirde ise sigortacı, yenidoğan bakımından geleceğe etkili himaye sağlamakla yükümlü olmamalı; üç ay içinde ödeme yapılmadığı takdirde yenidoğanın sigorta himayesine dahil olması konusunda kullanılan hakkın düşmüş sayılması gerekmektedir. Üç ay içinde ek prim ödenmediği takdirde yalnızca yenidoğana verilecek teminat bu durumdan etkilenmeli, ebeveyn için yapılan ÖSS bu durumdan olumsuz etkilenmemelidir.

Esasında burada görüşün temel dayanağı sözleşmenin ifa edilmesine başlanması noktasında toplanmaktadır⁷³. Doğum ile bildirim arasında geçen sürede geçmişe etkili bir himaye söz konusu

⁶⁷ Ünan, *Cilt III*, 454; Alman hukukunda görüleceği üzere evlat edinilen küçük bakımından ek prim talep hakkı mevcut olmaktadır. Honsell/ Hohlfeld, § 178d Rn. 10'da, Ünan ile aynı görüşte olup; evlat edinilen küçük bakımından prim ödenmesinin aranmayacağını ifade edecek tarzda açıklamalarda bulunmaktadır: bkz ve karşılaştırınız: Honsell/ Hohlfeld, § 178d Rn. 10.

⁶⁸ Mezûr madde, aksine sözleşme olmadığı sürece sigortacının sorumluluğunun primin veya ilk taksitin ödenmesiyle başlayacağını hüküm altına almaktadır.

⁶⁹ Belirtmek gerekir ki Türk Hukuku bakımından geçmişe etkili sigortalarda sigortacının sorumluluğunun ne zaman başlayacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş, geçmişe etkili sigortalarda sigortacının sorumluluğunun başlaması için ilk primin ödenmesi gerektiğini belirtmektedir: Atamer, *Geçmişe Etkili*, 734-735; Ayhan/Çağlar/Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 209. Öğretide diğer bir görüş ise sigortacının, geçmişe etkili sigortanın akdedilmesiyle sorumlu olacağını bu nedenle primin ödenmesinin gerekli olmadığını belirtmektedir: Çapa, *Geçmişe Etkili*, 355. Öğretide üçüncü bir görüş ise geçmişe ve geleceğe etkili sigorta sözleşmelerinin birlikte akdedildiği durumlarda geçmişe etkili kısım bakımından primin ödenmesinin gerekmediğini, geleceğe etkili kısım bakımından ise primin ödenmesinin aranması gerektiğini belirtmektedir: Yolal, *Geçmişe Etkili*, 183. Kanaatimizce geçmişe etkili sigortanın fonksiyon göstermesi bakımından üçüncü görüşün üstün tutulması gerekmektedir. Bu nedenle yapılan açıklamalar üçüncü görüş dikkate alınarak oluşturulmuştur.

⁷⁰ Yolal, *Geçmişe Etkili*, 181.

⁷¹ Burada sigortacının, yenidoğan bakımından ek prim talep etmeyeceği düşünülebilir. Lakin hayatın olağan akışı içerisinde başlangıçta var olan rizikodan daha ağır bir rizikoyu üstlenen sigortacının, ek prim talep edeceği açıktır. Dolayısıyla çalışmada, oluşturulan argümanlar sigortacının ek prim talep edeceği düşüncesi üzerine kurulmuştur.

⁷² Yolal, *Geçmişe Etkili*, 181 vd.

⁷³ Sigorta sözleşmesinde sözleşmenin kurulması ile birlikte sigorta ettirenin prim ödeme borcu altında olmasına rağmen sigortacının riziko gerçekleşene kadar aktif bir borcunun bulunmaması nedeniyle sigorta sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen, sürekli bir sözleşme olup olmadığı hususunda öğretide tartışma bulunmaktadır. Sigorta sözleşmesinin akdedilmesi ve müteakiben poliçenin sigorta ettirene verilmesi ile sigorta ettiren açısından prim borcu muaccel olmaktadır. Lakin, bu aşamada sigorta sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olup olmadığı hususu öğretide tartışmalıdır. Bu itibarla öğretide "parasal edim" ve "riziko taşıma" adlı iki teori bulunmaktadır. Parasal edim teorisi, sigortacı bakımından, edimin şarta bağlı olduğunu ancak riziko gerçekleştiği takdirde sigortacının yükümlülük altına girdiğini belirtmektedir: Ali Bozer, *Sigorta Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965), 21-22; Sevilay Eroğlu, *Hastalık Sigortasının Kurulmasında İhbar Kulfeti*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2005), 219, dn. 701. Riziko taşıma teorisinde ise sigortacının edimi sözleşmenin akdinden sonra üstlendiği rizikoyu taşımak, primleri nemalandırmak, reasürans sözleşmeleri kurmak ve sigorta bedeli/tazminatı ödenmesi için hazırlık hareketlerini gerçekleştirmektir. Riziko gerçekleştikten sonra ise sigortacının borcu

olduğundan burada ifasına başlanan bir sözleşme bakımından fesih yaptırımı uygulanması gerekmekte lakin bildirimden daha sonraki sürece ilişkin himayenin ifasına henüz başlanmadığından cayma yaptırımı gündeme geleceği kabul edilmelidir.

Lakin burada uygulamada var olan bir durumun göz önüne alınması gerekmektedir. ÖSS'nin büyük çoğunluğu grup sigortaları şeklinde yapılmakta ve bu gruplara dahil olan sigortalıların sayısı bazen binlerce kişiyi bulmaktadır. Dolayısıyla yukarıda var olan prim ödeme prosedürünün her sigortalı için ayrı ayrı işletilmesi ve gerektiğinde prim talep edilmesi ne sigortacının teknik ve muhasebesel işlemlerine ne de grup lideri olan sigorta ettirenin (-*özellikle işveren niteliğinde büyük şirketler*-) operasyonel faaliyetlerine uygun düşmektedir. Bu halde, prim borcunun taksitler halinde ödenmesi durumunda sigortacılar, yenidoğan bakımından primi diğer bir taksite yansıtmakta⁷⁴; prim borcunun tamamı ifa edildiyse bir sonraki dönemde sözleşme akdedilecekse onun üstüne talep etmektedir. Bu halde kanaatimizce, tarafların bu durumu bir hukuki zemine oturtabilmeleri için yenidoğanın sigorta himayesine dahil olması durumunda, himayenin prim tahsil edilmeden başlayacağını (*TTK md. 1421'in istisnası*) kararlaştırmaları gerekmektedir.

VIII. Yenidoğan İçin Öngörülen Sigorta Himayesinin Kapsamı

Alman hukukunda, yenidoğan bebeğe ilişkin sigorta teminatının ana ya da babası için yapılan sağlık sigortası ile eşdeğer olduğu; bu nedenle sigortacının daha geniş teminatı içeren sigorta bildirimini kabul etmekle yükümlü olmadığı belirtilmektedir⁷⁵. Kanaatimizce bu husus, Türk hukuku bakımından da geçerli olmalıdır. Ebeveynlerden biri için yaptırılan sağlık sigortasına dahil edilen yenidoğana ilişkin himaye, sigortacının ebeveyne sağladığı himayeden fazla olmamalı; yalnız sözleşmede kararlaştırılan rizikolara karşı teminat sağlanmalıdır⁷⁶. Örneğin ebeveynlerden biri için yaptırılan ÖSS, tedavinin tıbben yatarak yapılmasının gerekli olduğu durumlarda günlük hastane giderlerini kapsamıyorsa, yenidoğan bakımından da sigorta himayesi bu giderleri kapsamamalıdır. Şayet sigortacı, bu teminatın da sigorta himayesine girmesini kabul ediyorsa bu durumda yenidoğan için isteyeceği prime ek olarak bu teminat için gerekli olan miktarı da ekleyebilmelidir. Bu çerçevede ayrıca ifade etmek gerekir ki yenidoğan için talep edilen sigorta himayesi, sigortalı ana/baba için kararlaştırılan sigorta himayesini aşmıyorsa, sigortacı, yenidoğanın daha düşük bir sigorta gereksinimi olduğu gerekçesiyle düşük bir sigorta kapsamı sağlama hakkına sahip olamayacaktır⁷⁷.

aktif hale gelmekte ve sigorta bedeli/tazminatı ödeme borcu doğmaktadır. Ayhan, Çağlar, Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 156 ; Tartışmalar için karşılaştırınız: Zehra Şeker, "Sigorta Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Üzerine" Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan (İstanbul: Beta Yayınları, 2000), 1044-1056; Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, 73; Bu çerçevede Türk Hukuku bakımından geçerli olan teori, riziko taşıma teorisidir zira Kanun, sigortacının rizikoyu üstlenmesi üzerine inşa edilmiştir. Bu çerçevede, ilgili teori gereğince sözleşme, akdinden sona ermesine kadar kesintisiz olarak devam etmekte; alacaklı sigorta ettiren bakımından ise himayeye kavuşma süreklilik taşıdığından sürekli bir sözleşme niteliğindedir. Bu halde karşılıklı borç yükleyen böyle bir sözleşmeden doğan edimler bakımından, edimin ifasına henüz başlanmamışsa (tek prim/ilk taksit ödenmediğinden himaye başlamadıysa) sözleşmeden cayma; edimlerin ifasına başlanmış ise artık fesih yaptırımı gündeme gelmesi gerekmektedir.

⁷⁴ Örneğin prim borcunun ilk taksiti 01.02.2024 tarihinde ödenmiş; ikinci ve son taksit 01.09.2024 tarihinde ödenecek ise 01.06.2024 tarihinde doğan yeni doğan bakımından istenebilecek prim 01.09.2024 taksitine ithal edilmektedir.

⁷⁵ Honsell/Hohlfeld, § 178d Rn. 3; Langheid/Rixecker/Muschner, VVG § 198 Rn.2; Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn. 13; Veith/Grafe/Gebert, Rn. 30; HK-VVG/Jens Rogler VVG § 198 Rn 5: yazarlar, ebeveynin kalan sigorta süresinin yenidoğanın sigorta süresine eşit olduğunu belirtmektedir. Aynı yönde: Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn. 14; Farklı bir örnek olarak ebeveynler sadece hastane günlük ödemesini sigorta teminatı altına almışlarsa, yenidoğan bakımından da yalnızca sözleşmede kararlaştırılan hastane günlük ödemesi miktarında ödeme talep edebilecekler söz gelimi sağlık giderleri bakımından korumaya dahil olmayacaklardır: Honsell/Hohlfeld, § 178d Rn. 3.

⁷⁶ Ünán, *Cilt III*, 445; Belirtmek gerekir ki sigorta ettirenin daha yüksek teminatı içeren bir bildirim göndermesi durumunda bildirim geçersiz sayılmamalı tahvil yolu ile ana ya da baba için var olan teminata eşitlenmelidir. Bu yorumun kabulüyle sigorta ettirenin hakkını kaybetmesinin önüne geçilmiş olmaktadır: HK-VVG/Jens Rogler VVG § 198 Rn 5; Honsell/Hohlfeld, § 178d Rn. 3; Honsell/Hohlfeld ayrıca sigortacının da bu durumu kabul edebileceğinin altını çizmektedir.

⁷⁷ Honsell/Hohlfeld, § 178d Rn. 3.

Ana ya da baba için mevcut birden fazla sigorta sözleşmesi olması durumunda, yenidoğanın hangi sigortaya tabi olacağı öğretide tartışmalıdır⁷⁸. Alman hukukunda *Prölss*, 1998 tarihli eserinde yenidoğanın sigorta koruması daha düşük olan sigortaya dahil olacağını belirtmiştir⁷⁹. Daha sonra yazar, 2004 tarihli eserinde bu görüşünden rücu etmiş; yenidoğanın sigorta koruması daha yüksek olan ebeveynin sigortasına dahil olması gerektiğini savunmaktadır⁸⁰. *Hohlfed* ise yenidoğan bakımından her iki sigorta sözleşmesinin korumasının kombinasyonu şeklinde sigorta himayesi sağlanması gerektiğini belirtmektedir⁸¹. *Langheid/Wandt/Hütt* ve *HK-VVG/Jens Rogler* ise hükmün sosyal koruma amacından yola çıkmış, doğru olanın sigorta koruması daha yüksek sigorta ölçüsünde verilmesi gerektiğine işaret etmektedir⁸².

Türk hukuku bakımından da bu hususa kesin bir yanıt vermek oldukça güçtür. Zira TTK md. 1517'nin gerekçesinde hükmün Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'ndan alındığı yer almakta; başkaca bir hususa yer verilmemektedir. Ayrıca Alman hukukunda var olan görüşler de farklı sigortaların (örneğin hem Hastalık hem ÖSS'nin var olduğu durumlarda) olması durumunda bir görüş birlikteliğine sahip değildir.

Bu hususta ana ve babanın her ikisi için de yaptırılmış ÖSS'nin var olması durumunda, Alman hukukunda *Langheid/Wandt/Hütt*, ve *HK-VVG/Jens Rogler*, Türk hukukunda ise *Ünan*'ın görüşüne iştirak edilmeli ve yenidoğanın en yüksek sigorta korumasından faydalanması gerekmektedir⁸³. Ancak ana ve babanın var olan sigortaları farklı teminatları kapsıyorsa bu durumda ne olacağının belirlenmesi önem arz etmektedir. Örneğin; ananın faydalandığı ÖSS, hepatit C ve kanser hastalığını; babanın faydalandığı ÖSS ise cerrahi müdahaleyi teminat kapsamına alıyorsa bu durumda *Hohlfed*'in görüşüne iştirak edilmeli ve yenidoğan, kombine şekilde⁸⁴ sigorta himayesinden faydalandırılmalıdır⁸⁵.

Diğer bir ihtimal ise sözelimi; ana için ÖSS, baba içinse hastalık sigortası akdedilmiş olması durumudur. Bu takdirde kanaatimizce, TTK md. 1517'de sınırlama olmadığı için yenidoğanın her iki sigorta korumasından da faydalanması gerekmektedir. Ancak *Ünan*, yenidoğanın mevcut sigortaya dahil olmasının, esasında ÖSS için düzenlendiğini ve hastalık sigortası bakımından yaygınlaşmanın asıl amaç olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, ÖSS ve hastalık sigortalarının var olduğu durumlarda, yalnızca ÖSS'ne girişin esas olması gerekmektedir⁸⁶.

IX. Alman Hukukunda Asgari Sigortalılık Süresi

VVG § 198/III, tarafların, yenidoğanın, ebeveynin sigorta sözleşmesi kapsamına alınabilmesi için sigortacının, ebeveynlerin sigortasının belirli bir süre devam etmesini isteyebileceğini; ancak bu sürenin

⁷⁸ Sözelimi yalnız ana ya da yalnız baba için biri Hastalık diğeri Özel Sağlık olmak üzere birden çok sigortanın yaptırılmış olması yahut hem ana hem baba için Özel Sağlık Sigortası akdedilmiş olması ya da ana için Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesi, baba içinse Hastalık Sigortası Sözleşmesi akdedilmesi durumları örnek olarak verilebilir: *Ünan, Cilt III*, 448.

⁷⁹ Erich Prölss/Anton Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, (Beck: 1998), § 178d Rn. 4.

⁸⁰ Erich Prölss/Anton Martin: *Versicherungsvertragsgesetz*, (Beck: 2004), § 178d Rn 4.

⁸¹ Honsell/ Hohlfeld, § 178d Rn. 4; Prölss/Martin/Voit VVG § 198 Rn.7.

⁸² Langheid/Wandt/Hütt VVG § 198 Rn. 15; HK-VVG/Jens Rogler VVG § 198 Rn. 6.

⁸³ Sözelimi ana için 50.000 Türk lirası bedelli, baba için 30.000 Türk lirası bedelli Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesi varsa yenidoğan, ananın Özel Sağlık Sigortası korumasından faydalanmalıdır: *Ünan, Cilt III*, 449; Ayrıca yazarlar, ebeveynlere bir seçim hakkı verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Alman hukukunda genel görüşün bu olduğu yönünde: Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn. 16: Yazarlara göre bu hak yalnızca, onların mümkün olan en geniş sağlık sigortası koruması ile mali olarak aşırı yüklenmeden korunmak istemeleri arasındaki dengeyi sağlamak için gerekmede; daha geniş bir sigorta koruması daha yüksek primleri beraberinde getirmektedir. Yazarlara göre kanunun lafzı, ebeveynlerin seçim hakkı kullanmasını mümkün kılmaktadır, zira § 198'in 1. fıkrasının 1. cümlesinde, bir ebeveynin sigortasına dahil edilmek için yapılacak kaydın belirleyici olduğu belirtilmektedir

⁸⁴ Aksi yönde: Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn. 17: yazarlar bu imkânı "üzüm tanesi teorisi" olarak adlandırmakta ve böyle bir kombinasyonu mümkün olmadığını bunun Kanunun lafzından açıkça anlaşıldığını ifade etmektedir; aynı aksi yönde: HK-VVG/Jens Rogler VVG § 198 Rn 5-6.

⁸⁵ Kanaatimizce bu durum, ana ve babaya ayrı ayrı tanınan tedavi sayılarında da geçerli olmalıdır. Örneğin anaya, ayakta tedavi bakımından 10 adet hak tanınmış; babaya ise ayakta tedavi bakımından 5 hak tanınmış ise yenidoğan hem anasının 10 adet ayakta tedavi hakkından hem de babasının 5 adet ayakta tedavi hakkından faydalanabilmelidir.

⁸⁶ *Ünan, Cilt III*, 451.

üç ayı geçemeyeceğini hüküm altına almaktadır⁸⁷. Bu düzenlemeye göre bir yıllık bir sigorta içinde en fazla üç ay devam eden bir himaye söz konusu olacaktır⁸⁸. Anılan düzenlemeyle sigortacı, yenidoğan bakımından asgari düzeyde prim ödemesinin sağlanması amacına ulaşmış olmaktadır⁸⁹. Şayet sigortacı böyle bir şartın yerine getirilmesini istiyorsa, tarafların bu hususta anlaşması gerekmektedir⁹⁰.

Türk hukuku bakımından ise Kanunda sigortacıya böyle bir yetki tanınmamaktadır⁹¹. Kanaatimizce TTK md. 1520'nin TTK md. 1517'i emredici olarak düzenlemesinden hareketle tarafların, yenidoğanın ebeveyninin asgari olarak sigortalı olması gerektiği süre hususunda anlaşma yapamayacağını kabul edilmesi gerekmektedir. Böyle bir düzenlemenin varlığı durumunda düzenleme geçersiz sayılmalı sigorta ettirenleri korumak amacıyla TTK md. 1517 uygulanmalıdır.

X. Yenidoğan Bakımından Bekleme Süresi

ÖSS'nde bekleme süresi ifadesi, sigortacının sözleşmenin akdedilmesinden sonra kural olarak, sigortacının himaye sağlamayacağı belirli süreli riziko sınırlandırılmasını ifade etmektedir. Bu perspektifte sigortalının, sözleşmenin akdedilmesinde temel amacı olan himayeden yararlanma durumu gerçekleşmeyecektir. Bu süre dolduğunda ise sigortalı amaçladığı himayeye kavuşacaktır⁹². VVG § 198, yenidoğan bebeğin derhal sigorta sözleşmesinden faydalanması gayesini gütmekte; ancak TTK md. 1517 bu konuda sessiz kalmaktadır⁹³. Kanaatimizce mezkûr düzenlemenin anlamsız kalmaması adına doğum esnasında gerçekleşen tedavilerin mutlaka kapsam altına alınması ve yenidoğan açısından bekleme süresinin öngörülebilmesi gerekmektedir⁹⁴.

XI. Evlat Edinilen Küçüğün Sigorta Himayesine Dahil Olması

TTK md. 1517/II ve VVG § 198/II; evlat edinilme nedeninden bağımsız olarak⁹⁵ evlat edinilen küçüğün yenidoğan gibi sigorta teminatına dahil edileceğini belirtmektedir⁹⁶. Bu halde TMK md. 313, kapsamında erginlerin evlat edinilmesi durumu TTK md. 1517/II ve VVG § 198/II kapsamı dışında kalmaktadır. Zira erginlerin sigorta kapsamına girmesini gösterecek haklı bir sebep bulunmamaktadır⁹⁸. Ayrıca reşit bireylerin evlat edinilmesi, küçüklerin evlat edinilmesinden daha farklı saiklere

⁸⁷ Mülga VVG döneminde: Honsell/ Hohlfield, § 178d Rn. 12.

⁸⁸ Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn. 30; Prölss/Martin/Voit, VVG § 198 Rn. 15; Trittmacher, *Private Krankenversicherung*, 378; HK-VVG/Jens Rogler, VVG § 198 Rn. 10; Asgari sigorta süresinin kararlaştırılmasıyla sigorta sözleşmesi akdedilir akdedilmez, yenidoğan sigortaya dahil olamayacaktır. Örneğin sözleşmenin 01.01.2023 tarihinde akdedilmesi ve üç aylık asgari sigortalılık süresinin kararlaştırıldığı durumlarda yenidoğan, ancak 01.04.2023 tarihinden sonra sigorta sözleşmesine dahil olabilecektir.

⁸⁹ Brück/Möller/Brand VVG § 198 Rn. 30.

⁹⁰ Langheid/Rixecker/Muschner VVG § 198 Rn. 5; Honsell/ Hohlfield, § 178d Rn. 13.

⁹¹ Aynı yönde: Ünán, *Cilt III*, 455.

⁹² Spickhoff/Eichelberger, VVG § 197 Rn. 4; Langheid/Wandt/Hütt, VVG § 197 Rn. 1-3; Kayıhan, *ÖSS*, 267; Bozkurt, *Sigorta Hukuku*, 351; Günay, *Sigorta Hukuku*, 263; Demir, *Sigorta Hukuku*, 380.

⁹³ HK-VVG/Jens Rogler, VVG § 198 Rn. 7; Schoenfeldt, *Private Krankenversicherung*, 141; Ünán, *Cilt III*, 445.

⁹⁴ Ünán, *Cilt III*, 445; Öğretide Eriş, TTK md. 1517 hükmünün dolaylı olarak bekleme süresini engellediğini belirtmektedir; Eriş, *Sigorta Hukuku*, 1731; Öğretide Eriş, TTK md. 1517'de öngörülen ek primin alınmaması hususunun bekleme süresini de engellediğini belirtmektedir. Kanaatimizce yazarın görüşü tartışmaya açıktır. Bekleme süresinin var olmadığı hükmün lafzından değil *ratio legis*inden anlaşılmaktadır.

⁹⁵ Brück/Möller/Brand, VVG § 198 Rn. 20.

⁹⁶ Honsell/ Hohlfield, § 178d Rn. 6; Langheid/Rixecker/Muschner, VVG § 198 Rn. 3; HK-VVG/Jens Rogler, VVG § 198 Rn. 8; Veith/Grafe/Gebert, Rn. 30: ilgili yazarlar henüz reşit olmamış çocuğun evlat edinilmesi durumunun VVG § 198'in açık hükmü gereği doğum ile eş değer olduğunu belirtmektedir; Prölss/Martin/Voit, VVG § 198 Rn. 13: ilgili yazarlar, evlat edinme anında sigortacıya bildirimin zorunlu olmadığını belirtmektedir. Ayrıca yazarlar yenidoğan bakımından ortaya çıkan geçmişe etkili sigorta durumunun, evlat edinilen küçük bakımından da gündeme geleceğinin altını çizmekte; evlat edinilme anında hasta ya da tedaviye muhtaç olmasının sigorta teminatına dahil olmasını engellemeyeceğini belirtmektedirler.

⁹⁷ Demir, *Sigorta Hukuku*, 381; TTK md. 1517/II, evlat edinilen küçük bakımından yenidoğanın sigorta himayesine dahil olmasına ilişkin TTK md. 1517/I hükmünün uygulanacağını belirttiğinden dolayı yenidoğan bakımından yapılan açıklamalar, evlat edinilen küçük için de geçerli olacaktır; Honsell/ Hohlfield, § 178d Rn. 7; Alman Federal Mahkemesi BGH, Urteil vom 27. 9. 2000- IV ZR 115/99 (Hamm) kararında Down Sendromlu bir kızı evlat edinilmesi üzerine onun sigorta teminatına dahil olacağını ve sigortacının evlat edinme anındaki olan sigorta olaylarını dışlayamayacağı yönünde hüküm tesis etmiştir: VersR 2000, 1533; aynı yönde değerlendirme: Brück/Möller/Brand, VVG § 198 Rn. 22.

⁹⁸ Ünán, *Cilt III*, 455; HK-VVG/Jens Rogler, VVG § 198 Rn. 8; Brück/Möller/Brand, VVG § 198 Rn. 20.

dayanmaktadır. Reşit bireyler, kendileri için yeterli sağlık sigortası temin edebilmekte veya SGK'nın sunduğu imkanlara sahip olmaktadır. Bu çerçevede reşitlerin evlat edinilmesi, ÖSS bakımından himaye talebi için bir gerekçe oluşturmamaktadır. Bu çerçevede ergin bir kişinin mi yoksa ergin olmayan küçüğün mü sigorta himayesine dahil edilmesi durumunda uyumsuzluk çıkarsa mahkemenin evlatlık ilişkisini verdiği kararın tarihinin göz önüne alınması gerekmektedir⁹⁹.

VVG § 198/II uyarınca; sosyal politika nedeniyle¹⁰⁰ evlat edinilen küçüğün, sigorta himayesine dahil olmasının sigortacıya yüklenen zorunlu sigorta yükünü artırabileceğinden dolayı rizikonun gerçekleşme ihtimalinin fazla olduğu durumlarda sigortacının yükünü, ek prim isteme hakkıyla hafifletilmektedir¹⁰¹. Ancak Alman kanun koyucusu, bu ek primin sınırını çizmekte, evlat edinilen küçük bakımından; ancak ebeveynlerinden alınan prim miktarı kadar ek prim talep edilebilmesini hüküm altına almaktadır. Dolayısıyla toplamda da primin üst sınırı olarak iki katının alınabileceğini belirtmektedir¹⁰². Alman hukukunda *Hohlfeld*, evlat edinilen küçüğün, sigorta himayesine dahil edilmesi bakımından prim miktarının sigorta ettiren tarafından fazla bulunduğu ve ödemenin reddedildiği hallerde durumun ne olacağının belirsiz olduğunu ifade etmektedir. Yazar, taleple birlikte himayenin başlayacağı görüşünü benimseyerek; primin ödenmesini aramamakta, bu çerçevede sigortacının, dava yoluyla primi talep edeceğini, talep ettiği primin gerekliliğini ispatlayacağını; bu durumda ise prim miktarının, hizmet sözleşmelerinde ücreti belirlenmesini düzenleyen BGB§315'in kıyasen uygulanması yoluyla belirleneceğini ifade etmektedir¹⁰³.

Türk hukukunda ise VVG § 198/II benzeri bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁰⁴. Ancak yukarıda belirtildiği üzere; TTK md. 1517/I hükmünde yer alan “aksi kararlaştırılmadıkça” ibaresi, sigortacının ek prim talep edebileceği şeklinde yorumlandığından Türk hukuku açısından da evlat edinilen küçük bakımından da ek prim talep edilebileceği kabul edilmelidir.

⁹⁹ OLG Stuttgart 19.1.2007 NJW-RR 2007.

¹⁰⁰ Brück/Möller/Brand, VVG § 198 Rn. 20, yazarlar ayrıca Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) § 1754 hükmüne göre, evlat edinilen bir çocuk, evlat edinenin çocuğu olarak kanuni statü kazandığını; § 198 kapsamında evlat edinilen çocukların biyolojik çocuklarla eşit tutulması, aile hukukundaki kanuni değerlendirmeye uygun olduğunu ifade etmektedir; Honsell/Hohlfeld, § 178d Rn. 6: Yazarlar, küçüklerin evlat edinilmeleri ile sigorta teminatı kapsamına sokulma zorunluluğunun, bir dönem Alman Sigorta Hukuku öğretisinde ileri sürülen, sağlık sorunları olan çocuklar için sigorta koruması elde etmek için geçici evlat edinmelere yol açabileceği endişelerinin temelsiz olduğunu zira ebeveynlerin sırf özel bir çocuğa, sigorta koruması sağlamak için onu evlat edinmeyeceklerini belirtmektedir.

¹⁰¹ Prölss/Martin/Voit, VVG § 198 Rn. 14: yazarlar, evlat edinilen küçüğün ait olduğu yaş grubundaki kişilerin tipik sağlık durumları ile sigortacının risk tablolarına göre primi belirleyeceğini belirtmektedirler.

¹⁰² Honsell/Hohlfeld, § 178d Rn. 9; Yazarlar, rizikonun gerçekleşme olasılığının daha yüksek olacağı durumlara; evlat edinilmiş çocuk doğuştan gelen veya kalıtsal bir hastalık taşıması veya ciddi bir önceden var olan hastalık mevcut olması örneklerini vermektedir.; Langheid/Rixecker/Muschner, VVG § 198 Rn. 4; Veith/Grafe/Gebert, Rn. 30; Sözelimi ananın sigortalı olduğu özel sağlık sigortası sözleşmesinde prim miktarı, 1000 Türk lirası iken, evlat edinilen küçük bakımından da en fazla 1000 Türk Lirası istenebilecek böylece sigorta ettirenin edimi en fazla 2000 Türk lirası olabilecektir.

¹⁰³ Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere primin ödenmemesi bakımından görüşlerimiz farklı yönde olduğundan Hohlfeld'in görüşüne katılamamaktayız: Honsell/Hohlfeld, § 178d Rn. 10.

¹⁰⁴ Öğretide Ünan, TTK tasarısı döneminde yaptığı eleştirilerde evlat edinilen çocuk bakımından ek prim isteme hakkının getirilmesi gerektiğini belirtmekteydi: Samim Ünan: *Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukuku Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler*, *Sigorta Hukuku Dergisi* (2005), 194.

Bu başlık altında nihai olarak belirtmek gerekir ki evlat edinilen küçük bakımından da TTK md. 1517/I uygulanmalı ve TMK md. 315/I gereği mahkeme kararının verilmesiyle kurulan evlatlık ilişkisinden itibaren iki aylık süre içinde sigortacıya bildirimde bulunulması gerekmektedir¹⁰⁵¹⁰⁶¹⁰⁷.

XII. Avusturya Hukukunda Yenidoğanın ve Evlat Edinilen Küçüğün Sigorta Himayesine Dahil Olması

Avusturya Hukukunda sigortacı, Alman hukukunda olduğu gibi, yenidoğanı sigorta himayesine dahil etmek zorundadır. (*Österreich/Avusturya VVG §178e*) Bu durumun şartını ise sigortalının ebeveynlerinden birinin ÖSS yaptırmış olması ve aynı zamanda yenidoğanın, sigorta himayesine dahil edilmesi doğumdan sonra Alman ve Türk hukukunda olduğu gibi en geç iki ay içinde sigortacıdan ya da acentesinden talep etmesi oluşturmaktadır. Bu çerçevede sigorta koruması, Türk ve Alman hukukundaki baskın görüş ve düzenlemeler uyarınca sigortalı ebeveynin koruma kapsamı ile aynı olmaktadır. *Hohlfeld*, Avusturya Hukukunda sigortacının, yenidoğanın rizikonun gerçekleşmesi bakımından risk teşkil ettiği durumlarda, *-sözgelimi doğuştan gelen bir hastalık veya kalıtsal bir hastalık mevcutsa-* makul bir prim ek ücreti talep edebileceğini ifade etmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Alman hukukundan farklı olarak evlat edinilmiş küçükler bakımından sigortacının, *Österreich/Avusturya VVG §178e* uyarınca bu kişileri sigorta himayesi kapsamına dahil etme zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁰⁸.

Sonuç

Sigortalının, hastalık veya sağlık alanındaki korunmaya değer menfaatleri Özel Sağlık Sigortası ile güvence altına alınmakta ve tedaviye ilişkin harcamaları, sigorta süresi içinde gerçekleşmesi koşuluyla poliçede gösterilen limitler dahilinde sigortacı tarafından karşılanmaktadır. Mezkûr sigorta sözleşmeleri tedavi giderlerini karşıladığında zarar sigortası hükümlerine tabi olmakta poliçede yazılan bedelin ödenmesi halinde ise meblağ sigortası hükümleri uygulandığından karma nitelikli bir yapıya sahiptir.

Kanun koyucu 6762 sayılı mülga TK'nda var olmayan yenidoğanın ya da evlat edinilen küçüğün sigorta himayesine dahil olabileceğine ilişkin hükmü mehz VVG § 198'den dil ve anlam itibariye değiştirerek 6102 sayılı TTK'na almıştır. Mezkûr madde, yenidoğanın ya da evlat edinilen küçüğün doğumdan ya da evlat edinme tarihinden itibaren iki aylık süre içerisinde yapılacak olan bildirimle sigorta teminatına dahil olacağını düzenlemektedir. Kanaatimizce burada yapılan bildirim yenilik doğuran bir hakkın kullanımıdır ve hakka sıkı sıkıya bağlıdır. Bu nedenle bildirimi ancak sigorta ettiren yapabilmelidir. Bildirimin yapılmasıyla sigorta himayesine dahil olunması geçmişe etkili olarak düzenlenmiş olduğundan, sigortacının kabulüne gerek kalmadan yenidoğan ya da evlat edinilen küçük, bildirim tarihinden değil doğum ya da evlat edinme tarihinden itibaren himayeden faydalanacaktır. Ayrıca TTK md. 1520 gereğince TTK md. 1517 hükmü gereğince kısmi emredici olarak düzenlendiğinden hüküm içerisinde yer alan “aksi kararlaştırılmadıkça” ibaresi yenidoğanın sigorta himayesine dahil olduğu durumlarda sigortacının ek prim isteyebileceği şeklinde kabul edilmelidir. Böylece sigorta sözleşmelerinde kural olan sabit prim ilkesinin istisnası gündeme gelecek ve yenidoğanın sigorta

¹⁰⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, 336; Langheid/Wandt/Hütt, VVG § 198 Rn. 18; HK-VVG/Jens Rogler VVG § 198 Rn. 8; Brück/Möller/Brand, VVG § 198 Rn. 20: Alman hukukunda da sigorta kapsamının başlangıcı ve iki aylık sürenin işlemesi açısından belirleyici olan tarih, evlat edinmenin hukuken geçerli hale geldiği gündür olduğu belirtilmekte; evlat edinme işleminin, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) § 1751/I hükmüne göre, mahkememim kabul kararının tebliği ile geçerlilik kazandığı ifade edilmektedir.

¹⁰⁶ TMK md. 306/III uyarınca eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesi durumunun ele alınması gerekmektedir. Kanaatimizce bu durumda evlat edinilen küçük, yalnızca evlat edinmenin özel sağlık sigortası Sözleşmesine dahil olabilmelidir. Zira başlangıçta kendi ebeveynin özel sağlık sigortasına taraf olma hakkı bulunmamaktadır. Evlat edinilmesi halinde kendi ebeveyni bakımından evlat edinme olgusu gerçekleşmediğinden TTK md. 1517/II'de aranan şart gerçekleşmemiş olacaktır; Brück/Möller/Brand, VVG § 198 Rn. 21.

¹⁰⁷ Sözlü yargılamada, açıklanan kısa karar çoğunlukla gerekçeyi ihtiva etmemektedir. Bu durum ise hükmün bütün unsurlarıyla yazılmasının zorluğunun dikkate alınmasından kaynaklanmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) md. 294, bu durumu ele almaktadır: Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, (4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 589. Bu durumda evlat edinme kararının tefhiminden sonra iki aylık sürenin başlaması gerekmektedir.

¹⁰⁸ Honsell/ Hohlfeld, § 178d Rn. 16.

himayesine dahil olması ile sözleşmenin başlangıcında kararlaştırılan prim, sözleşme süresi içerisinde değişmiş olacaktır.

Çalışmada sigorta ettiren bakımından prim borcunun ne zaman muaccel olacağı ve sigortacının sorumluluğunun ne zaman doğacağı da ayrıca incelenmiş, geçmişe etkili himaye bakımından sigortacının sorumluluğunun ek primin ödenmesine gerek olmadan bildirimle başlayacağı sonucuna varılmıştır. Bildirim tarihinden itibaren sağlanacak himaye bakımından ise sigorta ettirenin zeyilnameyi aldıktan sonra muaccel olan ek prim ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine ebeveynler için birden çok Özel Sağlık Sigortasının var olması durumunda himayenin nasıl belirleneceği Alman hukukunda var olan görüşler ışığında değerlendirilmiş ve esas olanın yenidoğanın ya da evlat edinilen küçüğün, ana ve baba için yaptırılan Özel Sağlık Sigortası Sözleşmelerinden teminatı daha fazla olana dahil olması gerektiği sonucuna varılmıştır. Şayet teminat kapsamı farklıysa bu takdirde kombine şekilde himaye sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Nihai olarak Alman hukukundan yola çıkılarak TTK md. 1517 bakımından asgari sigortalılık ve bekleme sürelerinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı incelenmiş; TTK md. 1520'nin TTK md. 1517'yi kısmi emredici olarak düzenlemesinden hareketle Türk hukuku bakımından yenidoğanın ya da evlat edinilen küçüğün sigorta himayesine dahil olabilmesi için asgari sigortalılık ya da bekleme süresi kararlaştırılmayacağı sonucuna varılmıştır.

Kaynakça

- Alaçam Kırtay, Bade. *Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Aral, İrem. "Türk Hukuku ve Avrupa Birliği Direktifleri Uyarınca Hayat Dışı Sigorta Şirketlerinin Kurulma ve Faaliyete Geçme Aşamasında Denetimi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 14/3 (2008), 55-112.
- Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2021.
- Atamer, Kerim. "Geçmişe Etkili Sigorta", *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan*, ed. İsmail Kırca, 223-243, İstanbul: Onikilevha Yayınevi, 2019.
- Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet. *Sigorta Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 6. Baskı, 2023.
- Ayli, Ali. *Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu*. İstanbul: Vedat Kitapevi, 2003.
- Bach Peter/Mosen, Hans/ Weidensteiner, Josef. *Private Krankenversicherung*. München: CH Beck, 6. Baskı, 2023.
- Bergmann, Karl/ Pauge, Otto/ Steinmeyer, Burkhard / Dietrich Heinz, Von Koppenfels-Sples Katharina. *Gesamtes Medizinrecht*. Nomos, 4. Baskı, 2024.
- Bergschneider, Ludwig. *Beck'sches Formularbuch Familienrecht*, München: CH BECK, 6. Baskı, 2022.
- Brück, Ernst/ Möller, Hans/ Brand, Oliver. *Versicherungsvertragsgesetz, (Krankenversicherung)*. Berlin: De Gruyter, 9. Baskı, 2020.
- Bozer, Ali. *Sigorta Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965.
- Bozkurt, Tamer. *Sigorta Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 13. Baskı, 2022.
- Can, Mertol. *Türk Özel Sigorta Hukuku*. Cilt I. Ankara: Adalet Yayınları, 2018.
- Çapa, Sadık. "Geçmişe Etkili Sigorta". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/3 (2018), 341-362.
- Çeker, Mustafa. *Sigorta Hukuku*, Adana: Karahan Kitapevi, 19. Baskı, 2018.
- Çiftçi, Tuğba. *Grup Sigortası Kavramı ve Tabi Olduğu Hukuki Esaslar*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2016
- Demir, İsmail. *Sigorta Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Demirbaş, Harun. *Yenilik Doğuran Haklar*. İstanbul: Vedat Kitapevi, 2007.
- Deutsch, Erwin. *Das neue Versicherungsvertragsrecht: Mit dem Text des VVG 2008- Ein Grundriss*, VVW GmbH, 2007.
- Deutsch, Erwin/ Iversen, Thore. *Versicherungsvertragsrecht*. VVW GmbH, 2015.
- Dolar, Neyzen Fehmi. *Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2019.
- Er, Sefa. *Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü*. Ankara: Adalet Yayınları, 2023.
- Eriş, Gönen. *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku*. Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Eroğlu, Sevilay. *Hastalık Sigortasının Kurulmasında İhbar Külfeti*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2005.

- Grote, Joachim/ Finkel, Bastian. "Rechtsprechungsübersicht zum Versicherungsvertragsrecht im ersten Halbjahr". *Neue Juristische Wochenschrift* 32 (2024), 2311-2316.
- Günay, Barış. *Sigorta Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 4. Baskı, 2022.
- Honsell, Heinrich. *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, Springer, 1999.
- Kara, Hacı. *Sigorta Hukuku*, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2. Baskı, 2021.
- Karaarslan, Tekincan Akif. *Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2024.
- Kaya, Arslan. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik*. İstanbul: Beta Yayınları, 2. Baskı, 2016.
- Kayıhan, Şaban. "Hastalık ve Sağlık Sigortası". *Regesta Hukuk Dergisi* 5/2 (2020), 255-282.
- Kender, Rayegan. *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 17. Baskı, 2021.
- Langheid, Teo/ Wandt, Manfred. *Münchener Kommentar Versicherungsvertragsgesetz*. München: CH BECK, 2. Baskı, 2017.
- Langheid, Teo/Rixecker. *Versicherungsvertragsgesetz*. München: CH BECK, 7. Baskı, 2022.
- Memiş, Tekin. *Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2016.
- Omağ, Merih Kemal. "Özel Sigorta Hukukunda Sigortalıların Korunması/Himayesi". *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/2, (2016), 555-576.
- Orhaner, Emine. *Sigortacılık*, Ankara: Siyasal Kitapevi, 2014.
- Prölss, Erich/ Martin, Anton. *Beck’sche Kurz Kommentare Versicherungsvertragsgesetz, VVG*. München: CH BECK, 31. Baskı, 2021.
- Prölss, Erich/ Martin, Anton. *Beck’sche Kurz Kommentare Versicherungsvertragsgesetz, VVG*. München: CH BECK, 26. Baskı, 1998.
- Prölss, Erich/ Martin, Anton. *Beck’sche Kurz Kommentare Versicherungsvertragsgesetz, VVG*. München: CH BECK, 26. Baskı, 2004.
- SPICKHOFF, Andreas. *Medizinrecht*. München CH Beck, 4. Baskı, 2014.
- Rüffer, Wilfried/ Halbach, Dirk. *Versicherungsvertragsgesetz, Nomos*: 4. Baskı, 2020. (HK VVG).
- Sayhan, İsmet. *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.
- Schmidt, Otto. "Private Krankenversicherung: Kindernachversicherung bei Zeugung durch Leihmutterschaft". *Monatsschrift für Deutsches Recht* 15 (2019), 940-941.
- Schoenfeldt, Christian. "Reform der Privaten Krankenversicherung insbesondere Reformfragen der Alterungsrückstellung und der künftigen Produktgestaltung". *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft* 91 (2002), 137-154.
- Şeker, Muhammed. *Sağlık Sigortasında Teminatın Kapsamı*, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2024.
- Şeker, Zehra. "Sigorta Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Üzerine" *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul: Beta Yayınları, 2000, 1043-1061.
- Sodan, Helge. *Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007*, Berlin: Duncker Humblot, 2. Baskı, 2010.

- Süzel, Cüneyt. “Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesinin Hukuku Niteliği, Tarafları ve Ömür Boyu Yenileme Garantisi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24/2 (2018), 931-965.
- Şenocak, Kemal. “Hayatı Sigorta Edilecek Kişi (Riziko Şahsı) (TTK md. 1490)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28/4 (2012) 47-82.
- Şirin, Melih. *Özel Sağlık Sigortası*, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2022.
- Taşkın, Melda. *Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi*, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019.
- Trittmacher, Jens. “Pflegetagegeld für ein Behindertes Kind”. *Verbraucher u. Recht* 10 (2023), 378-379.
- Uluğ Cicim, İlknur. “Covid-19’un Özel Sağlık Sigortaları ve Tamamlayıcı Sağlık Sigortalarına Etkisi”, 2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar, ed. Sezer Ilgın/Bülent Sözer, 185-201, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017. (Covid-19).
- Uluğ Cicim, İlknur. “Özel Sağlık Sigortası Sözleşmelerinde Birden Çok Sigorta”, Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar – Sorumluluk ve Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu, ed. Serap Amasya, 207-235, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020. (Birden Çok).
- Ünan, Samim. “Türk Ticaret Kanunu Taslağı’nın Sigorta Hukuku Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler”. *Sigorta Hukuku Dergisi* (2005), 109-196. (Tasarı)
- Ünan, Samim. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi VI. Kitap Sigorta Hukuku Cilt I*, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2016 (Cilt I).
- Ünan, Samim. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi VI. Kitap Sigorta Hukuku Cilt III*, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2017 (Cilt III).
- Veith, Jürgen/ Grafe, Jürgen/ Gebert, Yvonne. *Der Versicherungsprozess*. Nomos, 4. Baskı, 2020.
- Yazıcıoğlu, Emine. “Sigortacının Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü” *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018, 391-423.
- Yazıcıoğlu, Emine/ Şeker Öğüz, Zehra. *Sigorta Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 5. Baskı, 2021.
- Yetiş Şamlı, Kübra. “Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m. 1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22/3 (2016), 2977-3004.
- Yolal, Oğuz. *Geçmiş Etkili Sigorta*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- VVG 30 Mayıs 2024 Ara Komisyon Raporu<<https://www.jura.uni-hamburg.de/media/einrichtungen/sem-versicherungsrecht/gesetzesaenderungen/zwischenbericht-der-vvg-kommission-2002-05-30.pdf>> (18 Eylül 2024)

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

Uluslararası Yatırım Tahkiminde Dava Hakkının Kötüye Kullanılması ve Cascade v Türkiye ICSID Kararının Değerlendirilmesi

Abuse of Process in International Investment Arbitration and Evaluation of Cascade v Türkiye ICSID Award

Ahmet Dülger^{ID}

İstanbul Medeniyet Üniversitesi,
İstanbul, Türkiye,
ahmetdulger3@gmail.com,
ror.org/05j1qpr59



Öz: Uluslararası yatırım tahkimi genellikle devletler arasında yapılmış yatırımların teşviki ve korunması anlaşmalarının (YKTK) kabul ettiği usulde yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında gerçekleşir. Bu davalar ad hoc olabileceği gibi ICSID, PCA gibi kurumsal tahkim merkezleri nezdinde de görülebilir. YKTK anlaşmalarının gerektirdiği şartları sağlamayan yatırım ve yatırımcılar bu anlaşmalardaki esas ve usule dair yabancı yatırımın korunmasına dair hükümlerden faydalanamazlar. Ancak, yerli bir yatırımcının yalnızca YKTK anlaşmalarındaki uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmak amacıyla görünüşte bir yabancı yatırımcı olduğu ve uluslararası yatırım yaptığı izlenimi oluşturması mümkündür. Yerli yatırımdaki hisselerin muvazaalı olarak yabancı kişilere devredilmesi, gerçek bir yatırım maksadıyla yapılmayan ev sahibi ülkeye yönelik para transferleri gibi birçok yöntemle bu izlenim oluşturulabilir. Ancak bunun uluslararası yatırım tahkiminde dava hakkının kötüye kullanılması teşkil etmesi nedeniyle hakemlerin yetkisinin doğması engellenebilir. Böylece, YKTK Anlaşmaları ve ICSID Konvansiyonu gibi anlaşmalarla kendisine koruma sağlanması amaçlanmayan yatırımların uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanması engellenmiş olabilir. Dava hakkının kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu davalardan biri olarak Cascade v Türkiye ICSID davasında Hakem Heyeti Davacının gerçek bir yabancı yatırımcı olmadığından bahisle dava hakkının kötüye kullanılması tespitinde bulunarak davayı yetki yönünden reddetmiştir. Yerli yatırımcının kendisine yönelik bir devlet müdahalesini öngörebilecek durumda olmasının akabinde Cascade'ın yatırımı devralması ve Türkiye'de yatırım teşkil edecek işlemler yapmasının ICSID tahkimine yönelik hakemlere geçerli bir yetki vermediği kabul edilmiştir. Dava hakkının kötüye kullanılmasının yalnızca yeniden yapılandırma hallerinde değil, şirket hisselerini devralma halinde dahi söz konusu olabileceği kararda belirtilmiştir. Makalemizde Cascade v Türkiye kararı dahil birçok uluslararası yatırım tahkimi kararı incelenerek dava hakkının kötüye kullanılması bağlamında öngörülebilirlik dahil meselelerin unsurları değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yatırım, Tahkim, ICSID, Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması

Geliş Tarihi/Received: 02.11.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 15.01.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online: 07.02.2025

Abstract: International investment arbitration usually takes place between the foreign investor and the host state, according to the BITs. These cases may be ad hoc or before arbitration centers such as ICSID, PCA. Investors who do not meet the requirements of the BITs cannot benefit from the foreign investment protection provisions. It is possible for a domestic investor to create the appearance of the existence of an international investment for the sole purpose of benefiting from BITs and ICSID. Since this constitutes an abuse of process in international investment arbitration, the jurisdiction of the arbitrators may be declined. Investments that are not intended to be protected by the BITs and the ICSID Convention may be prevented from benefiting from these agreements. In Cascade v. Türkiye ICSID case, the Arbitral Tribunal dismissed the case on jurisdictional grounds, finding that the Claimant was not a genuine foreign investor. It was held that the fact that Cascade took over the investment and carried out transactions that may constitute an investment in Türkiye after the domestic investor was in a position to foresee a state intervention against it did not fulfill the jurisdiction requirements for ICSID arbitration. It is stated in the decision that the abuse of process may be in question not only in cases of restructuring, but also in cases of acquisition. This article analyzes many international investment arbitration decisions, including the Cascade decision, and evaluates the elements of the issues, including foreseeability, in the context of abuse of process.

Keywords: Investment, Arbitration, ICSID, Abuse of Process, Bilateral Investment Treaty

Extended Abstract

The subject of this Article is the abuse of process in international investment arbitration and its features which are evaluated by the legal academia as well as investment tribunals. The decision in *Cascade v the Republic of Türkiye* arbitration case, which involves many issues related to the abuse of process, reveals many of these features. The concept of “abuse of process” occurs when a local investor tries to restructure their investment as an international one in order to utilize Bilateral Investment Treaty (BIT) and/or International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) arbitration processes to combat intervention by the host state into the investment. In order to prevent such actions from circumventing the law, the abuse of process doctrine allows for declining jurisdiction in international investment arbitration cases.

Cascade Investments NV (“*Cascade*”), a Belgian company, filed a claim against the Republic of Türkiye before ICSID in 2018. The Arbitral Tribunal in this case issued its award on September 20, 2021. The importance of this case lies in the fact that it is the first case brought against Türkiye in terms of investments in the press sector, and that it also contains important findings in terms of the genuineness of international investment in the context of abuse of process.

Cascade, claiming to have international investments in the media sector in Türkiye, claimed EUR 126,060,000, excluding interest, based on Türkiye’s BIT with Belgium and Luxembourg. It alleged that Türkiye had breached the terms of BIT. *Cascade*’s shareholding in the Turkish companies, CMD and Feza, formed the basis of its claims as a foreign investor. In response, the Arbitral Tribunal rejected *Cascade*’s claims on the grounds that it lacked jurisdiction over the dispute. The decision was made because *Cascade*’s investments were not genuine foreign investments. Even though CMD and/or *Cascade* did not actually foresee the dispute with the Turkish state, it was objectively foreseeable. As a result, the Claimant’s case was considered to be done only for protection under the BIT and, thus, an abuse of process.

This Article critically analyzes the methodology and reasoning used by the arbitral tribunals, including the Arbitral Tribunal in *Cascade* case, within the framework of abuse of process in international investment arbitration. The fact that the main remarkable feature of the *Cascade* award is the abuse of process is the reason for our focus on this award. Various aspects of the cases on jurisdiction are also presented. However, other aspects of jurisdiction will be addressed only to the extent of their relevance to abuse of process. The substantive aspects of the cases are addressed only to the extent that they are relevant.

The main question we seek to answer is what conditions must be met for an investment to benefit from BIT protection without constituting an abuse of process. The provisions in BITs defining investment and investor are important in this context. For a genuine foreign investment to exist, the commercial transaction must be examined in terms of person and time. Thus, it is ensured that the principle of abuse of rights (*bona fide*) is taken into account while examining the compliance of the investment with the BIT.

In the first section, the background of the *Cascade* case and the decision will be summarized. Some of the transactions that took place in the case and the claims and defenses of the parties will be examined in this section within the framework of their relevance to our subject matter. In addition, the issues evaluated in this Article within the scope of abuse of process will also be indicated. In the second section, as the first of these issues, what constitutes an investment within the framework of the doctrine of abuse of process will be evaluated. This section will examine the characteristics of an investment protected by international treaties and how they are addressed in international investment arbitration jurisprudence. The timing of the investment and the state intervention under the doctrine of abuse of process will be analyzed in the third and fourth sections. In these sections, it will be analyzed how the

situation where the intervention has already commenced and the situation where it has not yet commenced but is foreseeable affects the abuse of process. The fourth section will also examine what, and to what extent, the investor should be expected to foresee the intervention by the state it seeks to avoid. The Arbitral Tribunal's decision in Cascade and its assessment of jurisdiction and, in particular, the abuse of process will be set out in each section. The assessments made by arbitral tribunals in other cases in international investment arbitration on each issue will also be analyzed throughout the Article.

Giriş

Uluslararası yatırım tahkimi bakımından dava hakkının kötüye kullanılmasının¹ hakemlerin yetkisiyle ilişkisi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Hakem heyetlerinin yetkisine etkisi bulunan dava hakkının kötüye kullanılması ve bununla ilgili birçok meseleyi içeren Cascade v Türkiye Cumhuriyeti² ICSID davası da çalışmamızın temelinde yer almaktadır.

Belçika tabiiyetindeki bir şirket olan Cascade Investments NV ("Cascade") tarafından Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı 2018 yılında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Uluslararası Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes / "ICSID") nezdinde açılmış olan bu davada Hakem Heyeti 20 Eylül 2021 tarihinde kararını açıklamıştır. Bu davanın önemi basın sektörünü ilgilendiren yatırımlar açısından Türkiye'ye karşı açılmış ilk dava olmasının yanında dava hakkının kötüye kullanılması bağlamında uluslararası yatırımın gerçekliği bakımından temel kriterler içeren saptamalar içermesindedir.

Basın sektöründe iştigal eden yatırımları olduğu iddiasında bulunan Cascade, faiz hariç 126,060,000 Euro talep ettiği davasında Türkiye'nin Belçika ve Lüksemburg ile yaptığı iki taraflı yatırım anlaşmasına³ (Bilateral Investment Treaty / "BIT" veya "YKTK Anlaşması") dayanarak Türkiye'nin bu anlaşmadaki hükümleri ihlal ettiğini iddia etmiştir.⁴ Cascade'ın Türkiye tabiiyetindeki Cihan Medya Dağıtım A.Ş. ("CMD") ve Feza Gazetecilik A.Ş.'de ("Feza") hissedar olması yabancı yatırımcı olarak iddialarının temelini oluşturmaktadır. Buna karşılık, Hakem Heyeti, Cascade'ın davaya konu taleplerini söz konusu uyuşmazlık bakımından yetkili olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Cascade'ın dava hakkını kötüye kullanması bunun nedeni olarak belirtilmiştir. Cascade'ın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil eden işlemleri, CMD ve Feza dahil yerli yatırımcıların Türkiye Cumhuriyeti Devleti ("Devlet") ile aralarındaki uyuşmazlıkla bağlantılıdır. Bu uyuşmazlık neticesinde yerli yatırımların yabancı yatırım görünümüne sokulması amaçlanmıştır. Böylece, YKTK Anlaşması ve Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme⁵ (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States / "ICSID Konvansiyonu") korumasından faydalanılabilecektir. Bu da hakem heyetinin dava hakkının kötüye kullanılması nedeniyle yetkisizlik kararı vermesine neden olmuştur.

Çalışmamız uluslararası yatırım tahkiminde dava hakkının kötüye kullanılması çerçevesinde özel olarak Cascade v Türkiye kararında Hakem Heyeti'nin bu sonuca ulaşırken kullandığı metodolojiyi ve gerekçeyi

¹ "Dava hakkının kötüye kullanılması" olarak ifade ettiğimiz durum İngilizce'de genelde "abuse of process" olarak belirtilmektedir. "Sürecin kötüye kullanılması", "suistimal" veya "istismar" ifadeleri de alternatif olarak düşünülebilir. Fakat, uluslararası yatırım tahkiminin sağladığı dava hakkına aslında sahip olmaması gereken kişilerce kötü niyetli olarak gerçekleştirilen işlemler neticesinde açılan davaların "dava hakkının kötüye kullanılması" ifadesiyle en doğru şekilde ifade edilebiliyor olması bu ifadeyi seçmemizde etkili olmuştur. Doktrinde benzer durumlar için "tahkim yargılama usulünün suiistimali" ifadesi de kullanılmaktadır. Bunun için bkz. Ekin Deniz İlhan, *Yatırım Uyuşmazlıklarında Temel Sorunların Çözümü: Uluslararası Yatırım Mahkemesi ve Diğer Seçenekler*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024), 28.

² Cascade Investments NV v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/18/4, Karar, 20 Eylül 2021 ("Cascade v Türkiye").

³ 27 Ağustos 1986 imzalanarak 4 Mayıs 1990'da yürürlüğe giren bu Anlaşmanın tam adı Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği ile Türkiye Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'dır. RG 20.04.1989/20145.

⁴ Cascade v Türkiye, para. 166.

⁵ ICSID Konvansiyonu Türkiye bakımından 02.04.1989'da yürürlüğe girmiş bir uluslararası anlaşmadır. Bkz. RG 20.04.1988/19791.

eleştirel bir şekilde analiz etmekte, yetkiye dair davanın çeşitli yönlerini ortaya koymaktadır. Davanın esasa dair yönlerine ise yalnızca konumuz ile ilgileri nispetinde değinilmiştir.

Cevabını aradığımız temel soru yabancı yatırımın YKTK Anlaşması korumasından yararlanabilmesi için hakem heyetinin yetkisi bakımından, dava hakkının kötüye kullanılması teşkil etmeden, hangi şartları sağlaması gerektiğidir. YKTK Anlaşmalarındaki yatırım ve yatırımcıyı tanımlayan hükümler bu kapsamda önem arz eder. Gerçek bir yabancı yatırımın var olması için ticari işlemin kişi ve zaman yönünden incelenmesi gerekir. Böylece yatırımın YKTK Anlaşması ile uyumluluğu incelenirken hakkın kötüye kullanılması ilkesinin (bona fide)⁶ dikkate alınması sağlanmış olur.

Çalışmamızda hem diğer uluslararası yatırım tahkimi davalarındaki hakem heyetlerinin hem de Cascade v Türkiye davasındaki hakem heyetinin kendi yetkilerine yönelik dava hakkının kötüye kullanılması kapsamında verdikleri kararlar açıklanacaktır. Yetkinin dava hakkının kötüye kullanılması dışındaki diğer hususlarına yalnızca konumuz ile ilgileri nispetinde değinilecektir. Cascade v Türkiye kararının asıl içeriğinin ve hakem heyetinin yetki açısından vardığı sonucun temel dayanağının dava hakkının kötüye kullanılması olması bu hususa odaklanmamızın sebebi olup yetki incelememiz açısından yeterli bir değerlendirmeyi sunmamıza olanak sağlamıştır.

İlk bölümde, kavram olarak dava hakkının kötüye kullanılmasının genel özellikleri ve bu kavramın hakem heyetlerinin yetkisi ile olan ilişkisi değerlendirilmiştir. Genel olarak Cascade v Türkiye kararına konu olayın geçmişi ve karar da özetlenecektir. Davada gerçekleşen bazı işlemler ile tarafların iddia ve savunmaları konumuzla ilgileri çerçevesinde bu bölümde incelenecektir. Ayrıca, dava hakkının kötüye kullanılması kapsamında çalışmamızda değerlendirilen meseleler de belirtilecektir. İkinci bölümde dava hakkının kötüye kullanımı teşkil eden yatırım işlemlerinin özellikleri incelenmiştir. Bu özelliklerden ilki olarak dava hakkının kötüye kullanılması doktrini çerçevesinde yatırımın neler olduğu değerlendirilecektir. Uluslararası anlaşmalar tarafından korunan bir yatırımın özellikleri ve bunun uluslararası yatırım tahkimi içtihatlarında nasıl ele alındığı incelenecektir. Dava hakkının kötüye kullanılması doktrininde yatırımın ve devletin müdahalesinin zamanı bakımından değerlendirmeler ise üçüncü ve dördüncü özelliklerin incelendiği başlıklar altında yapılacaktır. Yatırıma müdahalenin halihazırda başlamış olduğu hal ile henüz başlamadığı fakat öngörülebilir olduğu halin dava hakkının kötüye kullanılması bakımından nasıl bir etki yaptığı burada değerlendirilecektir. Ayrıca, yatırımcının kaçınmaya çalıştığı devletin müdahalesiyle ilgili neyi, ne kadar öngörmesinin bekleneceği de incelenecektir. ICSID hakem heyetinin Cascade v Türkiye davasında verdiği kararın yetki ve özellikle tahkim davasının kötüye kullanılması hakkındaki değerlendirmeleri her bir bölümde ortaya konulacaktır. Uluslararası yatırım tahkimindeki diğer davalarda hakem heyetleri tarafından her bir konuda yapılan değerlendirmeler de çalışmamızın tamamında incelenecektir.

I. Kavram Olarak Dava Hakkının Kötüye Kullanılması ve Yetki ile İlişkisi

A. Genel olarak

ICSID nezdinde açılan uluslararası yatırım tahkimi davalarında hakem heyetlerinin yargılamayı gerçekleştirip geçerli bir nihai karar verebilmesi için hem ICSID Konvansiyonu'nun hem de yargılamaya konu anlaşmaların yetkiye dair hükümlerinin şartlarının sağlanmış olması gerekir.⁷ Dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin incelenebilmesi için bu şartlara genel olarak değinmekte fayda vardır.

⁶ Emmanuel Gaillard, "Abuse of Process in International Arbitration", *ICSID Review* (2017), 19; Julien Fouret vd. *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019), 126; İsmail Emrah Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği* (Kayseri: Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2020), 226.

⁷ Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 200; Miray Azaklı Köse– Melis Avşar, "Ata v Jordan Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler", *Public and Private International Law Bulletin* 41/2 (2021), 616; Mate Khvedelidze, "Criteria for Determining the Affiliation of a Foreign Investor to a Particular State in an Investment Arbitration Dispute", *Alternative Dispute Resolution Yearbook* 12/1 (2023), 102.

ICSID tahkimi nezdindeki davalarda hakem heyetlerinin geçerli olarak yetkiye sahip olabilmesi için çeşitli şartların sağlanması olması gerekir. Bu şartlar ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde belirtilmiştir:

“Merkezin yargı yetkisi, bir Âkit Devlet (veya bir Âkit Devletin Merkeze bildirilen herhangi bir organı veya kurumu) ile diğer bir Âkit Devletin vatandaşı arasında doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan ve uyuşmazlığın taraflarının Merkeze getirilmesine yazılı olarak rıza gösterdiği her türlü hukuki uyuşmazlığı kapsar.”

ICSID'in yargı yetkisi, ICSID Konvansiyonu'na taraf bir devlet ile yine buna taraf olan başka bir devletin vatandaşı arasında hukuki nitelikte bir yatırım uyuşmazlığı olmasını gerektirir.⁸ Buna ek olarak, uyuşmazlığın iki tarafının (ev sahibi devlet ve yatırımcı) ICSID'in yargı yetkisine rıza göstermiş olması gerekmektedir.⁹

“Diğer bir Âkit Devletin vatandaşı” ifadesi ise aynı maddenin 2. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre, ICSID nezdindeki davada hakem heyetinin bir yatırım uyuşmazlığını yargılama konusunda yetkiye sahip olabilmesi için yatırımcının ev sahibi devlet dışında bir devletin vatandaşı olması gerekir. Yatırımcının vatandaşı olduğu bu devletin ICSID Konvansiyonu'na taraf olan bir devlet olması da şarttır. Yatırımcının bu vatandaşlığının hem uyuşmazlığın taraflarının ICSID tahkimine rıza gösterdiği tarihte hem de tahkim talebinin kaydedildiği tarihte geçerli olarak var olması gerekmektedir.

ICSID nezdindeki tahkim davalarında hakem heyetlerinin yetkisi yalnızca yabancı yatırımcıların ev sahibi devletlere karşı taleplerini içeren yatırım uyuşmazlıkları ile sınırlıdır. Yatırım kavramı bu denli önemli olmasına rağmen ICSID Konvansiyonu'nda yatırım tanımı yapılmamıştır.¹⁰ Bu nedenle birçok ICSID tahkimi davasında hakem heyetleri çeşitli görüşler çerçevesinde yatırımın tanımına yönelik değerlendirmeler yapmış ve kararlarını oluşturmuşlardır.¹¹ Özet olarak, bir yatırımın, riske maruz kalarak bir süre için para veya diğer varlıklar şeklinde ev sahibi devletin kalkınmasına yardımcı olmayı

⁸ Ilias Bantekas, *An Introduction to International Arbitration* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 284-285; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (İstanbul: Beta Yayınları, 7. Basım, 2019), 580-581; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 881; Bilgin Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2003), 148-149; Rifat Erten, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005), 205; Banu Şit Köşgeroğlu, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 48-49; Işıl Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 20; Miray Azaklı Köse, *Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 176.

⁹ Rudolf Dolzer - Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2. Basım, 2012), 238-239; Lucy Reed vd., *Guide to ICSID Arbitration* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2004), 14; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 609; Yusuf Çalışkan, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu”, *Tuğrul Arat'a Armağan* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 135; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 5. Basım, 2021) 60/63; Burak Terzi, *Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019), 96; Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 100; Yasemin Aydoğmuş, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvurma İmkânı”, *Public and Private International Law Bulletin*, 29(1-2), 2009, 37-38.

¹⁰ Fourret vd. *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*, 114; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 885.

¹¹ Nigel Blackaby vd., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 6. Basım, 2015), 456; Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012), 421; Bilgin Tiryakioğlu, “Yatırım Tahkiminde Konu ve Kişi Bakımından Yetki”, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı*, ed. Ceyda Süral Efeçinar vd. (İstanbul: Seçkin Yayınları, 2018), 14; Çalışkan, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu”, 137-138; Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 179; Aydoğmuş, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvurma İmkânı”, 38; Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 94-96; Azaklı Köse – Avşar, “Ata v Jordan Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler”, 612-613; Melis Avşar, “ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı”, *Milletlerarası Hukuk Bülteni* 37/2 (2017), 179. Ayrıca Örnek bazı kararlar için bkz. Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v Fas Krallığı, ICSID Dava No ARB/00/4, Yetki Hakkında Karar, 23 Temmuz 2001 (“Salini v Fas”); Fedax N.V v Venezuela Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/96/3, Karar, 9 Mart 1998.

içerdiği ifade edilmektedir.¹² Buna göre, bir emtia satış sözleşmesinin, daha fazlası olmaksızın, ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi kapsamında bir yatırım olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilebilir.

ICSID nezdindeki uluslararası yatırım uyuşmazlıkları ICSID tahkimini uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak belirleyen hükümler içeren sözleşmeler veya iki taraflı yatırım anlaşmaları uyarınca ortaya çıkar.¹³ Genel olarak tahkim hukukunda olduğu gibi ICSID tahkimi de yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet tarafından ICSID tahkimine rıza gösterilmesi halinde mümkündür. Bu rıza genellikle ya bir yatırım sözleşmesinde yer alan bir tahkim şartı ya da bir yabancı yatırım kanunu, bir YKTK anlaşması veya başka bir anlaşmada verilen bir rıza şeklindedir.

ICSID nezdinde gerçekleşen uluslararası yatırım tahkimi davalarında yargılamaya konu olan anlaşmalar YKTK olabileceği gibi, şartları mevcutsa, uyuşmazlığın tarafları arasındaki diğer sözleşmeler de olabilir. YKTK anlaşması haricindeki devlet ile yatırımcı arasındaki diğer sözleşmelerde tahkim davasının açılması için öncelikle arabuluculuğa başvurulması, belirli bir süre tarafların uzlaşmak için görüşmeler yapması gibi çeşitli şartlar bulunabilir.¹⁴ Bu sözleşmelerdeki şartlar taraflar arasında serbestçe kararlaştırılabilir. Bu şartlara uygun olarak gerekli usulî işlemler yapıldıktan sonra ICSID tahkiminin başlatılması mümkün olur.

YKTK anlaşmaları bakımından ise, genel olarak, yetkiye dair şartlar ICSID Konvansiyonu'ndakilere benzer düzenlemeler içermektedir.¹⁵ YKTK anlaşmalarının büyük çoğunluğu uluslararası yatırım tahkimine atıfta bulunan hükümler içermektedir.¹⁶ Tahkime gidilmesi için ilk şart olan rıza da taraf devletler bakımından YKTK anlaşmalarındaki yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin maddelerle sağlanmaktadır. Böylece, her bir âkit tarafın tahkime açıkça rıza gösterdiği beyan edilmiş olmaktadır.¹⁷ Bu maddeler aynı zamanda diğer âkit devletin yatırımcılarına yönelik bir tahkim anlaşması yapılması teklifidir. Söz konusu yabancı yatırımcı tarafından tahkim davası başlatılmak üzere başvuru yapıldığı takdirde de bu teklif kabul edilerek tahkimin rıza şartı yerine getirilmiş olmaktadır.¹⁸

YKTK anlaşmalarındaki yetkiye dair bir diğer husus ise nelerin yatırım ve yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edildiğidir. Çoğu YKTK anlaşması yatırımı tanımlayan “taşınır ve taşınmaz malvarlıkları”, “hisse senetleri” ve “malvarlığı değerleri” gibi birçok faaliyet ve girişimi içine alabilecek geniş ifadeler ve birkaç açıklayıcı kategori içerir.¹⁹ Mesela, şirket hisselerinin veya borçlanma senetlerinin alınması gibi finansal

¹² Christoph Schreuer vd. *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2. Basım, 2009), 128-134; Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 421; Blackaby vd., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 456; Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, 167; Erten, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, 151; Aşar, “ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı”, 199. Salini v Fas, davasında bu ifade edilmiştir. Bkz. Salini v Fas, para. 43,58.

¹³ Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 33.

¹⁴ Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 111.

¹⁵ Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 420.

¹⁶ Dolzer - Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 258; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2023), 874.

¹⁷ Reed vd., *Guide to ICSID Arbitration*, 38-39.

¹⁸ Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 416; Ali Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011), 176; İnci Ataman-Figanmeşe, “Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, *Public and Private International Law Bulletin* 31/1 (2012), 107.

¹⁹ Dolzer - Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 63; Schreuer vd. *The ICSID Convention: A Commentary*, 122-125; Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 3. Basım, 2010), 190-191; Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 426; Blackaby vd., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 452; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 605; Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2013), 2-3; Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 184-185; Erten, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, 163; Şit Köşgeroğlu, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, 40; Aşar, “ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı”, 183. Mesela, Birleşik Krallık – Şili YKTK Anlaşması madde 1(1)(a) bu bakımdan örnek verilebilir: “Bu Anlaşmanın amaçları doğrultusunda: (a) “yatırım” her türlü varlık anlamına gelir ve münhasıran olmasa da özellikle aşağıdakileri içerir: (i) taşınır ve taşınmaz mallar ile ipotek, rehin veya haciz gibi diğer mülkiyet hakları; (ii) bir şirketin hisseleri, borsadaki hisse senetleri ve tahviller ile bir şirkete diğer her türlü katılım; (iii) para veya mali değeri olan bir sözleşme kapsamındaki herhangi

yatırımlar da genellikle yatırım teşkil edecektir.²⁰ Uluslararası yatırım tahkimi davası açarak söz konusu YKTK anlaşmasına dayanan yabancı yatırımcının bu hükümler çerçevesinde korunan bir yatırım yaptığını kanıtlaması gerekir.²¹

Dava hakkının kötüye kullanılması iddiaları değerlendirilirken yukarıda sayılan yetkiye ilişkin şartların bazılarının mevcut olabileceğinin unutulmaması gerekir. Bir başka deyişle, ICSID Konvansiyonu veya YKTK anlaşmalarındaki yetkiye dair şartların bazıları veya tamamı gerçekleşmiş olsa dahi ICSID nezdinde açılan davanın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil etmesi mümkündür. Ancak, dava hakkının kötüye kullanılması durumunda yetkiye dair şartlardan özellikle yabancı yatırım ve yatırımcı olması şartlarının bazılarının veya tüm unsurlarının sakatlanmış olması söz konusudur. Bu nedenle, dava hakkının kötüye kullanılmasına dair unsurların ayrıca ve özellikle incelenmesi gerekir.

Bu incelemeyi yaparken belirtmek gerekir ki dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin üzerinde uzlaşmış özellikleri bulunmamaktadır. Öğretide ve hakem kararlarında birçok farklı özellik dava hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmektedir. Öyle ki, çalışmamızda dava hakkının kötüye kullanılması olarak ifade ettiğimiz durum “şirketlerin taşınması”²², “tabiiyet planlaması”²³, “jurisdiction shopping”²⁴, “treaty shopping”²⁵, “round tripping”²⁶ gibi farklı isimlerle de anılabilmektedir. Ancak, uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmak yegâne amacıyla aslında gerçek olmayan²⁷ bir yatırımın söz konusu olduğu bu durumu en iyi izah eden kavramın “dava hakkının kötüye kullanılması” olduğu düşünüldüğünden bu ifade tercih edilmiştir.²⁸

Farklı isimlendirmeler bulunmasının nedenlerinden biri uluslararası yatırım tahkimi koruması elde etmek için yapılan işlemlerin, geliştirilen stratejilerin her olayda farklı şekilde olabilmesidir.²⁹ Bu da her olayın özelliklerine uygun başka bir isimlendirmenin yapılabilmesini sağlamaktadır. Ayrıca, her bir uluslararası yatırım olayının özellikleri farklı olacağı gibi yatırımcı ile devletin ilişkileri de kendine özgü önlemleri ve işlemleri gerektirebilir. Bu nedenlerle dava hakkının kötüye kullanılmasının özelliklerinin sınırlı bir listesini de yapmak zordur.

Birçok farklı olayda yapılan işlemleri ve stratejileri göz önüne aldığımızda dava hakkının kötüye kullanılmasının uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmak amacıyla yerli yatırımcının yanında veya onun yerine bir yabancı yatırımcının konumlandırılmasından ibaret olduğunu belirtmek mümkündür. Bunun için asıl yatırımcının şirket olduğu durumda uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmak üzere bağlı şirketler kurulması söz konusu olabilir.³⁰ Paravan şirket (shell

bir edime ilişkin talepler; (iv) fikri mülkiyet hakları, teknik süreçler ve know-how; (v) doğal kaynakları arama, çıkarma veya işletme imtiyazları da dahil olmak üzere, kanunla veya sözleşmeyle verilen ticari imtiyazlar.”

²⁰ Yeşilirmak, *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, 168. Ayrıca, mesela, Amerika Birleşik Devletleri’nin ‘bir yatırım, hisse senetlerini ve bir işletmedeki diğer sermaye katılım biçimlerinin yanı sıra tahvilleri, borç senetlerini ve diğer borçlanma araçlarını ve kredileri’ içerecek şekilde tanımlayan 2012 tarihli güncel Model YKTK Anlaşması madde 1 buna örnektir.

²¹ Reed vd., *Guide to ICSID Arbitration*, 44.

²² “Migration of companies” veya “hülle” kavramlarıyla ifade edilen bu durumda yatırımcı, şirketi başka bir ülkeye taşımaktadır. Bkz. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 327; Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 270.

²³ Cascade v Türkiye, para. 335.

²⁴ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 327.

²⁵ Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 242/270; İlhan, *Yatırım Uyuşmazlıklarında Temel Sorunların Çözümü: Uluslararası Yatırım Mahkemesi ve Diğer Seçenekler*, 29-30.

²⁶ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 328.

²⁷ Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, 200/226; Khvedelidze, “Criteria for Determining the Affiliation of a Foreign Investor to a Particular State in an Investment Arbitration Dispute”, 106.

²⁸ Aynı yönde bkz. Gaillard, “Abuse of Process in International Arbitration”, 16.

²⁹ Gaillard, “Abuse of Process in International Arbitration”, 3; Thomas Walde, “Equality of Arms in Investment Arbitration: Procedural Challenges”, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, ed. Katia Yannaca-Small, (Oxford: Oxford University Press, 2010), 163; Tiryakioğlu, “Yatırım Tahkiminde Konu ve Kişi Bakımından Yetki”, 19.

³⁰ Gaillard, “Abuse of Process in International Arbitration”, 3; Şit Köşgeroğlu, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, 46.

company)³¹ olarak isimlendirilen bir durumda görünüşte yatırım yapan ve ev sahibi devletin ülkesinde yabancı yatırımcı olarak gözüken bir kişi varken amaç asıl yatırımcının gizlenmesidir.³² Bir başka deyişle, asıl yatırımcı “alter ego”³³ olarak bulunmakta ve görünüşteki yabancı yatırımcıyı kontrol etmektedir.³⁴ Söz konusu yabancı yatırımcı tüzel kişi olduğu takdirde tüzel kişilik perdesinin aralanması neticesinde asıl dava ve yatırım sahibinin yerli yatırımcı olduğu ortaya çıkmaktadır.³⁵ Bir başka durumda ise yerli yatırımcının sermaye veya fonlarını kendi ülkesinden başka bir ülkeye transfer etmesinin akabinde bunları tekrar kendi ülkesine yabancı yatırım görüntüsü altında sokması söz konusu olabilir. Böylece uluslararası yatırım tahkimi korumasının yanı sıra yerli yatırımcının kendi devletin hukuku uyarınca yabancı yatırımcılara verilebilecek avantajlı muameleler de hedeflenir.³⁶

Ayrıca, dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin hangi prensipleri kaynak alarak var olduğunun değerlendirilmesi de gereklidir. Dava hakkının kötüye kullanılmasının “hakkın kötüye kullanılması” yasağının kapsamında veya onun bir alt konusu olduğu ifade edilebilir.³⁷ Bu kabul edilecek olursa, tarafların uluslararası hukuk ve özellikle de uluslararası yatırım hukuku kapsamındaki iyi niyet³⁸ yükümlülükleriyle dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin ilişkili görülmesi mümkündür. Bazı hakem heyetleri dava hakkının kötüye kullanılmasını bu şekilde tanımlamıştır. Mesela, sektörel faaliyetlerin devlet tarafından millileştirilmesinden kaynaklı YKTK ihlali iddialarının ve bununla ilgili şirket yeniden yapılandırmasının olduğu Mobil Corporation v Venezuela davasında hakem heyeti, şu tespitleri yapmıştır:

“Tüm hukuk sistemlerinde (...) hukukun kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla çerçevesi çizilmiş kavramlar vardır. Bu bağlamda ‘good faith’ (iyiniyet), ‘detournement de pouvoir’ (gücün kötüye kullanılması) veya ‘abus de droit’ (hakkın kötüye kullanılması) kavramlarına atıfta bulunulabilir.”³⁹

Bu konuda önemli değerlendirmelerin olduğu Phoenix v Çek Cumhuriyeti⁴⁰ davasında ise, Çek Cumhuriyeti hükümeti ile anlaşmazlığı olan bir Çek vatandaşı İsrail vatandaşlığına geçmiştir. Daha sonra Çek Cumhuriyeti’nde daha önce sahip olduğu şirketleri satın alarak Çek Cumhuriyeti-İsrail YKTK Anlaşması kapsamında uluslararası yatırım tahkimine başvurmuştur. Yetkisizlik kararı veren hakem heyeti, davacının yalnızca ICSID yargı yetkisine erişim sağlamak amacıyla kurulmuş bir tüzel kişilik

³¹ Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 247; Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 125.

³² Mesela, Yukos Universal Ltd v Rusya Federasyonu davasında Rusya, davacının Enerji Şartı Anlaşması (ECT) kapsamında bir yatırımcı olarak nitelendirilmemesi gerektiğini, çünkü Rus vatandaşları tarafından sahip olunan ve kontrol edilen bir paravan şirket olduğunu savunmuştur. Bkz. Yukos Universal Limited v Rusya Federasyonu, PCA Dava No AA 227, Nihai Karar, 18 Temmuz 2014. Saba Fakes v Türkiye Cumhuriyeti ICSID davasında da Uzan ailesi tarafından paravan şirketler ve kişiler kullanılarak Türkiye aleyhine ICSID tahkimine başvurulduğu davalı tarafından savunma olarak öne sürülmüştür. Bkz. Saba Fakes v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/07/20, Karar, 14 Temmuz 2010 (“Saba Fakes v Türkiye”).

³³ Emre Esen, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması* (İstanbul: Beta Yayınları, 2. Basım, 2012), 11/43.

³⁴ Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, 202.

³⁵ Bantekas, *An Introduction to International Arbitration*, 295; Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 246; Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, 208-209; Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 233; Esen, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, 19. Bu yönde karar örnekleri için bkz. Tokios Tokelos v Ukrayna, ICSID Dava No ARB/02/18, Yetki Hakkında Karar, 29 Nisan 2004, para. 21; Saluka Investments BV v Çek Cumhuriyeti, UNCITRAL PCA, Kısmi Karar, 17 Mart 2006, para. 241.

³⁶ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 328.

³⁷ “Tabiiyetin gerçekliği” ilkesinin esas dayanağının hakkın kötüye kullanılması olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, 113.

³⁸ Fourt vd. *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*, 126.

³⁹ Mobil Corporation ve diğerleri v Venezuela, ICSID Dava No ARB/07/27, Yetki Hakkında Karar, 10 Haziran 2010, para. 169-173 (“Mobil v Venezuela”). Hakem Heyeti, söz konusu yeniden yapılandırma gerçekleştikten sonra Venezuela tarafından alınan millileştirme tedbirlerine ilişkin uyuşmazlık hakkında yargı yetkisine sahip olduğuna, ancak yeniden yapılandırma öncesinde ortaya uyuşmazlıklara ilişkin talepler hakkında yargı yetkisine sahip olmadığına karar vermiştir. Ayrıca, Pac Rim Cayman LLC v El Salvador Cumhuriyeti davasındaki Hakem Heyeti de Mobil v Venezuela davasındaki bu yaklaşımı kabul ettiğini belirtmiştir. Bkz. Pac Rim Cayman LLC v El Salvador Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/09/12, Davalının Yetki İtirazları Hakkında Karar, para. 2.44 (“Pac Rim v El Salvador”).

⁴⁰ Phoenix Action LTD v Çek Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/06/5, Karar, 15 Nisan 2009 (“Phoenix v Çek Cumhuriyeti”).

olduğuna karar vermiştir. Hakem heyeti dava hakkının kötüye kullanılması hakkında şu açıklamaları yapmıştır:

“Hiç kimse anlaşmalarla tanınan hakları kötüye kullanamaz ve daha genel olarak, her hukuk kuralı kötüye kullanılmaması gerektiğine dair zımni bir hüküm içerir. (...) Uluslararası iyi niyet ilkesi (...) sadece buna uygun olarak yapılan ve sistemi kötüye kullanmaya teşebbüs etmeyen yatırımların korunmasını sağlamak için ICSID'in uluslararası tahkim mekanizmasına (...) [da uygulanır].”⁴¹

Son olarak, dava hakkının kötüye kullanılması olduğunun tespiti halinde bunun sonuçlarının neler olacağı da dikkate değerdir. Zira uluslararası yatırım tahkimi davasının dava hakkının kötüye kullanılması teşkil eder şekilde açıldığının hakem heyeti tarafından tespiti halinde bunun sonuçlarının, yani davaya etkisinin, ne olacağı hakkında farklı görüşler öne sürülebilir. Mesela; dava hakkının kötüye kullanılması söz konusu olduğunda hakem heyetinin yargılamayı gerçekleştirmek üzere yetkisinin bulunmadığının kabulü mü gerekir? Yoksa, hakem heyetinin yetkisi bulunmasına rağmen davayı reddetmek için hakem heyetinin bir dayanağa sahip olduğu mu kabul edilmelidir?

Bu konuda, Pac Rim davasında hakem heyeti dava hakkının kötüye kullanılmasının “hukuken teorik olarak, Hakem Heyeti’nin yargı yetkisinin varlığına bir engel olarak değil; daha ziyade, yargı yetkisinin var olduğunu varsayarak, bu yargı yetkisinin kullanılmasına bir engel teşkil ettiğini” öne sürmüştür. Bununla birlikte, “mevcut amaçlar doğrultusunda, bunun herhangi bir fark oluşturmeyen bir ayrım olduğunu” da eklemiştir.⁴²

Nihayeti itibariyle iki görüş de davanın reddedilmesi sonucunu kabul eder. Ancak yöntem ve gerekçelendirme birbirinden farklıdır. Aslında yerel olan bir yatırımın çeşitli işlemlerle yalnızca YKTK anlaşması ve ICSID tahkim sisteminden yararlanmak üzere yeniden yapılandırılması neticesinde hakem heyetinin yetkisinin olmadığına kabul edilmesi yerinde olacaktır.⁴³ Zira davanın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil eder şekilde ICSID’de açıldığı durumda aslında hakem heyetinin var olmayan bir yetkisinin kabulü mümkün değildir. Buna rağmen hakem heyetinin yetkili olmasına karşılık bunu kullanamayacağı görüşü isabetli değildir. Hakem heyetinin yetkisine dair bir aldatmacanın hakem heyetine yetki verdiği düşünülemez.⁴⁴

⁴¹ Phoenix v Çek Cumhuriyeti, para. 107, 113.

⁴² Pac Rim v El Salvador, para. 2.10.

⁴³ Aynı yönde bkz. Gaillard, “Abuse of Process in International Arbitration”, 3-4; John David Branson, “The Abuse of Process Doctrine Extended: A Tool for Right Thinking People in International Arbitration”, *Journal of International Arbitration* 38/2 (2021), 189; Üzeyir Karabıyık, “Abusive Conduct in Investor-State Arbitration: A Focus on Frivolous Claims”, *Adalet Dergisi* 68/1 (2022), 488.

⁴⁴ Bu sonuca varmayı sağlayan ve dava hakkının kötüye kullanılmasını engelleyen çeşitli hukuki araçlar da mevcuttur. Devletler bu tür sistemin kötüye kullanılması girişimlerinin başarılı olmasını engellemek amacıyla çeşitli tedbirler almışlardır. Bazı YKTK antlaşmaları şirketlerin fiili kontrolünün âkit devletlerden birinde olmasını şart koşmuştur, böylece gerçekte üçüncü bir devletten kontrol edilen bir şirket yabancı yatırımcı olarak kabul edilmemektedir. Başka bir yöntem ise, şirketin tabiiyetinin YKTK anlamında diğer âkit devlette olması şartının yerine getirilmesi için şirketin kurulduğu yerden etkin bir şekilde yönetilmesinin şart koşulmasıdır. Daha modern YKTK antlaşmalarında ise kurulduğu ülkeden yönetilmeyen bir şirketin YKTK antlaşmasının korumasından mahrum bırakılmasına izin veren ‘denial of benefits’ (korumanın/faydaların reddi) maddesi bulunmaktadır. Bu sayede, şirketin sadece diğer ülkede kurulmasıyla yabancı tabiiyette kabul edilmesi engellenmiş olur. Bkz. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 329; Gaillard, “Abuse of Process in International Arbitration”, 11; Şit Köşgeroğlu, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, 47; Erkan, *Millîlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 252-253; İlhan, *Yatırım Uyuşmazlıklarında Temel Sorunların Çözümü: Uluslararası Yatırım Mahkemesi ve Diğer Seçenekler*, 33.

B. Cascade v Türkiye kararında ortaya çıkan meseleler

1. Cascade v Türkiye kararındaki olayların ve uyuşmazlığın özeti

Cascade 2006 yılında Belçika'da kurulan bir şirkettir.⁴⁵ Mayıs 2015⁴⁶ ve Şubat 2016'da gerçekleştirilen işlemlerle Türkiye tabiiyetindeki bir şirket olan CMD'nin toplam %99.93 oranındaki hissesini Cascade almıştır.

Mart 2014'te İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından CMD ve CMD'nin o tarihte çoğunluk hissedarı olan Feza'ya yönelik bir soruşturma başlatılmıştır.⁴⁷ 14 Aralık 2014'te ise, Feza tarafından basımı gerçekleştirilen ve CMD'nin dağıtımını yaptığı Zaman Gazetesi'nin genel yayın yönetmeni gözaltına alınmıştır.⁴⁸

CMD'nin yoğun ticari ilişkide olduğu, yayınlarının dağıtımını gerçekleştirdiği bazı şirketlere kayyım atanmıştır. Kayyım atamasıyla kastedilen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun⁴⁹ ("CMK") 133. maddesi uyarınca şirket yönetimi içim kayyım tayini tedbiridir. Bu maddeye göre, "suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir." Bu kapsamda olmak üzere, 6 Ekim 2015'te Koza-İpek Holding A.Ş.'ye, 17 Kasım 2015'te ise Kaynak Holding A.Ş.'ye mahkeme tarafından kayyım atanmıştır.⁵⁰ 4 Mart 2016 tarihinde ise Feza'ya mahkeme tarafından kayyım atanmıştır. Aynı gün Feza tarafından Cascade'a 660.000 Euro para transferi yapmıştır.⁵¹ Yine aynı gün, Feza tarafından kendi çalışanları işten çıkarılarak kendilerine tazminat hak edişleri yapılmıştır ve ertesi gün bu çalışanlar tekrar işe alınmıştır. Son olarak, 11 Mart 2016 tarihinde CMD'ye mahkeme tarafından kayyım atanmıştır.⁵²

Diğer iddiaların yanında, CMD'nin CMK'nın 133. maddesi kapsamında yönetiminin mahkeme kararıyla kayyım devredilmesi neticesinde Cascade'ın Türkiye'deki yabancı yatırımlarının YKTK Anlaşması'ndaki adil ve eşit muamele ilkesi (Fair and Equitable Treatment / FET) ile kamulaştırma yasağı (Expropriation) yönünden ihlal edildiği davanın esas bakımından konusunu oluşturmaktadır. Sonuç olarak davacı Cascade, diğer taleplerinin yanında, faiz hariç 126,060,000 Euro'nun kendisine ödenmesini talep etmiştir.

Davalı Türkiye Cumhuriyeti ise, diğer taleplerinin yanında, gerçek bir yabancı yatırım olmaması nedeniyle Hakem Heyeti'nin yetkisinin olmadığından dolayı davanın reddini talep etmiştir.

2. Dava hakkının kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilen meseleler

Cascade v Türkiye davasında hakem heyeti, yaptığı inceleme neticesinde, yetkisiz olduğu sonucuna vararak davacının tüm taleplerini reddetmiştir. Hakem heyeti, yetki yönünden ret kararı verdiğinden dolayı davacının esasa dair talepleri hakkında karar vermediği gibi bunlar hakkında detaylı inceleme de yapmamıştır.⁵³ Bu nedenlerle, hakem heyetinin incelemesi YKTK Anlaşması ve ICSID Konvansiyonu bağlamında kendisinin yetkili olup olmadığı hakkındadır. Bu inceleme içerisinde ise davacının davasının

⁴⁵ Cascade v Türkiye, para. 90. Şirketin 6 kurucusu, Kararda Belçika vatandaşı olarak belirtilen Ali Aktan, Ahmet Tanrıku, Hüseyin Şahin, Kenan Sezer, İskender Kapaklıkaya ve Mustafa Ünal'dır. Ayrıca, kuruluş tarihindeki ünvanı "Cascade 2006" olan şirket 07/12/2015'te ünvanını bu davadaki Davacı olan "Cascade Investments" olarak değiştirmiştir. Referans kolaylığı açısından şirket, ilgili zamandaki ünvanı ne olursa olsun, bu makalede "Cascade" olarak anılacaktır.

⁴⁶ Bu satın almanın tam tarihi konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmaktadır. Ayrıca, satın almanın karşılığı paranın ödenip ödenmediği konusunda da ihtilaf vardır. Cascade v Türkiye, para. 93.

⁴⁷ Bu soruşturmanın başlangıcından itibaren CMD'nin de soruşturma kapsamında olup olmadığı konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmaktadır. Cascade v Türkiye, para. 119-120.

⁴⁸ Cascade v Türkiye, para. 122.

⁴⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673.

⁵⁰ Cascade v Türkiye, para. 132-135.

⁵¹ Bu para transferinin amacı konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmaktadır. Cascade v Türkiye, para. 137.

⁵² Cascade v Türkiye, para. 144.

⁵³ Cascade v Türkiye, para. 323-324.

bir dava hakkının kötüye kullanılması teşkil edip etmediği asıl konuyu oluşturmakta olup, yetkiye dair diğer konuların ve itirazların yanında, asıl incelenen husus olmuştur.⁵⁴ Zira dava hakkının kötüye kullanılması hakem heyetinin yetkili olmasını engelleyen kesin bir eşiktir. Bir başka deyişle, davalı tarafından ileri sürülen diğer tüm yetki itirazları reddedilse bile dava hakkının kötüye kullanılması kabul edildiği takdirde hakem heyetinin yargı yetkisinin olmadığı sonucuna varılır.⁵⁵

Davalı, hakem heyetinin yargı yetkisine ve taleplerin kabul edilebilirliğine şu başlıklarda itiraz etmiştir:

- (i) Cascade, YTKK Anlaşması ve ICSID Konvansiyonu kapsamında korunan bir yatırım yapmadığı⁵⁶ için hakem heyetinin rationae materiae yetkisi yoktur
- (ii) Cascade, YTKK Anlaşması ve ICSID Konvansiyonu kapsamında kendisi korunan bir yatırımcı olmadığı⁵⁷ için hakem heyetinin rationae personae yetkisi yoktur;
- (iii) Cascade CMD'yi aldığı dönemde, CMD ve Feza ile davalı arasındaki uyuşmazlığın zaten var olduğunu bildiği için davacının davası ve talepleri dava hakkının kötüye kullanılması teşkil eder⁵⁸;
- (iv) Cascade CMD'yi, CMD ve Feza ile davalı arasındaki uyuşmazlığı makul olarak öngörebildiği bir zamanda satın aldığı için davacının davası ve talepleri dava hakkının kötüye kullanılması teşkil eder.⁵⁹

Bu itirazların tamamı birbiriyle bağlantılıdır ve nihayetinde, dava hakkının kötüye kullanılması doktrini kapsamında değerlendirmeyi gerektirir. Öngörülebilirlik iddiası kadar korunan⁶⁰ bir yatırım ve yatırımcı olup olmadığı da dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin unsurlarını oluşturur.

Davalı, davacının davasının dava hakkının kötüye kullanılması teşkil ettiğini çünkü yatırımın yapıldığı iddia edilen tarihte bir uyuşmazlığın zaten mevcut olduğunu veya en azından o tarihte uyuşmazlığın makul ölçüde öngörülebilir olduğunu iddia etmiştir. Bu kapsamda, davacının iyi niyetle yatırım yapan gerçek bir yatırımcı olmadığı öne sürülmüştür.⁶¹ Buna karşılık davacı ise CMD hisselerine yatırım yaptığı uyuşmazlığın kuvvetle muhtemel olmadığını ve bu hisseleri satın almasının bir uyuşmazlığı uluslararasılaştırmak değil, hissedarlık yapısını zenginleştirmek için tasarlanmış normal bir ticari işlem olduğunu iddia etmiştir.⁶²

Bu davada CMK'nın 133. maddesi kapsamında Cascade'ın yatırım yaptığını iddia ettiği şirketlere, bu şirketlerin Fetullahçı Terör Örgütü ("FETÖ") ile irtibatı neticesinde kayyım atandığından tarihsel arka planı olan siyaset ve iş dünyasını ilgilendiren birçok olay da hakem heyeti tarafından incelenmiştir. Yerli şirketlere kayyım atanması neticesinde yatırımının zarar gördüğünü iddia eden yabancı bir şirket olduğundan hakem heyeti şu önemli tespiti yapmıştır:

"Bir ICSID Hakem Heyeti, bir Devletin kendi vatandaşlarının kendi Devletlerindeki yatırımlarına ilişkin uyuşmazlıkları çözme yetkisine sahip değildir, ancak yalnızca ICSID Konvansiyonu ve geçerli bir uluslararası yatırım anlaşması veya başka bir anlaşmada belirlenen [uluslararası yatırım] koruması şartlarını karşılayan gerçek, iyi niyetli 'yabancı' yatırımları içeren uyuşmazlıkları çözme yetkisine sahiptir."

⁵⁴ Cascade v Türkiye, para. 340.

⁵⁵ Cascade v Türkiye, para. 324.

⁵⁶ Cascade v Türkiye, Bölüm (V)(D).

⁵⁷ Cascade v Türkiye, Bölüm (V)(C).

⁵⁸ Cascade v Türkiye, Bölüm (V)(A).

⁵⁹ Cascade v Türkiye, Bölüm (V)(A).

⁶⁰ Uluslararası yatırım tahkimini ticari tahkimden ayıran en önemli özelliklerden biri, uyuşmazlığa ve yargılamaya konu söz konusu faaliyetin niteliğidir. YTKK anlaşmalarında yer alan koruma ve garantiler yalnızca 'yatırımlar' için geçerlidir. Bu nedenle çalışmamızda "korunan yatırım" ifadesi tercih edilmiş ve YTKK anlaşmalarınca uluslararası yatırım tahkiminde korunmak üzere dava konusu yapılamayan ticari faaliyet ve yatırımlardan ayrıştırılmak istenmiştir.

⁶¹ Cascade v Türkiye, para. 321.

⁶² Cascade v Türkiye, para. 321.

Hakem heyetine göre tarafların iddialarının değerlendirilmesinde önemli olan, Cascade'ın CMD'yi, CMD ile davalı arasındaki bir uyuşmazlığın objektif bir bakış açısıyla makul ölçüde öngörülebilir olduğu bir zamanda satın almış olup olmadığıdır.⁶³ Bunun için de, "CMD'nin hisselerinin Cascade'a devredilmesiyle sonuçlanan işlemlerden önce nelerin bilindiğini veya makul olarak öngörülebileceğini belirlemek için çeşitli devlet işlemlerinin ne zaman ve ne için yapıldığı ve CMD'nin önceki ve mevcut hissedarlarının bilgilerinin neler olduğu" inceleme konusu yapılmıştır.⁶⁴

II. Dava Hakkının Kötüye Kullanımı Teşkil Eden Yatırım İşlemlerinin Özellikleri

A. Genel olarak

Uluslararası yatırım tahkiminde hakem heyetinin yetkisinin geçerli olarak tesis edilmesini engelleyen dava hakkının kötüye kullanılması birçok unsurun bir araya gelmesiyle söz konusu olabilir. Aşağıda sayılan özelliklerden yalnızca birinin gerçekleşmiş olması her zaman uluslararası yatırım tahkimi davalarında dava hakkının kötüye kullanılması teşkil etmeyebilir. Zaten sözde yatırımın ve yatırım tahkimi davasının genel olarak tüm özellikleriyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Ancak bu değerlendirme yapıldığında ve aşağıda sayılan özelliklerin tamamı bulunduğu anda dava hakkının kötüye kullanılması teşkil ettiği sonucuna varılabilir.

Dava hakkının kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için, öncelikle, gerçek bir yatırım olmadığının tespit edilmesi gerekir. Uluslararası anlaşmalar ve ilgili yerel mevzuat kapsamında gerçek bir uluslararası yatırım varsa bunun dava hakkının kötüye kullanıma imkân sağlaması mümkün değildir. Zira uluslararası yatırım hukukunda korunmak istenen gerçek bir yatırım gerçekleşmiş olur. Bunun bağlantılı fakat ayrı bir özellik ise yatırıma müdahalenin halihazırda başlamış olması ve söz konusu devlet müdahalesinin daha önceden öngörülebilir olmasıdır. Bir başka deyişle, görünüşte gerçek bir yatırım olsa dahi bu yatırımın asıl amacı zaten öngörülmüş olan devlet müdahalesinden kaçınmak, etkisini azaltmak veya uluslararası yatırım tahkiminde bu müdahaleden tazminat elde etmek ise dava hakkının kötüye kullanılması doktrinine göre sonuca gidilir. Ayrıca, görünüşte geçerli olan bu yatırımın yapıldığı zamanda devletin yatırıma yönelik müdahalesinin başlamış olması da gereklidir.

B. Uluslararası anlaşmalar tarafından korunan bir yatırım olmaması

1. Genel olarak

Uluslararası yatırım tahkimi davalarında hakem heyetlerinin dava hakkının kötüye kullanılması incelemesi yaparken gerçek bir yabancı yatırımın olup olmadığını değerlendirmesi gerekir. Esasen bu değerlendirme de dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin temel meselesini oluşturmaktadır. Zira dava hakkının kötüye kullanılması, öyle olmadığı halde gerçek bir yatırım olduğu iddiası ve görüntüsüyle uluslararası yatırım tahkimi sisteminin ve sürecinin kötüye kullanılmasıdır. Bir başka deyişle, ICSID Konvansiyonu ve YKTK anlaşması ile uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü sistemi, herhangi bir yatırımcının korunmasının ön koşulu olan önemli bir ekonomik faaliyet olmaksızın, yalnızca bu uluslararası hukuk kurallarında yer alan haklardan yararlanmak amacıyla gerçekleştirilen girişimleri ve faaliyetleri korumaz.⁶⁵ Zira bu tür girişimler uluslararası anlaşmalarla yabancı yatırımların artırılması ve ülkelerin gelişimine katkıda bulunulmasının amaçlandığı uluslararası yatırım hukukunun hedeflerine hizmet etmemektedir.⁶⁶ Bu nedenle bunlar uluslararası yatırım tahkimi sisteminin, dava hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir.

⁶³ Cascade v Türkiye, para. 321.

⁶⁴ Cascade v Türkiye, para. 321.

⁶⁵ Phoenix v Çek Cumhuriyeti, para. 93; Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 203.

⁶⁶ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 328; Dolzer - Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 203; Gaillard, "Abuse of Process in International Arbitration", 10; Fouret vd. *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*, 118-119; Avşar, "ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı", 196-197.

ICSID ve YKTK anlaşması korumasından faydalanılabilmesi için, bir uluslararası yatırımın mevcut olması gerekmektedir. Zira genelde YKTK anlaşmalarının, özelde ise uluslararası yatırım tahkimi sisteminin amacı bu yeni uluslararası yatırımların teşvik edilmesi, korunması ve hukuki güvenliklerinin sağlanmasıdır.⁶⁷ Buna karşılık, uluslararası yatırım tahkimi aşamasına kadar yerli olan bir yatırımın yalnızca bir YKTK anlaşması korumasından faydalanabilmek için yabancı bir şirkete hisse devri yoluyla geçirilerek YKTK anlaşması korumasından faydalanılması uluslararası yatırım tahkimi sisteminin kötüye kullanılmasıdır.⁶⁸

2. Uluslararası yatırım tahkimi içtihatlarında meselenin incelenmesi

ST-AD v Bulgaristan⁶⁹ davası, görünüşte yabancı yatırımcı olan davacının aslında ev sahibi devletin vatandaşı olarak kabul edilmesi nedeniyle yetkisizlik kararı verilen davalara bir örnektir. Almanya tabiiyetindeki davacı ST-AD'nin Bulgaristan tabiiyetindeki LIDI-R'nin hisselerini yerli yatırımcının Bulgaristan devletiyle uyuşmazlığın ortaya çıkmasından yalnızca üç gün sonra satın almış olması davanın dava hakkının kötüye kullanılması bakımından temelini oluşturmaktadır. Hakem heyeti, davacının Almanya-Bulgaristan YKTK Anlaşması kapsamında haksız yere yargı yetkisi oluşturmaya çalıştığı ve ICSID tahkiminde dava hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Hakem heyeti, davaya konu olan işlemlerin zamanına bakıldığında bunların tek amacının "tüm [...] yerel dava süreçleri başarısız olduktan sonra LIDI-R'ye bir Alman yatırımcı getirerek [uluslararası] yargı yetkisi oluşturmak" olduğunu tespit etmiştir. Böyle bir davada yargı yetkisini kabul etmenin iki taraflı yatırım anlaşmalarının altında yatan temel hedeflere aykırı olacağı da belirtilmiştir.⁷⁰ Ayrıca, YKTK anlaşması sisteminin korumak için tasarlanmadığı yatırımların, yani uluslararası yatırımlar olarak gizlenmiş yerli yatırımların veya uluslararası tahkime erişim sağlamak amacıyla uluslararası uyuşmazlık olarak yeniden yapılandırılmış yerli uyuşmazlıkların bu korumadan faydalandırılmaması gerektiği de kararda belirtilmiştir.⁷¹

Bu konuda başka kararlar da örnek gösterilebilir. Mesela, Alaplı Elektrik BV v Türkiye⁷² bunlardan biridir. Hollanda tabiiyetindeki bir şirketin davacı olduğu bu davada enerji santrali inşası ve yönetilmesine ilişkin imtiyaz sözleşmesinin konu olduğu bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Davacının yatırımlarının Enerji Şartı Anlaşması (Energy Charter Treaty/ECT) ve Türkiye – Hollanda YKTK Anlaşması⁷³ çerçevesinde davalı tarafından ihlal edildiği iddia edilmiştir. Davacının hissedar ve etkin yöneticisinin Türk vatandaşı olması dahil yatırımın yeniden yapılandırılmasıyla ilgili meseleler dava hakkının kötüye kullanılması iddialarını gündeme getirmiştir. Hakem heyeti, oyçokluğuyla, yetkisiz olduğuna karar vermiş ve şu tespitleri yapmıştır:

⁶⁷ Walde, "Equality of Arms in Investment Arbitration: Procedural Challenges", 161; Yusuf Çalışkan, *The Development of International Investment Law: Lessons from the OECD MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment* (Dissertation Publication, 2002), 54-55; Yusuf Çalışkan, "Dispute Settlement in International Investment Law", *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanism*, ed. Yusuf Aksar, (Leiden: Martinus Nijhoff, 2011), 124/126; Çalışkan, "İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu", 304; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 57; Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*, 68-69; Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, 163; Aydoğmuş, "İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvurma İmkânı, 76; Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 223.

⁶⁸ ST-AD GmbH v Bulgaristan Cumhuriyeti, PCA Dava No 2011-06, Yetki Hakkında Karar, para. 423 ("ST-AD v Bulgaristan"). Bu işlemin kötüye kullanım teşkil etmesi için bir hile kastının bulunması gerektiği de ifade edilmektedir. Bkz. Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, 204; Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 232.

⁶⁹ ST-AD v Bulgaristan.

⁷⁰ ST-AD v Bulgaristan, para. 423.

⁷¹ ST-AD v Bulgaristan, para. 423.

⁷² Alaplı Elektrik B.V v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/08/13, Karar, 16 Temmuz 2012 ("Alaplı v Türkiye").

⁷³ Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Anlaşma, RG 20.04.1989/20145.

“Yatırım iyi niyetli bir yatırım olmadığından, uyuşmazlığın temelindeki gerçeklerin zaten bilindiği ve bir uyuşmazlığın zaten yüksek bir olasılık olduğu bir zamanda gerçekleştirildiğinden, ICSID/YKTK Anlaşması/ECT mekanizması tarafından sağlanan uluslararası korumadan yararlanamayacağından, Hakem Heyeti’nin bu yatırım üzerinde yargı yetkisi yoktur.”⁷⁴

Netice itibarıyla oy çokluğuna katılan fakat farklı bir gerekçeye dayanan Hakem Profesör Brigitte Stern, bu davada uluslararası yatırım tahkimi korumasından yararlanabilecek “korunan bir yatırım” olmadığını, çünkü yatırım faaliyetlerine yeni bir Hollandalı hissedarın dahil edilmesinin “herhangi bir ekonomik gerekçesi olmadığı gibi, asıl amacın Türk şirketi ile Türk makamları arasında zaten önemli anlaşmazlıkların olduğu bir zamanda ICSID tahkimine erişim sağlamak olduğunu” belirtmiştir. Bu koşullar altında, işlem “gerçekleştirildiği tarihte, uluslararası yatırım koruma sisteminin kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu kabul edilmiştir.”⁷⁵

Uluslararası anlaşma koruması olmayan ve ICSID tahkimine başvurma hakkı bulunmayan yatırımcının bu korumayı elde etmek üzere başka bir devlette yeniden yapılandırmaya gittiği bir başka dava ise Tokios Tokeles v Ukrayna⁷⁶ davasıdır. Bu uyuşmazlıkta, Litvanya’da kurulmuş bir şirket, Ukrayna’nın Litvanya-Ukrayna YKTK Anlaşmasını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Litvanyalı şirketin hisselerinin %99’u ve doğrudan yönetimi iki Ukrayna vatandaşına aittir. Davalı Ukrayna, YKTK Anlaşmasının amacının devletin kendi vatandaşlarını değil yabancı yatırımcıları korumak olduğu ve ICSID yargı yetkisinin bir âkit devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki bir uyuşmazlık durumunda geçerli olarak var olabileceğini belirterek yetki bakımından itiraz etmiştir.⁷⁷ Bu bakımdan, Litvanya şirketinin gerçek hissedarlık yapısının tespit edilebilmesi için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiği savunulmuştur. Ancak hakem heyeti, çoğunlukla verdiği kararda, YKTK Anlaşmasının amacına değil, sadece lafzına bakarak şirketin tabiiyetinin belirleyici olduğuna ve davacının YKTK Anlaşması bakımından Litvanyalı bir yatırımcı olduğuna karar vermiştir. Hakem heyeti, ‘davacının Litvanya topraklarında kurulmuş gerçek bir hukuki varlığa sahip olduğuna’ ve Ukrayna vatandaşlarının şirketi ICSID yargı yetkisine erişim sağlamak amacıyla kurmadıklarından şirketin kontrolünün kimde olduğunun önemli olmadığına işaret ederek yetkili olduğuna karar vermiştir.⁷⁸

Bu kararlar da göstermektedir ki, korunan bir yatırım olup olmadığının incelenmesinde yatırımın yeniden yapılandırılmasının amacı ve zamanlaması önem arz etmektedir. Bu bağlamda, yatırımın yeniden yapılandırılması, yerli bir yatırımın yabancı bir hissedarın sonradan katılımıyla uluslararası bir niteliğe sahip kılınmasıdır. Böyle bir yapılandırmanın her durumda dava hakkının kötüye kullanılması teşkil ettiğini söylemek mümkün değildir. Yeniden yapılandırma neticesinde gerçek bir korunan yatırımın mevcut olması da söz konusu olabilir. Yabancı yatırımcı, yatırımın ticari olarak daha iyi bir seviyeye gelmesi amacıyla veya yatırımın hukuken güvenliğinin artırılması için uluslararası yatırım

⁷⁴ Alaplı v Türkiye, para. 417.

⁷⁵ Alaplı v Türkiye, para. 390.

⁷⁶ Tokios Tokeles v Ukrayna, ICSID Dava No ARB/02/18, Karar, 26 Temmuz 2007.

⁷⁷ Çok benzer bir durum ve savunma Libananco v Türkiye Cumhuriyeti davasında da vardır. Davacı, Türkiye’deki iki şirketin çoğunluk hissedarı olduğunu ve bu kapsamda yaptığı yabancı yatırım bulunduğu iddia etmiş, buna karşılık davalı ise yatırımın asıl sahibinin Davacının hissedarları olan Türk vatandaşları olduğu savunmasında bulunmuştur. Bunun üzerine Hakem Heyeti yetkisiz olduğuna karar vermiştir. Bkz. Libananco Holdings Co. Limited v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/06/8, Karar, 2 Eylül 2011. Aynı durum Uzan ailesi tarafından açılan bir başka ICSID tahkim davası olan Saba Fakes v Türkiye Cumhuriyeti davasında da söz konusu olmuştur. Hollanda vatandaşı Davacı Türkiye tabiiyetindeki Telsim şirketinin çoğunluk hissedarı olduğunu ve davalı tarafından YKTK anlaşmasına aykırı işlemler yapıldığını öne sürmesine rağmen Hakem Heyeti asıl yatırımcının Türk vatandaşları olmasını göz önüne alarak uluslararası yatırım tahkiminin kötüye kullanılması olduğundan yetkisizlik kararı vermiştir. Bkz. Saba Fakes v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/07/20, Karar, 14 Temmuz 2010. Bir başka örnek ise yine Uzan ailesi tarafından kurgulanan Cementownia v Türkiye Cumhuriyeti ve Europe Cement v Türkiye Cumhuriyeti davalarıdır. Libananco ve Saba Fakes v Türkiye davalarında olduğu gibi Hakem Heyetleri uluslararası yatırım tahkimi sisteminin kötüye kullanımı amacı olduğundan yetkisizlik kararı vermiştir. Cementownia “Nowa Huta” S.A. v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/06/2, Karar, 17 Eylül 2009; Europe Cement Investment & Trade SA v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB(AF)/07/2, Karar, 13 Ağustos 2009.

⁷⁸ Tokios Tokeles v Ukrayna, para. 147.

tahkimi korumasından faydalanmak amacıyla yatırıma katılmış olabilir. Bu konuda Philip Morris v Avustralya⁷⁹ davasında hakem heyeti şu tespitleri yapmıştır:

“Yeniden yapılandırma, [ICSID tahkiminde dava açma] olasılığından bağımsız olarak gerekçelendirilmişse, bir yeniden yapılandırmanın ardından YKTK Anlaşmasına dayanarak dava açmak, kural olarak, hakkın kötüye kullanılması olmayacaktır”⁸⁰.

“Aynı zamanda, öngörülebilir bir ihtilafla ilgili olarak YKTK Anlaşmasının avantajlarını elde etmek için bir yatırımı yeniden yapılandırmak sürecin kötüye kullanılması anlamına gelebilir (...). Davacı, vergi veya diğer ticari nedenlerin yeniden yapılandırma için belirleyici olduğunu kanıtlamamıştır”⁸¹.

Dava hakkının kötüye kullanılması teşkil etmeyen bir yatırım olmasının ilk hali yabancı yatırımcının ticari amaçlarla yerli yatırıma ortak olmasıdır. Yeniden yapılandırmanın iyi niyetli olarak ticari sebeplerle yapılmış olduğu durumlarda gerçek ve uluslararası anlaşmalar çerçevesinde korunan bir yatırımdan bahsedilebilir. Yabancı hissedarın yatırım ilişkisine katılmasının ticari olarak avantajları olması ve bu sebeple gerçekleştirilmiş olması durumunda bu iyi niyetin varlığı kabul edilir. Mesela, yatırımcı şirketin bulunduğu ülkedekinden daha avantajlı vergi hukuku düzenlemeleri bulunan yabancı bir ülkedeki yatırımcı tarafından hisselerinin alınması durumunda uluslararası bir yatırımın varlığından söz edilebilir. Orascom v Cezayir⁸² davasında hakem heyeti bu durumu şöyle açıklamıştır:

“Bir yatırımın (...) farklı devletler üzerinden yapılandırılması hukuka aykırı değildir. Bu yapılandırma meşru olarak kurumsal ve vergisel bir planlamayı veya uyuşmazlık öncesi YKTK Anlaşması [korumasından faydalanmak üzere] tabiiyeti planlamayı amaçlayabilir.”⁸³

Dava hakkının kötüye kullanılması ile daha ilgili olan diğer hal ise ev sahibi devletin müdahalesinden korunmak için yatırımın hukuki güvenliğini artırmak üzere yapılan yeniden yapılandırmadır. Yerli yatırımın gelecekte karşılaşılabilecek olumsuz devlet müdahalelerine karşı bir önlem olarak gerçekleştirildiği hallerde de gerçek bir korunan yatırımın varlığı söz konusu olabilir. Halihazırda mevcut olmayan, yalnızca varsayımsal olarak ileride gerçekleştirilebilecek müdahalelere karşı yeniden yapılandırma uluslararası yatırım tahkimi bakımından geçerli bir yeniden yapılandırma olarak kabul edilebilir. Birçok uluslararası yatırım tahkimi davasında da bu kapsamdaki bir yeniden yapılandırmanın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil etmediği, bir yatırımın uluslararası yatırım tahkimi korumasından mahrum kalmasına sebep olmadığı belirtilmiştir. Mesela, Phoenix v Çek Cumhuriyeti davasında hakem heyeti yabancı yatırımcıların, “yatırımlarını uluslararası [hukuk çerçevesinde] koruma ihtiyaçlarına en uygun şekilde ve yatırımlarını gerçekleştirecekleri aracı serbestçe seçerek” yapılandırabileceklerini kabul etmiştir.⁸⁴ Renée Rose Levy v Peru⁸⁵ davasında ise hakem heyeti şu tespitleri yapmıştır:

“Yatırım anlaşması avantajlarını elde etmek için tasarlanmış bir kurumsal yapının organizasyonu veya yeniden düzenlenmesi, bunun yatırımı ev sahibi devletle gelecekteki olası ihtilaflardan korumak amacıyla yapıldığı durumlar da dahil olmak üzere, kendi başına hukuka aykırılık teşkil etmez.”⁸⁶

⁷⁹ Philip Morris Asia Limited v Avustralya, PCA Dava No 2012-12, Yetki ve Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar, 17 Aralık 2015 (“Philip Morris v Avustralya”).

⁸⁰ Philip Morris v Avustralya, para. 570.

⁸¹ Philip Morris v Avustralya, para. 545, 584.

⁸² Orascom TMT Investments S.a.r.l. v Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/12/36, Karar, 31 Mayıs 2017 (“Orascom v Cezayir”).

⁸³ Orascom v Cezayir, para. 542.

⁸⁴ Phoenix v Çek Cumhuriyeti, para. 94.

⁸⁵ Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v Peru Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/11/17, Karar, 9 Ocak 2015 (“Renée Rose Levy v Peru”).

⁸⁶ Renée Rose Levy v Peru, para. 184.

Tidewater ve diğerleri v Venezuela⁸⁷ ICSID davasında da hakem heyeti benzer şekilde şunları belirtmiştir:

“Bir yatırımcının kendisini ev sahibi devletle gelecekte yaşanabilecek genel ihtilaf riskinden korumaya çalışması son derece meşru bir amaçtır ve yatırım koruma anlaşması rejimini kötüye kullanmak değildir.”⁸⁸

Cascade v Türkiye davasında da uluslararası anlaşmalarla korunan gerçek bir uluslararası yatırım olup olmadığı dava hakkının kötüye kullanılması iddiaları çerçevesinde inceleme konusu olmuştur. Bu davada kabul edildiği üzere, davacının dava konusu edilen malvarlığı değerlerinin ve ticari faaliyetlerinin davalının işlemleriyle zarara uğratıldığı iddiası ve davacının tazmin talebinin kabul edilebilmesi için davanın açıldığı yer olan ICSID’in yetkisinin var olması gerekir. Bununla birlikte davacının iddialarına dayanak yaptığı uluslararası anlaşmalardaki yetki şartlarının da sağlanması gerekir. Bu iki gereklilik, birlikte, davacının yabancı bir yatırımcı olması ve işlemlerinin uluslararası yatırım olarak kabul edilmesini gerektirir. Aksi takdirde davacının talep ettiği koruma ve tazmin kendisine sağlanamayacaktır.

Korunan ve gerçek bir uluslararası yatırım olup olmadığı konusunda Cascade v Türkiye davasında hakem heyeti tarafından bir uluslararası hukuk incelemesi yapılmıştır.⁸⁹ Dava hakkının kötüye kullanılması çerçevesinde bir inceleme yapmadan önce uluslararası hukukun genel prensipleri Cascade’ın bir uluslararası yatırım yapıp yapmadığını belirlemede kullanılmıştır. Bu kapsamda, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VCLT)⁹⁰ davaya konu edilen YKTK Anlaşması ve ICSID Konvansiyonu’ndaki hükümlerin yatırımı nasıl tanımladığında göz önüne alınmıştır. VCLT’nin 31. maddesinin 1. fıkrası uyarınca her uluslararası anlaşma “kendi bağlamında ve amacı ışığında [terimlerinin] olağan anlamına uygun olarak iyi niyetle yorumlanmalıdır.” ICSID Konvansiyonu ve YKTK Anlaşması, belirli bir amacı gerçekleştirmek ve buna ulaşılmasını sağlamak için belirli bir uyumsuzluk çözüm süreci oluşturmuştur.

ICSID Konvansiyonu uluslararası yatırım hakkında bir tanım içermemesine rağmen, yatırımın bir terim olarak doğasında var olduğu kabul edilen ve kendiliğinden ifade ettiği hususlar yatırımın yorumlanmasında kullanılabilir.⁹¹ Bu durum VCLT madde 31(1) uyarınca uluslararası anlaşmalardaki terimlerin olağan anlamının tespit edilerek yorumlanması kuralıyla da uyumludur. Yatırım teriminin olağan anlamı, davalarda taraflardan en azından biri aksini iddia etse dahi, ICSID Konvansiyonu’nun uygulanamayacağı, uluslararası yatırım tahkimi korumasının sınırlarını belirleyen objektif bir tanımı içerir.⁹² Bu nedenle yatırımın olağan anlamının tespiti önemli olup uluslararası anlaşmaların hükümlerinin incelenmesini gerektirir.

ICSID Konvansiyonu’nun giriş kısmında “ekonomik kalkınma için uluslararası işbirliğine duyulan ihtiyaç ve uluslararası yatırımın kalkınmadaki rolü”ne atıfta bulunmaktadır.⁹³ Buna göre, ICSID uluslararası yatırım tahkiminin amacının Konvansiyon’a taraf devletin vatandaşlarını kendi devletlerinin olası müdahalelerinden korumak olmadığı, buna karşılık “devletler ve yabancı yatırımcılar arasındaki uyumsuzlukların çözümünü kolaylaştırmak” olduğu ve “uluslararası sermayenin bu sermayeyi çekmek

⁸⁷ Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe C.A. v Venezuela Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/10/5, Karar, 13 Mart 2015 (“Tidewater ve diğerleri v Venezuela”).

⁸⁸ Tidewater ve diğerleri v Venezuela, para. 184-185.

⁸⁹ Cascade v Türkiye, para. 328-329.

⁹⁰ 1969 tarihli Sözleşmenin İngilizce adı Vienna Convention on the Law of Treaties’tir.

⁹¹ Dolzer - Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 65; Avşar, “ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı”, 180.

⁹² Cascade v Türkiye, para. 329.

⁹³ Dolzer - Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 238; Halil Rahman Başaran, *Uluslararası Tahkim* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014), 61.

isteyen ülkelere daha kolay bir şekilde gitmesini teşvik etmek” olduğu belirtilmiştir.⁹⁴ Hem anlaşma metni hem de amacı ve hedefi ışığında ICSID Konvansiyonu’ndaki yatırım kavramının, yabancı bir yatırımcının ev sahibi devlette gerçek bir ekonomik faaliyette sürekli olarak bulunmak niyetiyle ve iyi niyetli olarak yatırım yapmasını gerektirdiği Cascade v Türkiye davasında hakem heyeti tarafından da kabul edilmiştir.⁹⁵ Ayrıca, bunun aksine, ICSID uluslararası yatırım tahkimi sisteminin, yerli yatırımcılar tarafından kendi devletlerinde yapılan yatırımlarına uygulanmak üzere tasarlanmadığı; mevcut veya yaklaşan bir uyuşmazlık nedeniyle yatırımın yabancı bir tabiiyet veya milliyet altında yeniden yapılandırılarak sadece ICSID Konvansiyonu korumasına ve uluslararası yatırım tahkimine erişim elde etmek için tasarlanmadığı da belirtilmiştir.⁹⁶

Aynı durumun genel olarak YKTK anlaşmaları ve özel olarak da Cascade v Türkiye davasındaki YKTK Anlaşması olan BLEU-Türkiye YKTK⁹⁷ Anlaşması için de geçerli olduğu belirtilmiştir. BLEU-Türkiye YKTK Anlaşmasının başlığı, amacının “yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması” olduğunu teyit etmektedir ve giriş bölümü, âkit devletlerin bir devletin vatandaşlarının diğerinin topraklarına yatırım yapmasını teşvik etmek için “aralarında daha fazla ekonomik işbirliği için elverişli koşullar yaratmayı arzuladıklarını” açıklamaktadır. Başka bir deyişle, YKTK Anlaşmasının amacı yerli yatırımcıların yatırımlarını korumak değil, YKTK Anlaşmasına taraf bir devletin yatırımcılarının diğer devletlerdeki iyi niyetli yatırımlarını teşvik etmek ve korumaktır. Bu niyet, YKTK Anlaşmasının “şirketlere [ortak olarak katılma şeklinde girişimi] veya bunlara yatırılan sermayeyi ve diğer her türlü varlık olarak katkı” yatırım olarak tanımlayan maddesinde de görünmektedir. Hakem heyeti bu kapsamda yaptığı incelemeyi de şu şekilde ifade etmiştir:

“Yabancı bir yatırımcının önceden var olan bir yerli yatırımı aniden satın aldığı bir bağlamda, bu satın almanın ev sahibi Devlette ‘ekonomik faaliyette’ bulunma niyetiyle, iyi niyetli ticari nedenlerle yapılıp yapılmadığını incelemek bu hükümlerin gereğidir. Bu gereklilik, sadece [yerli yatırımdaki] ortaklığı ev sahibi Devletin dışına aktarmayı amaçlayan ve aksi takdirde YKTK Anlaşması korumasına hak kazanmayacak olan yerel bir uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisi sağlamayı amaçlayan işlemlerle karşılanmayacaktır.”⁹⁸

Bunları ifade etmekle birlikte hakem heyeti, bu davada yatırım hakkında kesin bir tanım yapılmasının gerekli olmadığını belirterek yatırım hakkında herhangi bir tanım yapmaktan kaçınmıştır. Ancak, taraflar arasındaki ilişkilerin uluslararası hukuk boyutu ve dava hakkının kötüye kullanılması olup olmadığı analizi VCLT’de belirtilen yorum ilkeleri göz önüne alınarak yapılmıştır. Bunun nihai amacının ise belirli bir yatırımcının ICSID Konvansiyonu’nun korumayı amaçladığı nitelikte ve sadece şeklen olmayıp esas itibarıyla de gerçek bir yatırım yapıp yapmadığının belirlenmesi olduğu ifade edilmiştir.⁹⁹

Sonuç olarak, hukuken geçerli ve meşru olarak, ticari sebeplerle veya yatırımın hukuken korunmasını artırmak amacıyla yapılan yeniden yapılandırmaların uluslararası yatırım tahkimi sistemini kandırmaya yönelik yapılan yapılandırma faaliyetlerinden ayrı tutulması gerekir. Bir yatırımın gerçek olmayan bir şekilde uluslararasılaştırılması halinde yapay olarak yerli bir yatırımın herhangi bir meşru ve geçerli sebep olmadan yabancı yatırımcılara devredilmesi söz konusudur. Bu halde, halihazırda var

⁹⁴ Cascade v Türkiye, para. 330; Çalışkan, *The Development of International Investment Law: Lessons from the OECD MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment*, 54; Erten, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, 158; Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 91.

⁹⁵ Cascade v Türkiye, para. 330-331.

⁹⁶ Cascade v Türkiye, para. 331.

⁹⁷ 1986 tarihli Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği (BLEU) – Türkiye İki Taraflı Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşması.

⁹⁸ Cascade v Türkiye, para. 331.

⁹⁹ Cascade v Türkiye, para. 329.

olan veya öngörülebilir¹⁰⁰ durumda olan devlet müdahalesinden kaçınmak amacı vardır. Dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalandırmayarak engellemeye çalıştığı durum da budur. Uluslararası yatırım anlaşmalarıyla korunması amaçlanmayan ve dolayısıyla gerçek olmayan yatırımların uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmasının önüne geçmek amaçlanır.¹⁰¹

Meşru ve hukuken geçerli bir yeniden yapılandırmayı sürecin kötüye kullanılmasından ayırt ederken sorulması gereken sorular yabancı yatırımcının yatırım işlemlerine “ne zaman” ve “neden” girdiği olmalıdır. Daha önce ev sahibi devletin vatandaşları tarafından sahip olunan veya yönetilen yerel bir şirketteki hisselerin yabancı yatırımcıya devredilmesinin zamanlaması ve koşulları önemlidir.

C. Yatırıma müdahalenin başlamış olması

1. Genel olarak

Yatırımın ne zaman yeniden yapılandırılarak uluslararası bir hale getirildiğinin tespitinde ilk incelenen zaman dilimi ev sahibi devletin müdahalesinin yeniden yapılandırma anında zaten başlamış olduğu andır. Yani bu durumda, yatırım yabancı hissedara devredilirken ev sahibi devletin yatırım üzerinde müdahale teşkil edecek işlemleri uygulanmaya başlamıştır.¹⁰² Yatırım üzerinde olumsuz sonuçlar ve zarar da doğmaya başlamış olabilir. Bu hal, dava hakkının kötüye kullanılması bakımından en açık örneği oluşturur. Öyle ki, gerçek ve korunan uluslararası yatırım olup olmadığının dahi incelenmesine gerek olmadan uluslararası yatırımcının dava hakkının kötüye kullanılması teşkil edecek şekilde sisteme dahil edildiğini tespit etmek mümkündür. Zira yerli yatırım hakkındaki devlet müdahalesi gerçekleşmeye başlayarak yatırımcının kaçınmak istediği uyuşmazlık zaten var olmuştur. Bu andan sonraki yatırımın el değiştirmesi işlemlerinin dava hakkının kötüye kullanılması oluşturacağı açıktır. Bu görüş birçok uluslararası yatırım tahkimi kararında da bu şekilde yer almıştır.¹⁰³

2. Uluslararası yatırım tahkimi içtihatlarında meselenin incelenmesi

Pac Rim davası kararı devletin müdahalesinin akabinde yatırımın uluslararasılaştırılmak maksadıyla devredilmesinin dava hakkının kötüye kullanılması olduğunu ifade eden kararlardandır. Bu durum hakem heyeti tarafından şöyle açıklanmıştır:

¹⁰⁰ Renée Rose Levy v Peru davasında bu durum Hakem Heyeti tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “Uyuşmazlığın öngörülebilir olduğu bir zamanda anlaşmanın korumalarından yararlanmak amacıyla gerçekleştirilen bir yeniden yapılandırma, koşullara bağlı olarak, sürecin kötüye kullanılması anlamına gelebilir.” Bkz. Renée Rose Levy v Peru, para. 185.

¹⁰¹ Aynı yönde görüşler için bkz. Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, 221.

¹⁰² Ancak halihazırda başlamış olan devlet müdahalesi, dava hakkının kötüye kullanılması doktrinine dahi gerek kalmadan, hakem heyetinin yetkisini ortadan kaldırabilir. Ratione temporis incelemesi, yani hakemlerin zaman bakımından yetkisi, kapsamında hakemlerin uyuşmazlık hakkındaki yetkisinin o uyuşmazlığın gerçekleştiği zamana yönelik mevcut olması gerekir. Ratione temporis incelemesi neticesinde hakemlerin yetkisi o uyuşmazlığın zamanına yönelik mevcut olmayabilir. Dava hakkının kötüye kullanılmasından önceki zaman dilimini ilgilendiren bu inceleme neticesinde hakemlerin zaman bakımından yetkisi olmadığından herhangi bir dava hakkının kötüye kullanılması incelemesine gerek kalmaz. Bu ayrımı Renée Rose Levy v Peru kararından şu bölümle ifade etmek mümkündür: “Eğer bir davacı, itiraz edilen [devlet işleminin] gerçekleştiği tarihten sonra bir yatırım edinmişse, hakem heyeti ratione temporis yargı yetkisinden yoksun olacaktır ve sürecin kötüye kullanılması incelemesine gerek kalmaz. (...) [Buna karşın, davacının] yatırımını itiraz edilen işlemten önce edinmiş olması halinde (...) hakem heyeti ratione temporis yargı yetkisine sahiptir ancak yatırımın bir dava hakkının kötüye kullanılması olması nedeniyle hakemlerin yetkisiz olması söz konusudur.” Bkz. Renée Rose Levy v Peru, para. 182. Philip Morris v Avustralya davasındaki Hakem Heyeti’nin şu tespitleri de bu noktada belirtilebilir: “[a]Her ne kadar bazen mevcut bir uyuşmazlık varken yeniden yapılandırma durumunda da hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olabileceği söylene de, eğer uyuşmazlık zaten mevcutsa, o zaman hakem heyeti normalde ratione temporis yargı yetkisinden yoksun olacaktır.” Bkz. Philip Morris v Avustralya, para. 351.

¹⁰³ Mesela Phoenix v Çek Cumhuriyeti davasında Hakem Heyeti şu tespitlerde bulunmuştur: “Phoenix, (...) vergi ve gümrük makamlarıyla sorunlar yaşayan (...) ve banka hesapları on sekiz ay boyunca dondurulmuş olan bir ‘yatırım’ satın almıştır. (...) Başka bir deyişle, Phoenix tarafından iddia edilen tüm zararlar, sözde yatırım yapıldığında zaten meydana gelmiştir. (...) Gerçekten de söz konusu olan yatırım öncesinde çeşitli devlet müdahaleleri ve zararlar ortaya çıkmıştı.” Bkz. Phoenix v Çek Cumhuriyeti, para. 136, 138. ST-AD v Bulgaristan davasında da benzer tespitler şu şekilde yapılmıştır: “Yatırıma zarar veren olayların tamamı Davacı’nın yatırımını edinmesinden yıllar önce meydana gelmiştir (...) ve Davacı’nın yatırım ortamına girdikten sonra gerçekleştiğini söyleyebileceği tek olay da gerçek değildir”. Bkz. ST-AD, para. 419.

“Bir yatırımcının, yatırımını olumsuz etkileyen olayların meydana geldiğini fark ettiği andan sonra uluslararası bir anlaşma kapsamında yargı yetkisi elde etmek için [yatırımın mülkiyetini] değiştirmesi açık olarak sürecin kötüye kullanılmasıdır.”¹⁰⁴

Böyle bir durumda uluslararası anlaşmalar kapsamında devletlere dava açılabilmesine imkân sağlayarak koruma altına alınmak istenen bir uluslararası yatırım yoktur. Yatırımın uluslararası hale getirilmesinin sebebi devlet ile yerel yatırımcı arasında uyuşmazlığın doğmuş olması ve oluşacak zararların uluslararası yatırım tahkimiyile tazmin edilmesi amacıdır. Bu halde, varsa, yalnızca yerel bir yatırım ve yerel yatırımcıdan bahsedilebilir. Dava hakkının kötüye kullanılmasıyla zamanlamasıyla ilgili benzer bir değerlendirme de Lao Holdings kararında şu şekilde yapılmıştır:

“Eğer bir şirket, işlerin kötüye gitmeye başladığı bir anda ve bir uyuşmazlık çıkması kuvvetle muhtemel hale gelmişken ICSID’in yargı yetkisini elde etmek için tabiiyetini değiştirirse bu sürecin kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir.”¹⁰⁵

Dava hakkının kötüye kullanılmasıyla en açık halini oluşturan bu durumda zaten ortada var olan bir devlet müdahalesi sonucunda ortaya çıkan bir uyuşmazlık vardır. Bu yerel uyuşmazlık bakımından uluslararası yatırım tahkimi sisteminin sağladığı korumalardan faydalanmak için gerçek olmayan bir uluslararası yatırım görüntüsü oluşturmak dava hakkının kötüye kullanılması nedeniyle hakemlerin yetkisiz olması sonucunu doğurur. Bu halde yatırıma devlet müdahalesinin başladığı andan itibaren uyuşmazlık ortaya çıkmış olacak ve başka bir ekonomik sebeple açıklanması mümkün değilse iddia edilen uluslararası yatırımın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil ettiği kabul edilecektir.

Davacının iddia ettiği uluslararası yatırımına davalı devletin müdahalesinin halihazırda başlamış olup olmadığı Cascade v Türkiye kararında da incelenmiştir. Davacı Cascade, CMD’nin hisselerini satın aldığı sırada devlet ile bir uyuşmazlığın halihazırda çıkmış olmadığını iddia etmiştir. Bu nedenle, Cascade’ın hisse alım işlemlerinin yalnızca bir hissedarlık yapısı değişimi olduğu ifade edilmiştir.

Ancak hakem heyeti bu iddianın, gerçek olsa dahi, dava hakkının kötüye kullanılması belirlemesi yapmada asıl olmadığını belirtmiştir.¹⁰⁶ Buna göre, yatırıma müdahalenin başlamış olması bu dava kapsamında dava hakkının kötüye kullanılması için uygulanabilir bir değerlendirme noktası değildir. Devletin çeşitli tedbirleri aldığı ve dolayısıyla belirli bir uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarih önemlidir. Bu tarih öngörülebilirlik değerlendirmesinde göz önüne alınır. Buna karşılık, halihazırda ortaya çıkmamış bir uyuşmazlığın yine de yatırımcı tarafından makul olarak öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesine daha çok önem verilmiştir. Bu nedenlerle, Devletin müdahale teşkil eden işlemlerinden önce gerçekleşen olaylar incelenerek öngörülebilir bir müdahalenin olup olmadığı hakkında daha detaylı inceleme yapılmıştır.

D. Yatırıma yönelik devlet müdahalesinin öngörülebilmesi

1. Genel olarak

Dava hakkının kötüye kullanılması bakımından tespiti daha zor olan zamanlama meselesi yatırımın uluslararası olarak yeniden yapılandırılmasından sonra ev sahibi devletin yatırıma müdahale ettiği haldir. Bu halde yerli yatırımcı yatırımını yeniden yapılandırarak uluslararası bir yabancı yatırım haline çevirir. Bu yapılandırmanın akabinde ise devletin uluslararası yatırıma müdahale teşkil eden işlemleri gerçekleşir. İşte bu durumda söz konusu yeniden yapılandırmanın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil ettiği itirazında bulunulursa gerçek bir uluslararası yatırım olup olmadığının tespiti için dava hakkının kötüye kullanılması doktrini bakımından inceleme yapmak gerekir.

¹⁰⁴ Pac Rim v El Salvador, para. 2.100.

¹⁰⁵ Lao Holdings N.V v Lao Halkın Demokratik Cumhuriyeti (I), ICSID Dava No ARB(AF)/12/6, Yetki Hakkında Karar, 21 Şubat 2014, para. 76.

¹⁰⁶ Cascade v Türkiye, para. 338.

Bu incelemede dikkate alınacak unsurlar ise yeniden yapılandırmanın zamanı, içeriği ve müdahale teşkil eden devlet işlemlerinin özellikleri çevresinde oluşmuştur. Bu unsurlar gerçek bir uluslararası yatırım olmadığı sonucuna varılmasına neden olabilir. Zaten gerçek dava hakkının kötüye kullanılması da budur. Dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin asıl çıkış amacı bu şekilde uluslararası yatırım tahkimi sistemine girmek amacıyla yapılan yeniden yapılandırmaların önlenmesidir. Dava hakkının kötüye kullanılması doktrinin engellenmesini istediği bu yatırımlar, devletin müdahalesinden önce yeniden yapılandırılarak uluslararası olması sağlanmasına rağmen yalnızca uluslararası yatırım tahkimi sisteminden yararlanabilmek için gerçekleştirilenlerdir.

Öngörülebilirlik (foreseeability) kavramının temelde yer aldığı bu dava hakkının kötüye kullanılması durumunda yerli yatırımcının, yatırımına devlet tarafından müdahale edileceğini öngörmesi nedeniyle ve bundan korunma yegâne amacıyla yatırımı uluslararası olarak yeniden yapılandırması kastedilir. Kendi devleti tarafından yatırıma müdahalede bulunulacağını öngören yerli yatırımcı uluslararası yatırım tahkiminden faydalanmak amacıyla yatırımı yeniden yapılandırır. Bu yapılandırma yerli yatırımın tamamının veya bir kısmının yabancı yatırımcıya devredilmesi şeklinde olabileceği gibi yabancı yatırımcının yerli yatırıma başka bir şekilde iştirak etmesi şeklinde de gerçekleşebilir.

Yukarıda da incelendiği üzere, yatırıma henüz müdahale başlamadan bir yeniden yapılandırma olduğu için tamamen meşru ve ticari sebeplerle yabancı yatırımcının bu işlemleri gerçekleştirmiş olması söz konusu olabilir. Bu nedenle söz konusu yeniden yapılandırmanın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil edip etmediği değerlendirilirken olayların tüm özellikleri detaylı olarak incelenmelidir. Yalnızca gerçekten bir suistimal amacı varsa ve yalnızca uluslararası yatırım tahkimi sisteminden yerel bir yatırımı faydalandırmak amaçlanıyorsa dava hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilebilir. İşte bunun tespiti için öngörülebilirliğin unsurlarının değerlendirilmesi gerekir.

Bu değerlendirmeyi yaparken Cascade v Türkiye kararında göz önüne alınan hususlar ve hakem heyetinin değerlendirmeleri dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin uygulamasına dair önemli özellikleri ortaya koymuştur. Hakem heyetinin yetkiye dair incelemesinde dava hakkının kötüye kullanılması olup olmadığı asıl soruyu oluşturmuştur. Bu sorunun içinde de öngörülebilirlik temel inceleme konusudur. Yani Cascade'ın CMD'nin hisselerini aldığı tarihlerde devlet ile CMD ve Feza arasında bir uyuşmazlığın olduğuna veya olabileceğine dair Cascade'ın veya objektif olarak üçüncü kişi yatırımcının öngöründe bulunmasının söz konusu olup olmadığı sorusu etrafında inceleme yapılarak yetki bakımından karar verilmiştir.

Hakem heyeti, öngörülebilirlik değerlendirmesinin dava hakkının kötüye kullanılması bakımından inceleme yapılırken en önemli unsur olduğunu ve belirli bir uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarihten önceki olayların incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁰⁷ Bu incelemeyi yaparken dosyadaki tüm delillerin ve iddialar ile savunmaların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği de belirtilmiştir. Böylece Cascade'ın iddia ettiği yatırımının ev sahibi devlet olarak Türkiye'de gerçek bir "ekonomik faaliyette bulunmayı" mı, yoksa yeniden yapılandırmadan önce uluslararası yatırım tahkimine gidemeyeceği için, yaklaşan bir uyuşmazlık nedeniyle ICSID uluslararası tahkim koruması elde etmeyi mi amaçladığı tespit edilebilmiştir.

Tarafların iddia ve savunmaları kapsamında hakem heyeti dört başlıkta öngörülebilirlik incelemesini yapmıştır:

- (a) Uyuşmazlık kimin için öngörülebilir olmalıdır?
- (b) Ne derecede öngörülebilirlik olmalıdır?
- (c) Öngörülebilir olması gereken şey tam olarak nedir?

¹⁰⁷ Cascade v Türkiye, para. 340.

(d) Dava hakkının kötüye kullanılması kavramı yalnızca yeniden yapılandırma işlemleriyle mi sınırlıdır, yoksa önceki hissedarlarla bağlantısı olmayan, yeni bir hissedar tarafından yapılan bir devralmaya da bu doktrin uygulanabilir mi?

2. Uluslararası yatırım tahkimi içtihatlarında meselenin incelenmesi

a. Devletin müdahalesini öngörmesi gereken kimdir?

Dava hakkının kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilen işlemler düşünüldüğünde, devletin müdahale edeceğini öngörüp yerli yatırımı uluslararası olarak yeniden yapılandıran ve yabancı yatırımcıyı yatırıma dahil eden yerli yatırımcının kendisidir. Zira yatırımın zarara uğramasını istemeyen, devlet müdahalesinden arı kalmasını isteyen en başta yerli yatırımcının kendisidir. Ancak, devletin müdahalesini öngören veya öngörmesi gereken kişinin yerli yatırımcının kendisi olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Acaba, dava hakkının kötüye kullanılması halinden bahsedebilmek için yerli yatırımcının kendisinin mi bu devlet müdahalesini öngörmüş veya öngörebilir olması gereklidir? Yoksa, yatırımcının değil, herhangi bir makul üçüncü kişi yatırımcının bu müdahaleyi öngörmesinin beklenmesi mi gerekir?

Öngörülebilirliğin tespit edilmesi için kullanılan değerlendirme ölçütü subjektif veya objektif olma testiyle¹⁰⁸ açıklanabilir. Böylece bu sorular, öngörülebilirliğin subjektif mi yoksa objektif mi olması gerektiği şeklinde de sorulabilir. Devletin müdahalesi yatırımcının kendisi tarafından öngörülmesi subjektif öngörülebilirlikten bahsedilecektir.¹⁰⁹ Yatırımcıdan başka bir üçüncü kişi yatırımcı tarafından öngörülmesi gerekiyorsa da bu objektif öngörülebilirliktir.

Yatırımcının kendisinin devletin müdahalesini öngörebilmesini beklemek objektif olarak üçüncü kişi yatırımcının öngörmesini beklemekten daha sıkı şartlar içeren bir standart getirmektedir. Yani, subjektif test kabul edildiği takdirde yeniden yapılandırmanın dava hakkının kötüye kullanılması olabilmesi için daha yüksek bir kesinlikte öngörülebilirlik aranır. Yatırımcının söz konusu müdahaleyi öngörmesini beklemek davacı yatırımcının talep ettiği test olacakken, objektif testin uygulanmasını da davalı devlet ister. Zira subjektif olarak yatırımcının kendisinin öngörmesi için dava hakkının kötüye kullanılması bakımından daha kesin, açık ve daha az şüphe içeren deliller olması gerekir.

Subjektif test kabul edildiği takdirde yatırımcının yatırımı, devlet ile ilişkileri ve ev sahibi devletteki gelişmeleri göz önüne alarak yatırıma devletin müdahalesini öngörmüş olması beklenir.¹¹⁰ Yatırımcının kendisine, bağlı şirketlerine veya ana şirkete, hissedarlarına ve tabii ki yatırımın kendisine yönelik, henüz devlet müdahalesi olmasa da müdahale edileceğini öngörmesini sağlayan işlemlerin, kararların veya açıklamaların olması gerekir. Söz konusu yatırımla aynı sektörde yer alan üçüncü kişi yatırımcılara yönelik müdahaleler de öngörülebilirlik değerlendirmesinde göz önüne alınabilir.

Objektif olarak üçüncü kişi yatırımcının devlet müdahalesini öngörebilir olmasının kabul edilmesi halinde ise, yatırımcının kendisinin devlet müdahalesini öngörüp öngörmediğinin bir önemi olmayacaktır.¹¹¹ Hatta, yatırımcının devlet müdahalesini öngörmesi gerekirdi diyerek de dava hakkının kötüye kullanılması incelemesi yapılmasına gerek olmayacaktır. Zira bu durumda makul ve basiretli bir üçüncü kişi yatırımcının gözünden olaylar değerlendirilmelidir. Bu objektif üçüncü kişi yatırımcının

¹⁰⁸ Objektif ve subjektif test ifadeleri doktrin ve hakem heyeti kararlarında da yer almaktadır. bkz. Garibaldi, "Abuse of Rights in Investment Disputes: A Critical Analysis", 109; Philip Morris v Avustralya, para. 538-554.

¹⁰⁹ Eric de Brabandere, "'Good Faith', 'Abuse of Process', and the Initiation of Investment Treaty Claims", *Journal of International Dispute Settlement*, 3(3), 2012, 27.

¹¹⁰ Subjektif kriterin genel olarak ilgili kişinin niyetini, bir yönde hareket etmesi için sahip olduğu motivasyonu ifade ettiği ve dava hakkının kötüye kullanılması bağlamında da kötü niyetin ortaya konulması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Oscar M. Garibaldi, "Abuse of Rights in Investment Disputes: A Critical Analysis", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 13(2), 2021, 108.

¹¹¹ İlgili kişinin niyetine bakmadan yalnızca objektif bir değerlendirmeye dava hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilmesinin objektif kriter olduğu hakkında bkz. Garibaldi, "Abuse of Rights in Investment Disputes: A Critical Analysis", 48.

gerekli ve uygun şekilde inceleme ve değerlendirmeleri neticesinde devletin söz konusu yatırıma müdahale edebileceğini öngörebilecek durumda olması yeterlidir.¹¹² Yatırımcının kendi ihmali veya yetersiz incelemesi nedeniyle bu müdahalenin geleceğini öngörmemiş olsa dahi üçüncü kişi yatırımcının bunu öngörebilecek durumda olduğu kabul edilebiliyorsa dava hakkının kötüye kullanılması açısından öngörülebilirliğin gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Mesela, Tidewater ve diğerleri v Venezuela davasında hakem heyeti bu yöndeki değerlendirmesini şu şekilde ifade etmiştir: “yeniden yapılandırmanın objektif amacının, yatırımcının devletle yaşadığı uyuşmazlık nedeniyle bir uluslararası yatırım anlaşması koruması elde etmesini kolaylaştırmak olup olmadığı incelenmelidir”.¹¹³ Bununla birlikte, hakem heyeti, yeniden yapılandırma sırasında kamulaştırmanın yakın olduğunun makul bir şekilde öngörülebilir olmadığını tespit etmiş ve buna bağlı olarak dava hakkının kötüye kullanılmasına dayalı itirazı reddetmiştir.¹¹⁴

Subjektif testin oldukça yüksek bir standart getirmesine karşılık objektif test uluslararası yatırım yapan yatırımcıların genelinden makul bir dikkatle devlet ile ilişkileri takip etmelerini beklemektedir. Yatırımcının kendisinin devlet müdahalesini öngörmesini beklemek, dava hakkının kötüye kullanılması teşkil eden birçok durumun öngörülebilirlik testini geçememesine neden olabilir. Zira yatırımcının öngördüğünü ispatlamak için açık ve kesin sayılabilecek delillere ihtiyaç vardır. Bu seviyede bir öngörülebilirliği beklemek uluslararası yatırım tahkiminin yatırımın tüm taraflarına sağlamayı amaçladığı dengeli korumaya aykırı olur. Ayrıca, subjektif test, bir anlamda, yatırımcının kötü niyetli hareket ettiğinin de açık olarak ortaya konulmasını gerektirir. Buna karşılık, dava hakkının kötüye kullanılması doktrini yatırımcının kötü niyetli hareket ettiğini ispatlamayı gerektirmemelidir.¹¹⁵ Kötü niyete dair açık bir delil bulunmasa bile, yeniden yapılandırma ile uluslararası olan bir yatırım, halin şartlarına göre bir dava hakkının kötüye kullanılması teşkil edebilir.¹¹⁶ Böylece, uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmak için uluslararası anlaşma veya ICSID Konvansiyonu şartları sağlanmayabilir. Çünkü devlet ile bir uyuşmazlık zaten makul üçüncü kişi yatırımcı için objektif olarak öngörülebilir olmuştur.

Bu nedenlerle, ilgili kişinin hakkını kötüye kullanması teşkil eden niyetinin varlığını zorunlu gören görüşe¹¹⁷ karşılık, öngörülebilirliğin objektif test kapsamında üçüncü kişi yatırımcı tarafından öngörülebilir olma şeklinde anlaşılması gerekir.¹¹⁸ Yatırımcının kendisi devlet müdahalesini öngörmemiş olsa dahi, tüm deliller ve olaylar değerlendirildiğinde, makul bir inceleme ile üçüncü kişi yatırımcının devletin müdahalesini öngörebilir durumda olması yeterli olmalıdır.

Cascade v Türkiye davasında da devletin müdahale teşkil eden işlemlerini kimin öngörmesi gerektiği hakkında iki farklı görüş değerlendirilmiştir. Davacı, subjektif öngörülebilirlik değerlendirmesi olarak yatırımcı tarafından öngörmenin gerçekleşmiş olmasının şart olduğunu iddia etmiştir. Buna göre, dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin öngörülebilirlik unsurunun gerçekleşmesi için davacının kendisinin davalı ile bir uyuşmazlığı öngördüğü sonucuna varılması gereklidir.¹¹⁹ Bir başka deyişle, davacıya göre, davacının devletin müdahale teşkil eden işlemlerini, kararlarını öngörmüş olması gerekmektedir. Davalı ise, öngörülebilirlik testinin objektif olduğunu ve makul bir yatırımcı için bir

¹¹² Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 465

¹¹³ Tidewater ve diğerleri v Venezuela, para.150.

¹¹⁴ Tidewater ve diğerleri v Venezuela, para.194-197.

¹¹⁵ Philip Morris v Avustralya, para. 539.

¹¹⁶ Strabag SE ve diğerleri v. Polonya Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ADHOC/15/1, Yetki Hakkında Kısmi Karar (4 Mart 2020), para.6.9.

¹¹⁷ Bu görüşlerin özellikleri genel olarak ilgili kişinin dava hakkının kötüye kullanılması niyetine açıkça sahip olması gerektiği şeklinde belirtilmektedir. Bkz. Garibaldi, “Abuse of Rights in Investment Disputes: A Critical Analysis”, 48.

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. Tidewater ve diğerleri v Venezuela, para.194. Tidewater ve diğerleri davasında hakem heyeti “böyle bir kamulaştırmanın yakın olduğuna dair [ilgili zamanlarda] makul/öngörülebilir bir ihtimal var mıydı?” sorusu üzerinden bu değerlendirmeyi yapmıştır.

¹¹⁹ Cascade v Türkiye, para. 342.

uyuşmazlığın öngörülebilir olduğu sürece dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin unsuru olarak öngörülebilirlik şartının karşılanacağını iddia etmiştir.¹²⁰

Cascade v Türkiye davasında hakem heyeti, davalının savunmaları kapsamında objektif öngörülebilirlik testini benimsemiştir.¹²¹ Bunu yaparken hakem heyetinin ilk inceleme noktası “öngörülebilir” (foreseeable) kelimesinin sözlük anlamı ve kelime yapısıdır. Kelimenin tanımı itibarıyla objektif (nesnel) bir anlama sahip olduğu belirtildikten sonra “gerçekten öngörülen” (actually foreseen) değil “öngörü-yapılabilir” (able to foresee) şeklinde bir kelime yapısına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla kavramın özünde, bir gelişmenin doğası gereği (makul olarak) öngörülebilir olup olmadığına odaklanılmıştır. Buna karşılık, belirli bir yatırımcının objektif olarak öngörülebilir olan bir gelişmeyi gerçekten öngördüğünün kanıtlanması bu unsur bakımından zorunlu değildir.

Ayrıca, davacının iddia ettiği gibi subjektif öngörülebilirliğin kabul edilmesi halinde değerlendirme kriterinin ve bunu ispat standardının oldukça yüksek olacağı da hakem heyetince ifade edilmiştir.¹²² Subjektif olarak davacının devletin eylemlerini öngördüğünü ispat etmek için açık delillere ihtiyaç duyulur. Bu da her zaman mümkün olmayabilir. Zira devletin yatırıma yönelik olumsuz eylemlerini öngörerek ICSID uluslararası yatırım tahkimine uygun şekilde tabiiyeti yeniden yapılandıran yatırımcıların bu niyetlerine ilişkin arkalarında bir belge bırakmamaları ve bu niyetleri ile öngörülerini reddetmeleri kuvvetle muhtemeldir. Buna ek olarak, objektif öngörülebilirliğin benimsendiği durumda dahi yatırımcının da üçüncü kişi yatırımcı gibi devletin müdahalesini öngördüğüne dair deliller bulunabilir.

Objektif öngörülebilirliğin kabulüyle birlikte, gerekli araştırmayı yapan, piyasadaki koşulları ve devlet ile ilişkileri takip eden üçüncü kişi yatırımcının devletin müdahalesini öngörebilmesi söz konusudur. Cascade v Türkiye kararından bununla ilgili verilebilecek örneklerden biri devlet ile bazı medya şirketleri arasında gerçekleşen olaylardır. Aralık 2013 tarihinden itibaren Zaman Gazetesi, Feza, CMD gibi FETÖ ile iltisaklı medya şirketlerinin devlete karşı bir tehdit oluşturduğunun ve buna karşılık devletin de bu şirketlere yönelik tedbirler almayı planladığının herkesçe bilindiği Cascade v Türkiye kararında belirtilmiştir.¹²³ Bu durum kamuya açık şekilde yayın yapan sosyal medya sitelerinde açıklanarak herkes tarafından bilinir hale gelmiştir. Hakem kararında buna örnek olarak çeşitli sosyal medya hesapları tarafından Zaman Gazetesi veya FETÖ ile iltisaklı medya şirketlerinin sahipleri ile yöneticilerine yönelik el koyma veya çeşitli tedbirlerin alınacağını yazılması verilmiştir.¹²⁴ Böylece, yatırımcı bile olmayan herhangi bir kişi tarafından da CMD, Feza veya diğer ilgili şirketlere el koyma veya kayyım tedbiri gibi kararların alınabileceği ortaya konulmuştur. Bu durumda, yalnızca Cascade’ın değil herhangi bir üçüncü kişi yatırımcının da bu tedbirleri öngörebilir hale geldiği kabul edilmiştir.

Hakem heyeti bu durumda masum ancak makul olmayan bir şekilde özensiz davranan bir yatırımcının cezalandırılmasının söz konusu olabileceğini ifade etmiştir.¹²⁵ Gerçekten, yatırım yapmadan önce makul ve özenli bir araştırmayla öngörülebilecek devlet müdahalesini ihmali neticesinde öngöremeyen bir yatırımcı bulunabilir. Ancak bu durumun da öngörülebilirlik değerlendirmesinin subjektif testteki kadar yüksek bir standarda bağlı kılınmasını gerektirmediği hakem heyetince belirtilmiştir.

Philip Morris kararında¹²⁶ olduğu gibi, dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin yatırımcının kötü niyetli olduğunu ispat etmek gibi yüksek bir ispat standardını gerektirmediği sonucuna Cascade v Türkiye davasında hakem heyeti tarafından da varılmıştır.¹²⁷ Buna göre, kötü niyete dair herhangi bir

¹²⁰ Cascade v Türkiye, para. 342.

¹²¹ Cascade v Türkiye, para. 343.

¹²² Cascade v Türkiye, para. 344.

¹²³ Cascade v Türkiye, para. 360-362.

¹²⁴ Cascade v Türkiye, para. 367.

¹²⁵ Cascade v Türkiye, para. 344.

¹²⁶ Philip Morris v Avustralya, para. 539.

¹²⁷ Cascade v Türkiye, para. 344.

kanıt olmasa bile, yatırımın içinde bulunduğu koşullar itibariyle ve devlet ile uyumsuzluğun makul bir yatırımcı için objektif olarak öngörülebilir olması nedeniyle bu sözde yabancı yatırım uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalandırılmayacaktır. Bu nedenle, dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin varlığı kabul edilmelidir.

b. Devletin müdahalesinin ne kadar öngörülmesi gerekir?

Devletin müdahalesinin ne kadar yakın bir ihtimal olduğu da öngörülebilirlik değerlendirmesinde önemlidir. Devletin yatırıma müdahalesinin ne kadar, hangi seviyede öngörülebilir olması beklenmelidir? Bir başka deyişle, “yüksek olasılıkla” bir müdahalenin olacağı mı öngörülmalıdır, yoksa daha az seviyede bir ihtimal yeterli midir? Bu soruların cevabını verebilmek için sürecin değerlendirilmesi gerekir. Yatırımcı ile devlet arasında devam eden ilişki içerisinde her iki taraf için de olumlu ve olumsuz birçok olay söz konusu olabilir. Taraflar için olumlu veya olumsuz olarak nitelendirilebilecek birçok karar bu süreçte alınabilir. Bu olaylardan, kararlardan bazıları uluslararası yatırım tahkimi korumasındaki tarafların menfaatlerinin korunmasında öngörülebilirlik için belirleyici olarak kabul edilmelidir.

Bunu yaparken unutmamak gerekir ki, dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin amacı, sadece yabancı yatırımcılar tarafından ev sahibi devlette gerçek bir ekonomik faaliyet çerçevesinde yapılan iyi niyetli yatırımlara uluslararası yatırım tahkimi korumasının tanınmasıdır. Buna karşılık, yaklaşan bir uyumsuzluk veya müdahale nedeniyle yerli yatırımların yalnızca uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmak üzere uluslararası yatırım görünümü almak için yeniden yapılandırılması bu kapsamda koruma göremez.

Devlet müdahalesinin ve uyumsuzluğun objektif olarak bir yatırımcı tarafından öngörülebilir olmasına kadar bir süre geçer. Bu sürede, yukarıda belirtildiği üzere, birçok olay olmuş ve kararlar verilmiş olabilir. Bu sürenin başından müdahalenin artık “yüksek bir ihtimal” olarak öngörülebilir olduğu son anına kadar gerçekleşen anlara öngörülebilirliğin derecesi atfedilebilir. Philip Morris kararında bu derecelendirme ve geçen sürenin dava hakkının kötüye kullanılması ile ilgisi şu şekilde açıklanmıştır:

“Öngörülebilirlik, Pac Rim/El Salvador davasında Hakem Heyeti tarafından ortaya konan iki uç nokta arasında yer almaktadır. [Bu iki uç nokta] çok yüksek bir olasılık ve olası bir ihtilaf halleridir. Bu temelde, bir yatırımcının belirli bir uyumsuzluğun öngörülebilir olduğu bir zamanda bir yatırım anlaşmasının korumasını elde etmek için kurumsal yapısını değiştirmesi durumunda, bir yatırımcı-devlet tahkiminin başlatılması hakların veya sürecin kötüye kullanılması teşkil eder.”¹²⁸

Ne kadar öngörülebilirliğin aranması gerektiği değerlendirmesinde bunun bir süreç olduğu göz önüne alınmalıdır. Bu nedenle belirli bir anın kesin olarak eşik olarak kabul edilmesi kolay değildir.¹²⁹ Yatırımcının devlet ile ilişkisi devam ederken, yukarıda bahsedildiği üzere, olumlu veya olumsuz birçok olay yaşanabilir. Bunlardan hangisinin öngörülebilirliği sağladığı konusunda yatırım ve müdahale arasında geçişkenlik arz eden gri alanların olduğu unutulmamalıdır.¹³⁰ İşte tam da bu nedenle, ilgili tüm faktörlere odaklanarak bütüncül bir analiz yapmak gerekir.¹³¹ Müdahalenin öngörülebilirliğinin ilişkilerin bozulmaya başladığı ilk anda gerçekleşmesini beklemek yatırım gibi uzun soluklu bir ilişkide ani bir tepki olur. Zira ilişki süresince devletin müdahaleden vazgeçmesi ve ilişkilerin tekrar normal hale gelmesini beklemek de söz konusudur. Buna karşılık, devletin müdahalesinden önce yatırımcıyla

¹²⁸ Philip Morris v Avustralya, para. 554.

¹²⁹ Aynı yönde bkz. Pac Rim v El Salvador, para. 2.99.

¹³⁰ Pac Rim v El Salvador, para. 2.99.

¹³¹ Philip Morris v Avustralya davasında Hakem Heyeti, Pac Rim davasındaki Hakem Heyeti’nin de kabul ettiği üzere “yeniden yapılandırmanın içinde bulunduğu koşulların ve olayların ‘kabul edilemez manipölasyonlar’ veya ‘kötü niyetle’ hareket edildiğine dair deliller ortaya koyup koymadığını” tespit etmek için diğer koşulların da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Philip Morris v Avustralya, para. 586-588.

ilişkilerin bozulduğu bu dönem ne kadar uzun süre devam ederse, yatırıma müdahale o kadar öngörülebilir hale gelir.

Tüm bunlar göz önüne alındığında, dava hakkının kötüye kullanılması bakımından devletin müdahalesinin yüksek bir ihtimal olarak öngörülebilir olması gerekir.¹³² Yani, olağan her uyuşmazlık halinde devletin müdahale edeceği öngörülmeliydi sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Devlet ve yatırımcı arasındaki ilişkinin bozulması akabinde devletin müdahale edeceğine dair ihtimalin orta seviyenin üstünde olması gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki, devletin müdahalesinin kuvvetle muhtemel veya kesinlik kadar yüksek bir oranda öngörülebilir olmasını da beklememek gerekir.

Cascade v Türkiye davasında davacıya göre devletin müdahalesinin “kuvvetle muhtemel” (highly probable) olduğunun öngörülmüş olması gerekirken, davalı bunun derecesinin “makul ölçüde öngörülebilir” (reasonably foreseeable) olması gerektiğini savunmuştur.¹³³ Hakem heyeti bu noktada da davalı ile aynı görüşe sahiptir. Buna göre, devlet ile uyuşmazlığın makul ölçüde öngörülebilir olması durumunda dava hakkının kötüye kullanılmasının varlığı söz konusu olabilir.

Cascade v Türkiye davasında hakem heyeti, devletin müdahalesinin zaman bakımından yakın olmasını veya ihtimal olarak çok yüksek olmasını bir şart olarak kabul etmemiştir.¹³⁴ Yalnızca devlet müdahalesinin makul bir inceleme ile öngörülebilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre tüm şartlar değerlendirildiğinde uygun bir araştırma yapan makul bir yatırımcının, satın almakta olduğu yatırımın, haklarını olumsuz yönde etkileyecek önemli bir devlet müdahalesi riskiyle karşı karşıya olduğunu anlaması gerekir.

Mesela, Başbakan tarafından Zaman Gazetesine reklam verilmemesi ve abonelik yapılmaması şeklindeki boykot çağrısı hakem heyeti tarafından bu kapsamda değerlendirilmiştir.¹³⁵ Bununla birlikte FETÖ ile iltisaklı medya şirketlerinin çalışanı gazetecilerin gözaltına alınarak bu şirketler ile devlet arasındaki uyuşmazlık hakkında sorgulanması da dikkate alınmıştır. Bu medya şirketlerine yönelik ceza soruşturmasının başlatılması da yabancı yatırımcı tarafından önemli bir devlet müdahalesinin yaklaşmakta olduğunu öngörüsünün yapılabileceği hakem heyeti tarafından belirtilmiştir.¹³⁶ Esas itibarıyla tüm bunlar yerli yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlığın artarak devam ettiğini ortaya koymaktadır. Böylece devletin yatırıma müdahalesi ihtimalinin de uyuşmazlık sona ermediği müddetçe artması söz konusu olmuştur.

Buna ek olarak, Cascade v Türkiye kararında devralma yoluyla yatırımı satın alan kişinin devletin müdahalesi riskini göze almak için gerçek bir ticari sebebinin bulunmadığı vurgulanmıştır. Ayrıca, yerli yatırımcı olağan işlemlerinin aksine malvarlığını korumak için olağandışı işlemlerde bulunmaktadır. Tüm bunlar da, ekonomik amaçların değil, yaklaşan devlet müdahalesi nedeniyle uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanılması amacının olduğunu gösterir. Bu kapsamda hakem heyeti CMD ve Feza’nın devlet müdahalesi riski veya başka sebeplerle satışlarının düştüğünü, malvarlığının azaldığını ve ticari faaliyetlerinin daraldığını ortaya koymuştur. Tüm bunlara rağmen, bu şirketlere Cascade’ın yatırım yapması olağan ekonomik menfaatlerle açıklanamaz kabul edilmiştir.¹³⁷ Bununla birlikte, CMD ve Feza’nın 2014 öncesinde herhangi bir taşınır veya taşınmaz malvarlığını veya hissedarı oldukları

¹³² Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 326-327. Banro v Kongo davasında da Kanada tabiiyetindeki Davacı şirketin Amerika Birleşik Devletleri’ne taşınması (göçü/migration) bu kapsamda değerlendirilmiştir. Kanada o dönemde ICSID Konvansiyonu’na taraf olmadığından uluslararası yatırım tahkimi koruması elde etmek için böyle bir işlem gerçekleştirilmiştir. Şirketin taşınması, davanın açılmasından hemen önce gerçekleştirilerek ICSID yargı yetkisinin Amerika Birleşik Devletleri tabiiyetindeki şirket üzerinden sağlanması amaçlanmıştır. Ancak bunun Hakem Heyeti’ne geçerli bir yargı yetkisi verilmediği kabul edildiğinden dava yetkiden reddedilmiştir. Banro American Resources Inc. and Societe Aurifere du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v Kongo Demokratik Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/98/7, Karar, 1 Eylül 2000, para. 26.

¹³³ Cascade v Türkiye, para. 345.

¹³⁴ Cascade v Türkiye, para. 345.

¹³⁵ Cascade v Türkiye, para. 363.

¹³⁶ Cascade v Türkiye, para. 365.

¹³⁷ Cascade v Türkiye, para. 382.

şirketleri satmak gibi bir düşünceleri olduğuna dair herhangi bir delil bulunmamasına rağmen, yaklaşan devlet müdahalesi nedeniyle, bunlar doğrudan veya dolaylı olarak yabancı yatırımcıya satılmıştır.¹³⁸ Bu satışlar için Cascade dışında herhangi bir başka yatırımcıyla görüşüldüğüne dair delil de bulunmamaktadır. Bu da 2013 sonrasında gelişen uyuşmazlığın neden olduğu bir uluslararası yatırım tahkimi koruması elde edilmesi faaliyeti olarak açıklanmıştır.¹³⁹

Tüm bunlar da göstermektedir ki devletin müdahalesinin bir an sonra, yani kuvvetle muhtemel, olmasının dava hakkının kötüye kullanılmasının varlığı için aranması söz konusu değildir. Zira öngörülebilirliğin kuvvetle muhtemel değil makul seviyede olması dava hakkının kötüye kullanılması tespiti daha kolay yapılmasını sağlar. Buna karşılık, kuvvetle muhtemel bir müdahale olması gerektiği kabul edilecek olursa, yatırımın yeniden yapılandırılması aşamasında öngörülebilir durumda olan fakat henüz kuvvetle muhtemel seviyesine çıkmamış bir müdahale durumu olduğundan dava hakkının kötüye kullanılması tespiti yapılamayacaktır. Bu da, aslında, gerçek bir yatırım amacı olmayan ve uluslararası yatırım tahkimi sisteminin amaçlarına aykırı gerçekleşen işlemlere koruma getirmek gibi istenmeyen bir sonucu ortaya çıkarır. Bu nedenle, gerçek olmayan yatırım işleminin zaten öngörülebilir devlet müdahalesinin henüz kuvvetle muhtemel bir tehdide dönüşmeden önce yapılmış olması sayesinde bu işleme uluslararası yatırım tahkimi koruması sağlayarak dava hakkını kötüye kullanımı ödüllendirmemek gerektiği hakem heyeti tarafından ifade edilmiştir.¹⁴⁰

Hakem heyeti, uyuşmazlığın henüz öngörülemez olduğu andan müdahaleden hemen önceki kuvvetle muhtemel olduğu an arasında devam eden bir ilişki içerisinde öngörülebilirliğin zaman olarak konumlandırılmasının zor olduğunu ifade etmiştir. Philip Morris kararına atıfla, devlet ile yatırımcı arasındaki ilişkilerin bozulduğu sürenin artmasıyla müdahalenin de o kadar fazla öngörülebilir hale geleceği belirtilmiştir.¹⁴¹

Bu nedenlerle hakem heyeti, Cascade v Türkiye davasındaki tüm delilleri göz önünde bulundurarak, dava hakkının kötüye kullanıldığını göstermek için ciddi ve inandırıcı delillerin ortaya çıkardığı bir yüksek standardı aradığını ifade etmiştir. Ancak bu yüksek standart “kuvvetle muhtemel” bir devlet müdahalesini öngörmek şeklinde değildir. Böylece yeniden yapılandırma olarak yatırımın yapıldığı tarihte olumsuz Devlet işleminin kuvvetle muhtemel olduğunu kanıtlama gerekliliği kabul edilmemiştir.

c. Devletin müdahalesi kapsamında neyin öngörülmesi gerekir?

Öngörülebilirliğin unsurlarının incelenmesi kapsamında devletin müdahalesi kapsamında “neyin”, “hangi olayın” veya “hangi kararın” öngörülmesi gerektiği de incelenmelidir. Uyuşmazlığın ve devletin müdahalesinin öngörülmesiyle kastedilenin devletin hangi kararı neticesinde gerçekleşecek müdahaleyi ifade ettiği de diğer unsurlar gibi önemlidir. Öngörülmesi gereken husus, yatırımcı ve devlet arasındaki uyuşmazlık nedeniyle devletin özel olarak alacağı bir karar mıdır? Öyle ise, bu müdahale teşkil eden kararın tam olarak ne olduğunun öngörülmesi gerekir. Bunu öngörmenin daha zor olacağı ve dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin bu şekilde uygulanmasının davacı olan yatırımcının lehine olacağı açıktır. Buna karşılık, öngörülmesi gereken hususun daha genel olarak uyuşmazlığın ve yatırıma yönelik devlet tarafından alınacak önlemlerin, kararların olduğu da ifade edilebilir.

Neyin öngörülmesi gerektiğiyle ilgili kullandığımız kavramlardan uyuşmazlığın ne demek olduğu öncelikle incelenmelidir. Bir ilişkinin tarafları arasında birçok olay gerçekleşebilir. Bunlardan hangisinin bir uyuşmazlık olduğu sorusu uluslararası yatırım tahkimi davalarında ortaya çıkabilir. Zira hem YKTK anlaşmaları hem de ICSID Konvansiyonu bakımından da hakem heyetinin yetkili olabilmesi için taraflar arasında bir hukuki uyuşmazlığın var olması gerekir.¹⁴² Uluslararası yatırım tahkimi

¹³⁸ Cascade v Türkiye, para. 375.

¹³⁹ Cascade v Türkiye, para. 382.

¹⁴⁰ Cascade v Türkiye, para. 346.

¹⁴¹ Cascade v Türkiye, para. 347.

¹⁴² Fouret vd. *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*, 107.

davalarına bakan hakem heyetleri, hukuki boyutu olmayan siyasi ve ekonomik uyuşmazlıklardan farklı olarak ve onlardan ayırıştırarak, hukuki uyuşmazlıkların ne olduğunu ve olmadığını belirleme yetkisine sahiptir.¹⁴³ Anlaşmalara ve teamül hukukuna dayanması nedeniyle uluslararası hukukun bir alt türü olan yatırım tahkiminde de hukuki bir uyuşmazlığın var olup olmadığı uluslararası hukuk kuralları tarafından belirlenir.¹⁴⁴

East Timor davasında Uluslararası Adalet Divanı (International Court of Justice / "ICJ") uyuşmazlığı, "bir hukuk kuralı veya olgu hakkındaki anlaşmazlık, taraflar arasındaki hukuki görüş ayrılığı veya çıkar çatışması" olarak tanımlamıştır.¹⁴⁵ Bu çerçevede anlaşmazlık pek çok farklı husustan kaynaklanabilir. Yatırımcının tabi olduğu hukuki rejimin değiştirilmesinden yatırımdan elde edilen kazancın ev sahibi ülke dışına çıkarılmasına kadar birçok konuda taraflar arasında görüş veya çıkar çatışması ortaya çıkabilir.

Yalnızca bir görüş ayrılığının ise taraflar arasındaki bir uyuşmazlık olarak kabul edilemeyeceğini, yatırımcının haklarının ihlal edildiği iddiasını ortaya çıkaran en azından bazı devlet kararlarının alınmaya başlamış olmasının uyuşmazlığın tespiti için gerekli olduğunu belirtmeliyiz.¹⁴⁶ Mesela, ülke içerisindeki altyapı yatırımlarının daha fazla devlet veya özel sektör tarafından yapılmasını öngören karar açıklamaları yalnızca siyasi birer eylem olarak görülebilir. Ancak bu açıklamalar neticesinde yatırımın bulunduğu statüyü kaybetmesi, fiziksel olarak yerinden edilmesi ve sonuç olarak mali kayıp veya itibar kaybı yaşaması durumunda ilgili bir YKTK anlaşması kapsamında ev sahibi devletin yatırımcıya karşı yükümlülüklerini ihlal ettiği kabul edilebilir.¹⁴⁷

Daha keskin görüş ayrılıkları veya çıkar çatışmaları ortaya çıkaran haller söz konusu olduğunda ise taraflar arasında uyuşmazlığın var olduğundan şüphe olmaz. Mesela, herhangi bir şekilde yatırımın kontrolünün yatırımcının elinden alınması bu anlamda bir müdahalenin söz konusu olduğu hallerdendir. Yatırımcının mülkiyet hakkını kullanmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı kamulaştırma işlemleri devletin çeşitli kararlarıyla yatırıma müdahalesini oluşturabilir.¹⁴⁸ Aynı şekilde, orantısız vergi artışları, lisans veya izinlerin reddedilmesi veya iptal edilmesi, ev sahibi devletin pasif kalarak yabancı yatırımcıyı korumaması gibi haller de devletin müdahalesine örnektir.¹⁴⁹ Ev sahibi devlet tarafından yabancı yatırıma el konulması, doğrudan veya dolaylı kamulaştırılması, yatırımdan elde edilen gelirlere el konulması veya bunların yatırımcı tarafından elde edilmesinin engellenmesi veya zorlaştırılması bu tanıma uyan çıkar çatışmalarındandır. Yatırımın ekonomik değerinin azaltılması şeklinde devletin işlemleri de bu anlamda müdahale teşkil eden kararlardandır. Böyle durumlarda yatırımcının yatırımdan kaynaklı beklentilerinin zarara uğratılması söz konusu olur. Doğrudan yatırıma el konulmamasına rağmen yatırımın ekonomik değerinin azalmasına veya yatırımcının kontrolünün engellenmesine sebep olan işlemler olan dolaylı kamulaştırma teşkil eden kararlar da devletin müdahalede bulunduğu hallerdir.¹⁵⁰

Uyuşmazlık neticesinde müdahale için devletlerin birçok farklı hukuki ve politik araca başvurmaları mümkündür. Yatırımcıyla öngörülebilir bir uyuşmazlık ortaya çıkması bağlamında bu araçlardan

¹⁴³ Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 191-192.

¹⁴⁴ Bantekas, *An Introduction to International Arbitration*, 285.

¹⁴⁵ Uluslararası Adalet Divanı, East Timor Davası (Portekiz v Avustralya), Karar, 30 Haziran 1995, ICJ Reports 1995, 90, para. 22.

¹⁴⁶ Schreuer vd. *The ICSID Convention: A Commentary*, 94-95. Aynı şekilde Maffezini v İspanya davasında da buna işaret edilmiştir. Bkz. Emilio Agustin Maffezini v İspanya Krallığı, ICSID Dava No ARB/97/7, 13 Kasım 2000, para. 94 ("Maffezini v İspanya").

¹⁴⁷ Bantekas, *An Introduction to International Arbitration*, 285.

¹⁴⁸ Hümeýra Zeynep Nalçacıoğlu Erden, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 50-52.

¹⁴⁹ Nalçacıoğlu Erden, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*, 221 vd.

¹⁵⁰ Hümeýra Zeynep Nalçacıoğlu Erden, "Milletlerarası Yatırım Hukukunda Kültürel Mirasın Korunması", *Public and Private International Law Bulletin*, 41(2), 2021, 841.

hangisinin kullanılacağını yatırımcının tahmin etmesini beklemek doğru olmayacaktır.¹⁵¹ Böyle bir öngörü beklemek, dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin amaçlarıyla da tutarlı değildir. Mesela yatırımcının, devletin belirli bir karar alarak müdahalede bulunacağını öngörerek yatırımını uluslararası olarak yeniden yapılandığı hal bu bakımdan dikkat çekicidir. Yatırımcının özel olarak bu kararı öngörmesinin öngörülebilirlik kapsamında şart olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Bu durumda devlet öngörülenden başka bir kararı alırsa öngörülebilirliğin şartları gerçekleşmediğinden dava hakkının kötüye kullanılması olmadığı sonucuna varılacaktır.

Peki dava hakkının kötüye kullanılması doktrini gerçekten bu durumu kapsam dışında bırakmalı mıdır? Dengeli bir uluslararası yatırım tahkimi sistemi oluşturmak için bu durumun da dava hakkının kötüye kullanılması kapsamında kalarak yasaklanması gereklidir. Zira bu durumda da kendi tabiiyetindeki devlet ile uyuşmazlık yaşayan ve sadece uluslararası yatırım tahkimi korumasından yararlanmak için yatırımı uluslararası olarak yeniden yapılandıran bir yatırımcı vardır.¹⁵² Yabancı yatırımcının yapay olarak sisteme dahil edildiği bu durum da dava hakkının kötüye kullanılmasıdır ve korumadan faydalanamamalıdır. Zira uluslararası anlaşmalar ve ICSID Konvansiyonu açısından bakıldığında, bu durumda söz konusu hukuki metinlerin korumak için tasarlandığı gerçek bir yabancı yatırım yoktur. Çünkü, söz konusu yeniden yapılandırma yatırımın ekonomik olarak daha iyi hale gelmesi amacıyla değil sadece önceden var olan bir yerli yatırımı içeren bir uyuşmazlığı uluslararası hale getirmek için yapılmıştır.

Dava hakkının kötüye kullanılması değerlendirmesinde önemli olan, yatırımın “uluslararasılaşmasının” içinde bulunduğu koşullardır. Bir başka deyişle, uluslararası yeniden yapılandırma iyi niyetli olarak mı gerçekleştirilmiştir yoksa yalnızca sahte bir görüntüden mi ibarettir? Yoksa yatırımcının, devletin zaten yaklaşmakta olan bir uyuşmazlığa yönelik alabileceği kararları doğru tahmin edip etmediği bu değerlendirmede önem taşımaz.

Cascade v Türkiye kararının bu kapsamda özellik arz ettiği konuların başında devlet ile yatırımcı arasındaki uyuşmazlıktan dolayı herhangi bir müdahalenin gelebileceğinin öngörülmesini kabul etmesi gelmektedir. Davacı Cascade’ın devletin aldığı tedbirlerden, mesela, şirketlere kayyım atanmasını mı öngörmesi gerektiği bu kapsamda değerlendirilmiştir. Öngörülmesi gereken işlem veya olay bu değilse, davacının genel olarak devlet tarafından müdahale teşkil eden bir eylemde bulunacağı, karar alacağı mı öngörülebilmiş olmalıdır sorusu sorulmuştur.

Davacı Cascade, “özellikle 2013’ün sonlarında yoğunlaşan Zaman Gazetesi üzerindeki baskı” da dahil olmak üzere Devlet’in çeşitli medya şirketlerine ve yöneticilerine karşı “yeni yöntemler” kullandığını iddia etmiştir.¹⁵³ Davacı tarafından da ifade edilen bu husus yabancı yatırımcının yerli yatırımı devralmasından önce devletin birçok farklı tedbiri alarak yatırıma zarar verilebileceğinin öngörülebildiğini açıkça ortaya koymaktadır. Hakem heyeti de devlet tarafından çeşitli medya şirketlerinin FETÖ’nün kontrolünde olan, onun amaçlarını uygulayan ve FETÖ tarafından finanse edilen şirketler olarak tanımlandığı bilgisi karşısında devletin bu şirketlere yönelik tedbir kararı alabileceğinin öngörülebilir olduğunu kabul etmiştir.¹⁵⁴

Cascade v Türkiye kararında devletin alabileceği tedbirlerden bazıları daha detaylı olarak da öngörülebilir kabul edilmiştir. FETÖ ile iltisaklı gazetecilerin ceza alabileceği, söz konusu medya şirketlerinin kapatılabileceği veya bunlara el konulabileceği şeklinde geleneksel medyada olduğu kadar sosyal medyada da yer alan söylentiler hakem heyeti tarafından dikkate alınmıştır.¹⁵⁵ Hakem heyeti

¹⁵¹ Uluslararası Adalet Divanı, East Timor Davası (Portekiz v Avustralya), Karar, 30 Haziran 1995, ICJ Reports 1995, 90, para. 22.

¹⁵² Aynı yönde bkz. Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 152.

¹⁵³ Cascade v Türkiye, para. 361.

¹⁵⁴ Cascade v Türkiye, para. 361-362.

¹⁵⁵ Cascade v Türkiye, para. 369-370.

tarafından kararda öngörülebilirlik bakımından vurgulanan daha çarpıcı bir olay ise Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde bir milletvekili tarafından Başbakan'a yönelik olarak bu medya şirketlerine el konulacağının doğru olup olmadığı şeklindeki sorudur.¹⁵⁶

Bu soru ve söylentilerin doğrudan davacı Cascade veya CMD hakkında olup olmaması da öngörülebilirlik açısından bir fark oluşturmamıştır. Devletin alacağı öngörülen tedbirlerin yalnızca genel olarak mı yoksa detaylı özellikleriyle mi öngörüldüğü de hakem heyetinin değerlendirmesini ve vardığı sonucu değiştirmemiştir. Burada önemli olan devletin söz konusu yatırıma veya benzer durumdaki diğer yatırımlara yönelik alabileceği herhangi bir tedbirin öngörülebilmesidir.

Hakem heyeti, ayrıca, birçok uluslararası yatırım tahkimi kararını ve görüşü incelemiştir. Bunlardan Maffezini v İspanya kararında da ifade edilen Profesör Christoph Schreuer'in görüşü benimsenmiştir.¹⁵⁷ Buna göre şu tespit yapılmıştır:

“Makul bir şekilde öngörülebilir olması gereken şey, Devletin yatırımcı ile arasındaki bir uyuşmazlık nedeniyle yatırıma karşı bazı olumsuz eylemlerde bulunacağıdır; bu eylemler ortaya çıktığında yatırımcının haklarını etkileyecek ve dolayısıyla [uluslararası yatırım tahkimi davasında] somut bir talep olarak ifade edilebilecektir.”¹⁵⁸

Hakem heyetinin bu tespiti Philip Morris v Avustralya davasında hakem heyetinin “uluslararası yatırım tahkimi davasına yol açabilecek tedbirlerin alınacağına dair (...) makul bir ihtimal olduğunda uyuşmazlığın öngörülebilir olduğu” sonucuna varmasıyla da uyumludur.¹⁵⁹ Buna göre, yatırımcının somut olayda devletin aldığı tedbiri önceden öngörebilmiş olması beklenemez. Bunun yerine, bir uluslararası yatırım tahkimi davasına neden olabilecek herhangi bir tedbirin alınabileceğinin öngörülmüş olması dava hakkının kötüye kullanılması doktrini çerçevesinde zorunlu görülmüştür.

Sonuç itibariyle, öngörülebilir olması gereken şey, devletin yatırımcı ile arasındaki bir uyuşmazlık nedeniyle yatırıma karşı bazı olumsuz işlemlerde bulunacağıdır. Cascade v Türkiye kararında ifade edildiği üzere, davacı Cascade'ın böyle bir davaya imkân verecek zararların doğmasına neden olabilecek şekilde devletin karar alacağını, tedbir uygulayacağını öngörebilir durumda olması halinde öngörülebilirliğin bu şartı gerçekleşmiştir. Bu tedbirler alındığında yatırımcının hakları etkilenecek ve dolayısıyla yatırımcının dava veya başka bir şekilde talepte bulunması söz konusu olacaktır.¹⁶⁰ Buna göre, devletin nihayetinde alacağı kararların ve yapacağı işlemlerin öngörülmesi beklenemez. Bunun yerine, sadece uluslararası yatırım tahkiminde ileri sürülebilecek bir talebe neden olacak ölçüde yatırıma zarar verebilecek devlet işlemlerini öngörmek yeterlidir.

d. Dava hakkının kötüye kullanılması yalnızca yeniden yapılandırma hallerinde mi olabilir?

Cascade v Türkiye davasının dikkat çekici yanlarından bir tanesi de dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin farklı bir yöntemle gerçekleştirilmiş yatırımın uluslararası hale getirilme işlemlerine uygulanmış olmasıdır.¹⁶¹ Dava hakkının kötüye kullanılmasının kabul edildiği diğer birçok davada yerli yatırımın alıcısı satıcıyla, en azından, alt şirket-ana şirket ilişkisi içerisindedir.¹⁶² Bu durumda satıcı, yatırımı kendisinin hissedar olduğu veya kendisinin hissedarlarından olan bir alıcıya devretmiştir. “Yeniden yapılandırma” (restructuring) olarak adlandırılan bu durum yerli yatırımın bir grup içerisinde yeniden konumlandırılmasıdır. Cascade v Türkiye davasında ise durum böyle değildir. Davacı Cascade, CMD'nin hisselerini devralmadan önce CMD veya Feza ile aralarında herhangi bir hissedarlık ilişkisi

¹⁵⁶ Cascade v Türkiye, para. 371.

¹⁵⁷ Maffezini v İspanya, para. 94.

¹⁵⁸ Cascade v Türkiye, para. 351.

¹⁵⁹ Philip Morris v Avustralya, para. 554.

¹⁶⁰ Maffezini v İspanya, para. 94.

¹⁶¹ Cascade v Türkiye, para. 352-353.

¹⁶² Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 326.

bulunmamaktaydı. Cascade, CMD'nin hisselerini şirket dışından herhangi bir üçüncü kişi gibi devralarak görünüşte bir "devralma" (acquisition) yapmıştır.

Davacı Cascade, dava hakkının kötüye kullanılmış olduğunun kabulü için dava hakkının kötüye kullanılması değerlendirmesinin olduğu davalarda yukarıda da incelenen üç şarttan bir başka şartın daha sağlanmasının gerektiğini iddia etmiştir.¹⁶³ Buna göre, yatırımın asıl sahibi olan yerli yatırımcının hisselerini devretmesi akabinde dahi çeşitli yöntemlerle yatırıma bağlı kalması gerekir. Aksi takdirde, yani yatırımın yerli yatırımcıyla bağlantısı olmayan bir kişi tarafından devralınması halinde, bu bir yeniden yapılandırma olmayacak, söz konusu işlemin bir devralma olarak tanımlanması gerekecektir. Bir devralma olduğu takdirde de dava hakkının kötüye kullanılması söz konusu olmayacaktır. Zira bu durumda yerli yatırımcıyla bir bağlantısı olmayan üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen bir yatırım vardır.

Davacı bu iddiasını, yerli yatırımcının iddia edilen dava hakkının kötüye kullanılmasından bir çıkarı olması gerektiğine dayandırmaktadır. CMD'nin, hisseleri davacı Cascade'a devrederek şirketin yönetiminden ve hissedarlık ilişkisinden ayrıldığı varsayımı yapılmaktadır. Bu nedenlerle davacı, devralma işleminin bir yeniden yapılandırma olmadığından dolayı dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin bu olayda uygulanamayacağını iddia etmiştir.

Hakem heyeti bu iddiaları ve olayın bütünündeki delilleri değerlendirdiğinde davacının bu iddiasını reddederek devralma durumunda da dava hakkının kötüye kullanılması olabileceğini kabul etmiştir.¹⁶⁴ Zira dava hakkının kötüye kullanılması doktrinindeki davaların genelinde yeniden yapılandırma olmasına rağmen, yeniden yapılandırmanın dava hakkının kötüye kullanılması olarak kabul edilmesinde geçerli olan hususlar bir devralma halinde de bulunabilir. Yatırımın yeniden yapılandırılmasının altında yatan sebepler, mesela yatırımın uluslararası hale getirilerek YKTK anlaşması ve ICSID Konvansiyonu koruması sağlanması, bir devralma durumunda da yatırımcı için söz konusu olabilir. Aslında başka ICSID davalarında da hakem heyetleri bu sonuca varacak tespitlerde bulunmuştur. Mesela Orascom v Cezayir davasında hakem heyeti, kötüye kullanımın yasaklanmasına ilişkin "genel ilkelerin (...) şimdiye kadar (...) uluslararası yatırım tahkimi davalarındakinden (...) farklı bağlamlarda da geçerli olabileceğini" belirtmiştir.¹⁶⁵

Cascade v Türkiye davasında hakem heyeti, bir devralmanın, normalde, gerçek bir satış teşkil etmesi ve yalnızca ticari amaçlarla yapılarak ev sahibi devlette gerçek bir ekonomik faaliyette bulunulması niyetiyle yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁶⁶ Bunun için devralmaya konu hisselerin gerçek ve piyasadaki emsallere uygun değerle satılması gerekir. Böyle bir durumda yatırımın el değiştirmesi olarak devralmanın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil ettiğine dair şüpheye de mahal yoktur. Ancak nadiren gerçekleşen bazı durumlarda bunun aksi söz konusu olabilir. Bu noktada hakem heyetinin açıklamaları şu şekildedir:

"Bir davadaki deliller, ev sahibi Devlet ile makul ölçüde öngörülebilir bir uyuşmazlık nedeniyle yapılan işlemin iyi niyetine ilişkin endişelere yol açacak kadar olağandışı ise şüpheli koşulların değerlendirilmesi uygun olacaktır. Kuşkusuz, satıcı ve alıcı arasındaki ilişkinin niteliği araştırılması gereken önemli bir unsurdur, ancak bu ilişki aynı holding veya şirket yapısı içinde olmak veya aynı şirkette hissedar olmak ile sınırlı değildir; bir hakem heyeti, satıcı ve alıcı arasındaki işlemin gerçek amaçlarına ışık tutabilecek diğer ortak

¹⁶³ Cascade v Türkiye, para. 352.

¹⁶⁴ Cascade v Türkiye, para. 354.

¹⁶⁵ Bu davada Hakem Heyeti, doktrinin çoğunlukla "ev sahibi devletle bir uyuşmazlığın ortaya çıktığı veya öngörülebilir olduğu bir zamanda bir yatırımın YKTK anlaşması korumasından yararlanmak için yeniden yapılandırıldığı durumlarda" kullanıldığını kabul etmiş, ancak "dikey bir şirketler zincirinde birden fazla şirketi kontrol eden bir yatırımcının (...) farklı şirketlere yönelik devlet tarafından gerçekleştirilen tedbirlerden ve zarardan kaçınılmaya çalışıldığı halde de kötüye kullanımın söz konusu olabileceğini" belirtmiştir. Bkz. Orascom v Cezayir, para. 540-542.

¹⁶⁶ Cascade v Türkiye, para. 354.

çıkarların var olabileceği ihtimalini de incelemelidir. [Bunun amacı] işlemin, ilgili uluslararası anlaşma ve ICSID Konvansiyonu'nun korumayı amaçladığı türden bir yabancı yatırımla sonuçlanıp sonuçlanmadığını veya uluslararası anlaşma korumasına sahip olmayanlar tarafından, yalnızca öngörülebilir bir anlaşmazlık nedeniyle mevcut bir yerli yatırımı uluslararası anlaşma şemsiyesi altına almak için yapıp yapılmadığını belirlemektir.”¹⁶⁷

Uluslararası yatırım tahkimi sisteminin getirdiği korumadan yalnızca gerçek yabancı yatırımcıların yararlanması amaçlandığı için hakem heyeti Cascade'ın gerçek bir yabancı yatırımcı olup olmadığını belirlemek için devralma işlemini bu şekilde incelemiştir. Dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin genel olarak kabul ettiği yeniden yapılandırma işlemlerine benzemese bile Cascade'ın CMD'yi devralması işleminin de dava hakkının kötüye kullanılması olduğuna karar verilmiştir.

Bu da göstermektedir ki, dava hakkının kötüye kullanılması yalnızca yeniden yapılandırma durumlarında gerçekleşmelidir diye bir kuraldan bahsedilemez. Yeniden yapılandırmada olduğu gibi yabancı yatırımcının gerçek olmayan bir uluslararası yatırımı devralma halinde de söz konusu olabilir. Yalnızca uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmanın amaçlandığı bir devralma durumunda da dava hakkının kötüye kullanılması doktrini çerçevesinde gerçek olmayan ve koruma görmeyen bir yatırımdan bahsedilebilir.

Sonuç

Uluslararası yatırım tahkiminde hakemlerin yetkisi ilgili uyumsuzlukta uygulanan ulusal mevzuat ve uluslararası anlaşmalarla belirlenir. Uluslararası anlaşmalardan sıkça uygulanarak hakemlerin yetkilerinin kaynağını oluşturan metinler YKTK anlaşmalarıdır. Uluslararası tahkim yargılamasının nezdinde gerçekleştiği, yargılamaların yönetilmesinden sorumlu olan tahkim merkezlerinden biri olarak ICSID'in kurucu mevzuatı ICSID Konvansiyonu da hakemlerin yetkisinin oluşturulması ve değerlendirilmesinde önemli bir yere sahiptir. Bu uluslararası anlaşmalarda yer alan şartlar hakemlerin yargılamayı gerçekleştirmek üzere yetkisi olup olmadığını tespit eder. Hakemlerin yetkisini belirleyen bu şartlar geçerli olarak mevcut olsa bile gerçek ve korunan bir uluslararası yatırımın olması da temel bir zorunluluktur.

Dava hakkının kötüye kullanılması doktrini olarak ifade edilen durum hakemlerin yetkisini ortadan kaldıran hallerdendir. Bu doktrinin amacı uluslararası yatırım tahkiminde yalnızca gerçek uluslararası yatırımların korumadan yararlanarak tahkimde yabancı yatırımcıların ve devletlerin menfaatlerinin korunmasının sağlanmasıdır. Buna göre, yalnızca uluslararası yatırım tahkimi koruması elde etmek amacıyla yerli bir yatırımın gerçek olmayan bir uluslararası yatırım olarak yeniden yapılandırılması veya devralınması halinde dava hakkının kötüye kullanılması durumunun varlığı kabul edilecektir.

Dava hakkının kötüye kullanılmasının varlığının değerlendirilmesinde uluslararası anlaşmalar tarafından korunan bir yatırımın olup olmadığı ilk incelenen husustur. Zira uluslararası yatırım tahkimini ortaya çıkaran uluslararası anlaşma koruması yalnızca gerçek uluslararası yatırımlar içindir. Yerli bir yatırımın, yatırımcının kendi devletine karşı korunmak üzere uluslararası yatırım tahkiminde yargılamaya konu olması mümkün değildir.

Yabancı yatırımcının sürece “ne zaman” dahil olduğu da bu incelemede önem arz eder. Yerli yatırımcı ne zaman yatırımdan çıkmıştır veya yabancı yatırımcıyı kendisi yanında yatırıma ne zaman dahil etmiştir? Yatırıma müdahalenin halihazırda başlamış olduğu durumda uyumsuzluktan yatırımın korunması için yatırımın uluslararası hale getirilmek üzere yeniden yapılandırılması dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin en açık görünümüdür. Bu durumda yalnızca uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmak amacıyla yatırımın yabancı yatırımcıya devredilmesi söz konusu

¹⁶⁷ Cascade v Türkiye, para. 354.

olur. Bu da uluslararası yatırım tahkiminde hakem heyetinin yetkisizliği sonucunu dava hakkının kötüye kullanılması kapsamında doğurur.

Buna karşılık, devlet müdahalesinin henüz başlamamış olmasına rağmen yatırıma devlet tarafından müdahale edileceğini öngören yerli yatırımcı yabancı yatırımcıyı sürece dahil edebilir. Yabancı yatırımcı yatırımı tamamen veya kısmen devralarak uyuşmazlığın uluslararası hale getirilmesini sağlar. Böylece devlet yatırıma müdahale ettiği takdirde uğranılan zararların uluslararası yatırım tahkimi koruması çerçevesinde talep edilebilmesinin mümkün olması amaçlanır. Ancak uluslararası hukuk düzeni de kötü niyeti korumayacağı gibi uluslararası anlaşmalarla oluşturulan tahkim sisteminin suistimal edilmesine izin vermeyecektir.

Objektif olarak öngörülebilir hale gelmiş olan bir uyuşmazlık nedeniyle devletin müdahale teşkil eden işlemlerde bulunabileceğinin öngörülmesi üzerine yapılan yeniden yapılandırma veya devralma işlemleri dava hakkının kötüye kullanılması teşkil edecektir. Yabancı yatırımcının görünüşte gerçek bir uluslararası yatırım yapmış olmasına rağmen uluslararası yatırım tahkimi korumasının kendisine sağlanması söz konusu olmayacaktır.

Dava hakkının kötüye kullanılmasının bu şekilde kabul edildiği kararlardan bir tanesi de Cascade v Türkiye davasıdır. Birçok yönüyle diğer kararlardan önemli ölçüde farklılık arz eden bu davada hakem heyeti devlet ile yatırımcı arasındaki ilişkileri bütüncül olarak incelemiştir. Basın sektöründeki şirketlerin yer aldığı bu davada hakem heyeti özellikle öngörülebilirlik çerçevesinde benzer olaylar için önemli çıkarımlarda bulunmuştur.

Cascade v Türkiye davasında yalnızca ekonomik beklentiler ve bunlara dayalı yapılan işlemler dava konusu değildir. Birçok siyasi gelişme ve hatta askeri darbe girişimi iddia ve savunmalarla ilgilidir. Cascade v Türkiye davasının diğer uluslararası yatırım tahkimi davalarından ayırt edici özelliklerinden biri de budur.

Ayrıca, öngörülebilirlik incelemesi kapsamında çeşitli unsurlar hakem heyeti tarafından olaya uygulanması aşamasında bu unsurların birbirleriyle bağlantılı ve, zaman zaman, iç içe geçmiş olması nedeniyle çalışmamızda değerlendirilmiştir. Unsurların her birinin ayrı ayrı hangi olay ile ilgili olduğu ve olaylar kapsamında o unsurun gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmemiştir. Bu nedenlerle, kararın uluslararası yatırım tahkimi hukuku bakımından özellikleri ile hakem heyetinin bu kapsamda yaptığı değerlendirmeler soyut ve genel olarak incelenmiş olup hakem heyetinin bu hukuki değerlendirmelerini dava konusu olaya uygularken yaptığı tespitler de ayrıca incelenmiştir. Öngörülebilirliğin her bir unsuruna ilişkin yapılan değerlendirmeler de birlikte açıklanmıştır.

Kaynakça

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 5. Basım, 2021.
- Ataman-Figanmeşe, İnci. "Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar". *Public and Private International Law Bulletin* 31/1 (2012), 91-152.
- Avşar, Melis. "ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı". *Milletlerarası Hukuk Bülteni* 37/2 (2017), 169-221.
- Aydoğmuş, Yasemin. "İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvurma İmkânı". *Public and Private International Law Bulletin* 29/1-2, 2009, 21-84.
- Azıklı Köse, Miray – Avşar, Melis. "Ata v Jordan Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler". *Public and Private International Law Bulletin* 41/2 (2021), 605-644.
- Azıklı Köse, Miray. *Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Bantekas, Ilias. *An Introduction to International Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Başaran, Halil Rahman. *Uluslararası Tahkim*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014.
- Blackaby, Nigel vd. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 6. Basım, 2015.
- Born, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.
- Brabandere, Eric de. "'Good Faith', 'Abuse of Process', and the Initiation of Investment Treaty Claims". *Journal of International Dispute Settlement* 3/3, 2012, 1-28.
- Branson, John David. "The Abuse of Process Doctrine Extended: A Tool for Right Thinking People in International Arbitration". *Journal of International Arbitration* 38/2 (2021), 187-214.
- Çalışkan, Yusuf. "İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu". *Tuğrul Arat'a Armağan*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Çalışkan, Yusuf. *The Development of International Investment Law: Lessons from the OECD MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment*. Dissertation Publication, 2002.
- Çalışkan, Yusuf. "Dispute Settlement in International Investment Law" *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanism*. ed. Yusuf Aksar. 123-184. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011.
- Dolzer, Rudolf - Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. Basım, 2012.
- Douglas, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).
- Garibaldi, Oscar M. "Abuse of Rights in Investment Disputes: A Critical Analysis", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 13/2 (2021), 33-118.
- Giray, Faruk Kerem. *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2013.

- Egemen Demir, Işıl. *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Erkan, Mustafa. *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Erten, Rifat. *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005.
- Esen, Emre. *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*. İstanbul: Beta Yayınları, 2. Basım, 2012.
- Fouret, Julien vd. *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.
- Gaillard, Emmanuel. "Abuse of Process in International Arbitration" *ICSID Review* (2017), 1-21.
- İlhan, Ekin Deniz. *Yatırım Uyuşmazlıklarında Temel Sorunların Çözümü: Uluslararası Yatırım Mahkemesi ve Diğer Seçenekler*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024.
- Karabıyık, Üzeyir. "Abusive Conduct in Investor-State Arbitration: A Focus on Frivolous Claims". *Adalet Dergisi* 68/1 (2022), 487-512.
- Karayel, İsmail Emrah. *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2020.
- Khvedelidze, Mate. "Criteria for Determining the Affiliation of a Foreign Investor to a Particular State in an Investment Arbitration Dispute" *Alternative Dispute Resolution Yearbook* 12/1 (2023), 101-107.
- Nalçacıoğlu Erden, Hümeysra Zeynep. *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Nalçacıoğlu Erden, Hümeysra Zeynep. "Milletlerarası Yatırım Hukukunda Kültürel Mirasın Korunması". *Public and Private International Law Bulletin* 41/2 (2021), 827-873.
- Reed, Lucy vd. *Guide to ICSID Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2004.
- Schreuer, Christoph vd. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2. Basım, 2009.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 3. Basım, 2010.
- Şanlı, Cemal. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. İstanbul: Beta Yayınları, 7. Basım, 2019.
- Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman-Figanmeşe, İnci. *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul: Beta Yayınları, 2023.
- Şit Köşgeroğlu, Banu. *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Terzi, Burak. *Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Tiryakioğlu, Bilgin. "Yatırım Tahkiminde Konu ve Kişi Bakımından Yetki". *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı*. ed. Ceyda Süral Efeçinar vd. İstanbul: Seçkin Yayınları, 2018.
- Tiryakioğlu, Bilgin. *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2003.

Walde, Thomas. "Equality of Arms in Investment Arbitration: Procedural Challenges". *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. ed. Katia Yannaca-Small. 161-188. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Yeşilırmak, Ali. *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011.

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

İsrail'in Gazze'deki İşgalci Statüsü ve İsrail-Hamas Savaşında Uluslararası İnsancıl Hukukun Sivillere Sağladığı Korumalar

Israel's Occupant Status in Gaza and the Protections Provided to Civilians by International Humanitarian Law in the Israel-Hamas War

Naim Demirel 

Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi,
Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk
Anabilim Dalı, Rize, Türkiye
naim.demirel@erdogan.edu.tr,
ror.org/0468j1635



Geliş Tarihi/Received: 02.05.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 18.09.2024
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
28.02.2025

Öz: İsrail ve Hamas arasında 2006 yılından itibaren süregelen çatışmalarda uluslararası insancıl hukukun uygulama alanı günümüze kadar tartışma konusu olmuştur. Literatürde bu çatışmalar, özellikle uluslararası olan veya uluslararası olmayan silahlı çatışma ayrımı ışığında incelenmektedir. Bu noktada Filistin'in devlet statüsü ve Hamas'ın silahlı örgüt statüsü önemli bir rol oynamaktadır. Bu iki tartışmalı konuya ilişkin uluslararası toplumda henüz ortak bir fikir oluşmamıştır. Bu sebeple çatışmaların sınıflandırılması karmaşık bir yapıya sahiptir ve birçok parametreye bağlıdır. Bunun yanı sıra; İsrail'in 2005'ten itibaren Gazze'den çekilmiş olması, yıllardır İsrail'in Gazze'deki kontrolünün niteliğini ve işgal hukukunun uygulanabilirliğini tartışma konusu hâline getirmiştir. İsrail'in yıllardır Gazze'nin hava sahasını, karasularını ve sınır kapılarını kontrol etmesi ise bu tartışmayı körüklemektedir. Nitekim, Hamas ile İsrail arasında günümüze kadar gerçekleşen saldırılarda, İsrail'in kolaylıkla Gazze üzerinde etkin kontrol kurabildiği ve Gazze halkını dilediği gibi temel ihtiyaçlardan mahrum bırakabildiği gözler önüne serilmiştir. Tüm bu çatışmalar gölgesinde korunmaya en muhtaç olan kesim ise masum sivil halktır. Uluslararası insancıl hukuk, çatışmalar sırasında sivil halkın korunması için teamül hukuku niteliğinde olan bir dizi kurallar içermektedir. Silahlı çatışmaların türü ve İsrail'in işgalci statüsü esas alındığında, İsrail'den, hem işgal hukukundan kaynaklanan Lahey Sözleşmesi hükümlerine hem de Cenevre Sözleşmesi hükümlerine riayet etmesi beklenmektedir. Bunun yanında ayrıca İsrail'in uyması ve gözetmesi gereken ve sivillerin temel insan haklarını koruyan asgari standartlar da mevcuttur.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Silahlı Çatışma, Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma, İşgal Hukuku, Sivil Hakların Korunması, Teamül Hukuku

Abstract: The application of international humanitarian law in the conflict between Israel and Hamas, which has been ongoing since 2006, has been a subject of debate until today. In the literature, these conflicts are analyzed in the light of the distinction between international and non-international armed conflict. At this point, the state status of Palestine and the status of Hamas as an armed organization play an important role. The international community has not yet reached a consensus on these two controversial issues. Therefore, the categorization of conflicts is complex and depends on many parameters. In addition, Israel's withdrawal from Gaza from 2005 onwards has made the nature of Israel's control over Gaza and the applicability of the law of occupation a matter of debate for years. Israel's control of Gaza's airspace, territorial waters and border crossings for years has fueled this debate. Indeed, the attacks between Hamas and Israel to date have demonstrated that Israel can easily establish effective control over Gaza and deprive the people of Gaza of basic needs as it pleases. In the shadow of all these conflicts, it is the innocent civilian population that is most in need of protection. International humanitarian law contains a set of rules that constitute customary law for the protection of civilians during conflicts. Based on the armed conflict and Israel's status as an occupier, Israel will have to comply with both the provisions of the Hague Convention arising from the law of occupation and the provisions of the Geneva Convention. However, there are also minimum standards protecting the fundamental rights of civilians that Israel must adhere to.

Keywords: International Armed Conflict, Non-International Armed Conflict, Law of Occupation, Protection of Civil Rights, Customary Law

Extended Abstract

The war between Israel and Hamas, which began on 7 October 2023 and continues to this day, has brought the application of international humanitarian law back onto the agenda. In order to decide which law can be applied to the war between these two parties, it is necessary to look not only at the current war, but also at the conflicts between Palestine and Israel that have been going on for almost a century. Especially after the Six-Day War in 1967, the tensions between the parties have been exacerbated by Israel's occupation of the Palestinian territories. In 2005, Israel decided to withdraw from the Gaza Strip and evacuated its settlers and soldiers from Gaza. However, even after this withdrawal, Israel did not completely relinquish effective control. For example, it maintained control over its airspace, maritime border and seven land crossings. Israel also controls the population registers of the Palestinian population. Finally, water, electricity, telecommunications and other public utilities remain under Israeli control. Hamas emerged as an actor in the 2006 elections for the Palestinian Legislative Council. Following these elections, Hamas took over the administration of Gaza from El Fatah, the existing government in Palestine. Since then, there have been many armed clashes between Hamas and Israel.

International humanitarian law distinguishes between international and non-international armed conflicts. The conventions applicable in time of war are the Hague Convention of 1907 and the four Geneva Conventions and Additional Protocols. The content of these treaties largely reflects customary law. The rights to be protected in any conflict, whether international or non-international, are set out in common Article 3 of the four Geneva Conventions. The nature of the law of armed conflict applicable to the Gaza war, i.e. whether international or non-international law of armed conflict can be applied, depends on several parameters. In order to speak of an international armed conflict, Palestine must first be recognised as a state, which is the prevailing view of the international community. The United Nations has granted Palestine observer state status. However, there are states that object to this because Palestine is not a full member. Accepting the statehood, it should be examined whether Palestine is a party to the conflict. At this point, it is necessary to determine that Hamas is an organisation acting on behalf of Palestine. However, given the long-standing differences between Hamas and Fatah, the existence of such a link is not accepted. Another condition is that Palestine recognises Gaza as its sovereign territory. In 2009, Mahmoud Abbas declared that Gaza is an indivisible part of Palestine. The International Criminal Court has also ruled that the Gaza Strip is sovereign Palestinian territory. The last remaining condition for an international armed conflict is that the Palestinian Authority does not consent to the Israeli attacks. Since we cannot speak of the existence of such a consent, we have concluded that if we recognise Palestine as a state, the war in question should be considered as an international armed conflict. In this case, the people of Gaza will be able to benefit from the full protection of international humanitarian law. Indeed, many rulings by the Israeli Supreme Court in the past have recognized the conflicts between Gaza and Hamas as international in nature.

In addition to determining the nature of the conflict, Israel's status in Gaza is also important in terms of applicable law. If we recognise Israel as an occupying power in Gaza, it will have additional obligations under the Hague and Geneva Conventions. For a state to be recognised as an occupying power, it must have effective control over the occupied territory. The question to be addressed here is whether Israel's effective control over Gaza has continued after the withdrawal in 2005. Israel denies that it is an occupying power with the withdrawal that took place after 2005. The Israeli Supreme Court ruled in 2008 that Israel has no effective control over Gaza and no effective ability to maintain order and manage life in Gaza. It stated that its main obligations to the people of Gaza stem solely from the armed conflict with Hamas. However, although Israel denies the existence of an occupation, the majority of states, international courts and international organisations, in particular the UN, have recognised that Israel is the occupying power in Gaza. For example, in its advisory opinion on the Wall, the International Court of Justice stated that Israel is an occupying power and that the territory in question does not have to be

under the sovereignty of a state party for it to be under effective control. While this is the view we support, Israel's effective control has become clear, especially after the 7 October attacks. The fact that Israel has subjected the people of Gaza to severe hunger and thirst, prevented the entry of aid and made Gaza uninhabitable with the weapons it can remotely control is also evidence of its effective control. Although Israel cannot replace the authority because of the existence and resistance of Hamas, the fact that it is able to block all the infrastructure that Gazans need to live and that it does not allow aid into Gaza shows that Israel, not Hamas, is in effective control.

In addition to all these debates, Israel is obliged to respect the principles of international humanitarian law arising from the Geneva Convention in its war against Hamas. The first of these principles is military necessity, non-discrimination and proportionality. It is clear, however, that Israel has violated these principles. Israel has organised attacks against civilians and civilian objects without distinguishing them from military targets. In particular, its attacks on medical personnel and hospitals violated the principle of military necessity and caused a high number of civilian casualties. Israel has also failed to respect the right of civilians to food, medical supplies and access to health services. Indeed, the blockade imposed by Israel on Gaza, in particular the cutting off of electricity and water and the prevention of aid deliveries, has left the people of Gaza facing hunger, thirst and various diseases.

To date, 35,000 people have been killed and almost 80,000 injured in Gaza. Almost 700,000 people are on the verge of starvation and dozens of health workers and members of the press have lost their lives. Looking at the humanitarian catastrophe in Gaza, we can say that Israel has violated the provisions of the Geneva Convention on armed conflict, the provisions on war occupation and universally recognised humanitarian values and principles.

Giriş

Uluslararası hukuk çevrelerinde büyük etki yaratan, bölgede uluslararası insancıl hukukun ihlallerini tekrar tartışma konusu hâline getiren ve 7 Ekim 2023 tarihinde başlayan İsrail-Hamas savaşının temelleri esasında 80 yıl öncesinde İsrail tarafından başlatılan “*Nakba*” harekâtına ve Siyonizm düşüncesine dayanmaktadır.¹ Avrupa ülkelerinde yaşayan Yahudiler, Theodor Herzl’in fikir babası olduğu “*Yahudi Devleti*”ni² gerçekleştirmek için 19. yüzyılın sonlarında Filistin’e göç etmeye başladı.³ Filistin 1920 ve 1948 yılları arasında Büyük Britanya mandası altında idi.⁴ Bu süreçte İngiliz hükümeti, Yahudilerin Filistin’e göçüne izin verdi. İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra yüzbinlerce Yahudi daha Filistin’e göç etti⁵ ve Filistin bölgesinde iç karışıklıklar yaşanmaya başladı. Bunun üzerine Birleşmiş Milletler, 29 Kasım 1947 tarihinde Filistin’in Bölünme Planı’nı kabul etti.⁶ Ancak Filistinliler ve Araplar tarafından kabul edilmeyen bu plan başarısızlıkla sonuçlandı.⁷

Filistin’deki İngiliz Mandası Yönetimi’nin son bulması üzerine İsrail, 14 Mayıs 1948’de kendisini devlet olarak ilan etti. Hemen ardından Arap Birliği’nin, 1948 tarihinde İsrail’e karşı savaş ilan etmesiyle İsrail-Arap Savaşı başladı. Bu savaş sırasında İsrail Filistin’de bulunan topraklarını genişletti. “*Nakba*” olarak da anılan bu genişleme sırasında neredeyse 700.000 Filistinli evlerini ve şehirlerini terk etmek zorunda

¹ “*Nakba*” hadisesi için bkz. Muriel Asseburg, “75 Jahre nach der Nakba”, *Aus Politik und Zeitgeschichte Israel* 73. Jahrgang 1819, (2023), 46.

² Yaron Perry, *British Mission to the Jews in Nineteenth-Century Palestine*, (London: Frank Cass Publishers, 2005), 185-189.

³ Gregory Harms-Todd M. Ferry, *The Palestine Israel Conflict a Basic Introduction* (London: Pluto Press, 2. Basım, 2008), 61-63.

⁴ Milletler Cemiyeti kararı için bkz. League of Nations, Mandate for Palestine, 12 August 1922, (Erişim 11 Mart 2024).

⁵ United Nations (UN), *The Question of Palestine, Origins and Evolution of the Palestine Problem: 1917-1947 (Part 1)*, United Nations.

⁶ United Nations Security Council (UNSC), *Resolution Adopted on the Report of the Ad Hoc Committee on the Palestinian Question*, RES/181(ii), (Erişim 11 Mart 2024).

⁷ Roza I. M. El-Eini, *Mandated Landscape British Imperial Rule in Palestine, 1929-1948*, (London: Routledge, 2006), 365-367.

kaldı ve yaklaşık 200.000 mülteci Gazze'ye sığındı.8 Savaş sonunda Gazze, Mısır yönetimi altına girdi.9 1956 yılında ise Süveyş Krizi kapsamında Gazze ilk kez İsrail tarafından işgal edildi.¹⁰ Bu işgal sırasında yüzlerce Filistinli öldürüldü.¹¹ İsrail'in Gazze işgalinin resmî olarak başladığı ilk tarih ise Arap ülkeleri ve İsrail arasında 6 Gün Savaşları'nın başladığı 1967 yılıdır. Bu savaş sonunda İsrail, Gazze'yi ele geçirdi ve yaklaşık 245.000 Filistinliyi Gazze'den sürdü.¹²

Filistinlilerin İsrail'e karşı ilk ayaklanması 1988 yılında "Birinci İntifada" ile gerçekleşti. Bunun sonucunda 1993 ve 1995 yıllarında olmak üzere İsrail ve Filistin Kurtuluş Örgütü (FKÖ) arasında iki Oslo Andlaşması¹³ imzalandı. Bu Andlaşma ile Filistin, İsrail'in egemenliğini kabul etti ve İsrail de FKÖ'yü Filistin halkının temsilcisi olarak tanıdı. Bu andlaşmaya göre ayrıca 5 yıllık bir geçiş süreci öngörülerek Filistin Ulusal Yönetimi kuruldu. Andlaşma uyarınca İsrail ordusu, kademeli olarak Filistin'den çekilecek, ancak Gazze'nin hava sahasını, kara sahasını ve karasularını kontrol etmeye devam edecekti. Gerçekten de İsrail ordusu, Gazze'nin neredeyse %60'ından ve Batı Şeria'nın %40'undan çekildi.¹⁴ İsrail bu geçiş sürecinde taahhütlerini yerine getirmede ve kışkırtıcı hareketlere devam etti. 5 yıllık geçiş süresi Filistin halkının bu geçiş süreci beklentilerini karşılamadı.¹⁵ Oslo anlaşmalarında öngörülen beş yıllık geçiş süresi, 4 Mayıs 1999'da sona erdi. 2000 yılında Filistinliler tarafından İkinci İntifada başlatıldı. 2005 yılına kadar devam eden bu ayaklanma sırasında da binlerce Filistinli hayatını kaybetti.¹⁶

2005 yılında İsrail, Gazze Şeridi'nden çekilme kararı alarak 21 yerleşim birimindeki yerleşimcileri ve askerlerini Gazze içerisinden tahliye etti. Çekilmeye rağmen İsrail, Gazze üzerindeki etkin kontrolünden vazgeçmedi. Bu kontrol hava sahasını, deniz sınırını ve Gazze'nin yedi kara geçiş noktasını kapsam içine almıştı. Bunun yanı sıra Filistinlilerin nüfus sicil kayıtları İsrail tarafından kontrol edilmektedir; su, elektrik, telekomünikasyon ve diğer kamu hizmetleri de İsrail'e bağlı kalmıştır.¹⁷

2006 yılında gerçekleşen Filistin Yasama Konseyi seçimlerinde Hamas oyların çoğunluğunu alarak Filistin Yönetimi'nin kuruluşundan bu yana devam eden El Fetih hâkimiyetine son verdi ve ardından İsrail ile Hamas arasında çatışmalar başladı. Mart 2007'de Filistin Kurtuluş Örgütü'nün en büyük grubu olan El Fetih ile birlikte Hamas liderliğinde bir ulusal birlik hükümeti kuruldu. Bu birlik hükümetinin bozulmasının ardından, Hamas Haziran 2007'de, El Fetih'le giriştiği silahlı mücadelede başarılı olarak Gazze'nin kontrolünü tamamıyla ele geçirdi. Bunun üzerine Filistin Yönetimi Başkanı Abbas, Hamas liderliğindeki hükümeti görevden aldı. O zamandan beri Batı Şeria El Fetih'in, Gazze Şeridi ise Hamas'ın kontrolü altında girdi.¹⁸

Hamas'ın Gazze'nin kontrolünü ele geçirmesinden sonra İsrail ve Hamas arasında birçok silahlı çatışma meydana gelmiştir. Bunlardan en önemlileri 2008-2009 arası yaşanan Gazze Savaşı¹⁹, 2012 tarihli Bulut

⁸ Katharina Kretzschmar, *Identitäten im Konflikt-Palästinensische Erinnerung an die Nakba 1948 und deren Wirkung auf die dritte Generation* (Bielefeld: Transcript Verlag, 2019), 21.

⁹ Tarihsel süreç için bkz. Margret Johannsen, *Der Nahost-Konflikt Eine Einführung* (Wiesbaden: Springer, 5. Basım, 2024), 17.

¹⁰ Nur Masalha, "The 1956-57 "Occupation of the Gaza Strip: Israeli Proposals to Resettle the Palestinian Refugees", *British Journal of Middle Eastern Studies* 23/1 (1996), 55-68.

¹¹ Jean-Pierre Filiu, *Gaza: A History* (New York: Oxford University Press, 2014), 105.

¹² David McDowall, *Palestine and Israel: The Uprising and Beyond*, (Berkley: University of California Press, 1989), 84.

¹³ I. Oslo Andlaşması için bkz. United States Institutes of Peace, Peace Agreements Digital Collection, Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements September 13, 1993. II. Oslo Andlaşması için bkz: UNGA-UNSC, A/51/889, S/1997/357, 5 May 1997 (Erişim 11 Mart 2024).

¹⁴ Alan Dowty, "Impact of the Aqsa Intifada on the Israeli-Palestinian Conflict". *Israel Studies Forum* 19/2 (2004), 9.

¹⁵ Bkz: Avi Shlaim, "The Rise and Fall of the Oslo Peace Process", *International Relations of the Middle East*, ed. Louise Fawcett (Oxford: Oxford University Press, 2005) 241-261.

¹⁶ Joseph S. Spoerl, "The Al Aqsa Intifada in Perspective", *ASMEA Conference*, (Kasım 2023).

¹⁷ Sara Roy, "Praying with Their Eyes Closed: Reflections on the Disengagement from Gaza", *Journal of Palestine Studies* 34/4 (2005), 64-74.

¹⁸ Iain Scobbie, "Gaza", *International Law and the Classification of Conflicts*, ed. Elizabeth Wilmshurst. (Çevrimiçi Yayın: Oxford Academic, 2012), 280– 315.

¹⁹ United Nations General Assembly (UNGA), *Human Rights Council, Human Rights in Palestine and other Occupied Arab Territories*, A/HRC/12/48, 25 September 2009.

Sütunu Operasyonu²⁰, 2014 yılında gerçekleşen Koruyucu Hat Operasyonu²¹ ve son olarak 7 Ekim 2023 tarihinde başlayan ve hâlen sürmekte olan Gazze savaşıdır.

Bütün bu silahlı çatışmalarda uluslararası insancıl hukukun hangi kurallarının uygulanacağı uluslararası hukuk camiasında tartışma konusu olmuştur.²² Uygulanacak hukukun tespiti için de Filistin'in ve Hamas'ın uluslararası hukuktaki statüsünün belirlenmesi gerekir.

Bu çalışma kapsamında öncelikle Gazze'de gerçekleşen silahlı çatışmaların niteliği ve İsrail'in Gazze'deki statüsü üzerine bir değerlendirme yapılacaktır. Ardından da Gazze'de günümüze kadar ve özellikle 7 Ekim 2024 tarihi itibarıyla BM örgütlerinin kayıt altına aldığı ve İsrail tarafından gerçekleştirilen insancıl hukuk ve insan hakları ihlalleri değerlendirilecektir.

I. Gazze'deki Silahlı Çatışmaların Sınıflandırılması ve Uygulanacak Hukuk

Uluslararası insancıl hukukta silahlı çatışmalar uluslararası ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar olarak ikiye ayrılmaktadır. Uygulamada "silahlı çatışma", organize silahlı gruplar (devlet silahlı kuvvetleri veya devlet dışı örgütler) arasında belirli bir yoğunlukta şiddet içeren bir çatışma olarak tanımlanmaktadır.²³ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, *Prosecutor v. Dusko Tadic* davasında silahlı çatışmayı, devletler arasında silahlı güç kullanılması veya hükümet güçleri ile örgütlü silahlı gruplar arasında veya bir devlet içindeki bu tür gruplar arasında uzun süreli silahlı güç kullanılması şeklinde tanımlanmıştır.²⁴

1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri, savaşın yürütülmesine ilişkin yoğun bir kurallar ağı içermektedir. 1899 tarihli anlaşmaya (ilk Lahey Kara Savaşları Sözleşmesi) taraf olan devletlerin çoğu 1907 tarihli Lahey Sözleşmesine katılmış ve Lahey Kara Savaşları Sözleşmesi artık büyük ölçüde teamül hâline gelmiştir.²⁵ Aynı şekilde 1949 yılında yürürlüğe giren IV. Cenevre Sözleşmesi de uluslararası toplumun neredeyse tüm üyeleri tarafından onaylanmıştır. Bu andlaşmaların içeriği de büyük ölçüde teamül hukuku hâline gelmiştir.²⁶ Uluslararası olsun veya olmasın savaş sırasında hiçbir koşul altında ihlal edilmemesi gereken genel bir asgari standart olarak Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi formüle edilmiştir. Bunlar, silahlarını bırakmış kişilerin veya sivillerin, ırk, renk, din, inanç, cinsiyet, doğum, servet veya benzeri herhangi bir kritere dayalı olumsuz bir ayrıma uğramaksızın, her koşulda insanca muamele görmeleri; yaşama ve kişiye yönelik şiddet, özellikle de her türlü cinayet, sakatlama, zalimce muamele ve işkencenin yasaklanması; rehin almanın yasaklanması; özellikle aşağılayıcı ve onur kırıcı muamele olmak üzere, kişisel onura yönelik hakaretlerin yasaklanması ve adil yargılanma hakkıdır.

7 Ekim 2023 tarihinden bu yana Hamas ve İsrail arasında gerçekleşen çatışmalar ve bunun sonucunda yaşananlar, İsrail'in Gazze'deki işgalci statüsüne ilişkin tartışmaları yeniden alevlendirdi. Gazze'deki silahlı çatışmalara insancıl hukukun uygulanabilmesi ve bunun kapsamı birçok parametreye bağlıdır. Ayrıca bu silahlı çatışmanın niteliğine göre farklılık arz etmektedir. Bunun için de öncelikle silahlı çatışmaların niteliğinin belirlenmesi gerekir. Silahlı çatışmaların niteliğinin belirlenmesi de Filistin'in hukuki statüsüne bağlıdır.

²⁰ UNGA, *Human Rights Council, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Implementation of Human Rights Council resolutions S-9/1 and S-12/1*, A/HRC/22/35/Add.1.

²¹ UNGA, *Human Rights Council, Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1*, A/HRC/29/CRP.4.

²² Tartışmalar için bkz. Jerome de Hemptinne, "Classifying the Gaza Conflict under International Humanitarian Law, a Complicated Matter", *EJIL Talk* (Erişim 11 Mart 2024). Celeste Kmiotek, "Israel claims it is no longer occupying the Gaza Strip. What does international law say?", *Atlantic Council* (Erişim 11 Mart 2024). Nicole Narea-Ellen Ioanes, "How we talk about the Israel-Hamas war" (Erişim 11 Nisan 2024).

²³ Matthias Herdegen, *Völkerrecht*, (München: C.H. Beck, 18. Basım, 2019), 442.

²⁴ The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a "DULE"*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Judgement of 2 October 1995.

²⁵ International Court of Justice (ICJ), *Wall Opinion*, 136 (194).

²⁶ Herdegen, *Völkerrecht*, 445.

Gazze'deki çatışmasının uluslararası silahlı çatışma olarak kabul edilebilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan birincisi Filistin yönetimin uluslararası hukuka göre bir devlet olarak kabul edilmesi, ikincisi ise Filistin devletinin Gazze'deki çatışmaların tarafı olduğunun tespit edilmesidir.

Filistin çok sayıda devlet ve uluslararası örgüt tarafından devlet olarak tanınmaktadır. BM Genel Kurulu, 67/19 sayılı Kararı ile Filistin'e gözlemci devlet statüsü tanımıştır.²⁷ Filistin, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü başta olmak üzere birçok andlaşmayı taraf devlet olarak imzalamıştır.²⁸ Ancak Filistin'in BM üyesi olmaması sebebiyle devlet olduğuna öğretide itirazlar yapılmaktadır. Ama sonuç olarak uluslararası hukukta ağır basan görüşe göre Filistin bir devlet olarak tanınmaktadır.²⁹

Gazze'deki silahlı çatışmaların uluslararası nitelikte bir silahlı çatışma olarak nitelendirilebilmesi için ikinci şart Filistin devletinin Gazze'deki çatışmaların tarafı olarak kabul edilmesidir. Bunun tespiti için de Hamas ile Filistin yönetimi arasındaki yakın ilişki ispat edilmelidir.³⁰ Eğer Hamas, Filistin devleti adına hareket eden bir örgüt olarak kabul edilirse uluslararası silahlı çatışmanın mevcudiyetinden bahsedilebilecektir.³¹ Ancak bu hususta şüpheler mevcuttur. Zira 2006 yılından bu yana Filistin Devleti'nin hükümeti El Fetih ile Hamas arasında anlaşmazlıklar ve çatışmalı ilişkiler bulunmaktadır.³² Burada ise bir diğer seçenek daha vardır. O da Filistin'in Gazze'yi kendi egemenlik bölgesi olarak kabul etmesi durumudur. Zira bu durumda İsrail, başka bir devletin toprağında silahlı bir örgüte karşı savaş yürütüyor olacaktır. Bu durumda incelenmesi gereken husus; Filistin'in mevcut saldırılara rıza gösterip göstermemesidir. Eğer rıza gösteriyorsa bu durumda silahlı çatışmanın boyutu yalnızca uluslararası olmayan bir silahlı çatışma olacaktır ve insancıl hukukun asgari kuralları uygulanacaktır.³³ Rıza göstermediği takdirde İsrail, hem Hamas'a karşı uluslararası olmayan bir çatışma, hem de Filistin'e karşı uluslararası bir çatışma yürütmüş olacaktır.³⁴ Bu durumda Gazze'deki sivil halk ve sivil nesneler uluslararası silahlı çatışmalar kapsamında tam korunur. Ancak bu durumda Hamas üyeleri sadece uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kuralları çerçevesinde korunacaktır.

Filistin yönetimi İsrail'in yaptığı saldırılara karşı çıkmaktadır ve Filistin halkına yapılan zulmün durdurulmasını talep etmektedir. Bu açıklamalar Filistin yönetiminin aynı zamanda Gazze üzerindeki ülkesel egemenliği benimsediği anlamına gelmektedir. Zaten Mahmut Abbas 2009 yılında BM Güvenlik Kurulu'nda yaptığı bir açıklamada, Gazze'nin Filistin'in bölünmez bir parçası olduğunu ifade etmişti.³⁵ Ayrıca, 5 Şubat 2021 tarihinde Uluslararası Ceza Mahkemesi, Gazze Şeridi'nin Filistin'in egemen bir bölgesi olduğuna karar vermiştir.³⁶ Bu ifadelerden yola çıkarak Gazze Filistin'in egemenlik bölgesi olarak kabul edilirse, Gazze'deki çatışmalar uluslararası silahlı bir çatışma olarak kabul edilecektir. Uluslararası hukuka göre uluslararası silahlı çatışmalar hâlinde insancıl hukukun bütün kuralları çatışan taraflarca tam olarak uygulanmak zorundadır.

Eğer Hamas Filistin'den bağımsız bir silahlı örgüt olarak kabul edilirse ve Gazze de Filistin Devleti'nin egemenlik alanı olmadığı varsayılırsa Gazze'de uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın varlığı kabul

²⁷ UNGA, *Status of Palestine in the United Nations*, 4 December 2012, A/RES/67/19 (Erişim 21 Mart 2024).

²⁸ International Criminal Court (ICC), *Questions and Answers on the Decision on the International Criminal Court's territorial jurisdiction in the Situation of Palestine*, 15 February 2021 (Erişim 21 Mart 2024).

²⁹ Bkz. de Hemptinne, "Classifying the Gaza Conflict under International Humanitarian Law, a Complicated Matter".

³⁰ International Committee of the Red Cross (ICRC), *Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Geneva, 12 August 1949, Commentary of 2016, Article 2.

³¹ Bkz. ICC, *Situation in the Central African Republic in the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgement of 21 March 2016, ICC-01/05-01/08, 654-656.

³² Pınar Özden Çankara - Yavuz Çankara, "2000'lerde Filistin'de Meşru Temsilcilik Tartışmaları: Hamas ile El-Fetih Arasındaki Rekabet", *Kafkas Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 11/21 (2020), 469-503.

³³ ICRC, *Commentary Convention (I)*, Article 2, para. 257-264.

³⁴ de Hemptinne, "Classifying the Gaza Conflict under International Humanitarian Law, a Complicated Matter".

³⁵ United Nations Security Council (UNSC), *The Situation in the Middle East*, (6 January 2009), S/PV. 6061.

³⁶ ICC, "Situation in the State of Palestine", Pre-Trial Chamber, 5 February 2021, ICC-01/18, 60.

edilmelidir.³⁷ Gazze’de süregelen savaşın uluslararası olmayan bir çatışma olarak kabul edilmesinin bir diğer ihtimali ise Filistin’in devlet olarak kabul edilmemesidir. Filistin’in devlet olarak kabul edilmemesi durumunda veya Hamas’ın Filistin’den bağımsız bir örgüt olarak kabul edilmesi durumunda Gazze’deki silahlı çatışmalara Cenevre Sözleşmesi Ek II Nolu Protokol ve Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi uygulama alanı bulacaktır. İlgili Protokol, uluslararası olmayan çatışmalarda sivillerin korunmasını düzenlemektedir. Ancak İsrail bu belgeyi onaylamamıştır.³⁸ İsrail, sivillere korumayı Cenevre Sözleşmesi’nin ortak 3. maddesi ve uluslararası insancıl hukukun teamül kuralları uyarınca sağlayacaktır.³⁹

Uygulamada azınlık bir kesim ise işgalci bir güç ile silahlı bir grubun çatışmasında uluslararası silahlı çatışma hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Zira silahlı örgüte karşı yürütülen savaşta işgal edilen devletin zarar görüp görmeyeceğinin kararı ve ayrımı çok zor verilebilir.⁴⁰ İsrail Yüksek Mahkemesi, “*Hedef Alarak Öldürme*” davasında, Hamas ve İsrail arasındaki savaşın bir silahlı çatışma olduğunu ve kategorize edilmesi gerekirse bunun uluslararası nitelikte bir silahlı çatışma olduğunu ifade etmiştir. Ancak aynı kararda, savaşın sınıflandırmasının İsrail ve Hamas özelinde karmaşık bir soru olduğunu belirtmiş ve uluslararası olsun veya olmasın, her halükârda savaş hukukunun uygulanacağına karar vermiştir.⁴¹ Mahkeme Başkanı Barak, “Birinci İntifa”dan günümüze kadar İsrail ve Gazze’deki silahlı gruplar arasındaki çatışmaların silahlı çatışma olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bunun yanı sıra, her ne kadar karmaşık bir yapıya sahip olsa da, çatışmanın uluslararası bir silahlı çatışma olarak değerlendirilmesi gerektiğini, silahlı örgütlerin devlet adına hareket etmediği durumlarda dahi uluslararası bir çatışmadan bahsedebilmenin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Bu hususta İsrail Yüksek Mahkemesi’nin yıllardır süren bir içtihat birliği mevcuttur.⁴² Ayrıca İsrail Yüksek Mahkemesi 2009 yılında verdiği bir kararda, İsrail Yüksek Mahkemesi’nin verdiği önceki kararları özetlemiş ve İsrail ve Hamas arasındaki çatışmanın uluslararası nitelikte olduğu görüşüne katılmıştır.⁴³ Son olarak; Mavi Marmara Komisyon Raporu’nda Komisyon, çatışmaya uluslararası insancıl hukukun uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür.⁴⁴

Sonuç olarak Gazze’deki silahlı çatışmalar uluslararası nitelikte silahlı çatışmadır ve insancıl hukukun bütün ilkeleri bu çatışmalarda uygulama alanı bulacaktır.

II. Uluslararası İnsancıl Hukukta Savaş İşgali ve İsrail’in İşgalci Statüsü

A. Savaş işgaline uygulanacak hukuk

Uluslararası hukukta işgale ilişkin kodifikasyonlar ilk olarak 1863 yılında Lieber Kuralı⁴⁵ ile, daha sonra ise 1874 yılında Brüksel Konferansı ve ardından kabul edilen Brüksel Bildirisi⁴⁶ ile gerçekleşmiştir. İlgili düzenlemelerden sonra bu alanda önemli bir aşama, 1899 ve 1907 yıllarında işgal hukukunun temel taşı

³⁷ Robert Zischg, *Nicht-internationaler bewaffneter Konflikt und Völkerrecht* (Baden-Baden: Nomos, 1995), 30.; Hans-Peter Gasser vd. *Humanitäres Völkerrecht* (Zürich: Schulthess, 2. Basım, 2012), 67.

³⁸ ICRC, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977 (Erişim 13 Mart 2024).

³⁹ The Conversation, “How the ‘laws of war’ apply to the conflict between Israel and Hamas”. 15 October 2023 (Erişim 26 Mart 2024).

⁴⁰ Marco Longobardo, *The Use of Armed Force in Occupied Territory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 219.

⁴¹ Supreme Court of Justice Israel, 1. The Public Committee against Torture in Israel 2. Palestinian Society for the Protection of Human Rights and Environment, v. The Government of Israel, HCJ 769/02, para. 21.

⁴² Supreme Court of Justice Israel, HCJ 769/02, para. 21.

⁴³ Israel Supreme Court, “Physicians for Human Rights and others v. Prime Minister of Israel and others & Gisha Legal Centre for Freedom of Movement and others v. Minister of Defence, HCJ 201/09 & HCJ 248/09, para. 14.

⁴⁴ Israeli Government, “The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010 The Turkel Commission”, Part One, 2010, 49-50 (Erişim 25 Mart 2024).

⁴⁵ Liber Kodifikasyonu için bkz. ICRC, “Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code) 24 April 1863”.

⁴⁶ ICRC, “Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August 1974”.

olan ve artık uluslararası hukukta teamül hukuku statüsüne kavuştuğu uluslararası mahkemeler tarafından kabul edilmiş olan⁴⁷ Lahey Kara Savaşları Sözleşmeleridir.⁴⁸

1907 tarihli Lahey Sözleşmesi⁴⁹, 42 ve 46. maddeleri arasında savaş işgalini düzenlemektedir. Lahey Sözleşmesi'nin işgal bölgesinde bulunan sivil halkı koruma hususunda yetersiz kalmış olması⁵⁰ sebebiyle 1949 tarihinde ise IV. Cenevre Sözleşmesi⁵¹ kabul edilmiştir. Bu Sözleşme'nin 154. maddesinde IV. Cenevre Sözleşmesi Lahey Sözleşmesi'ni tamamlar nitelikte olduğunu ifade edilmektedir. IV. Cenevre Sözleşmesi'nin ana amacı, işgal bölgesinde bulunan sivil halkın korunmasıdır. Cenevre Sözleşmesi de Lahey Sözleşmesi gibi evrensel olarak kabul görmüş bir Sözleşme haline gelmiştir. 1977 yılında ilgili Sözleşme'ye I No'lu Ek Protokol⁵² eklenmiş olmakla beraber bu Protokol, tüm ülkeler tarafından kabul edilmediğinden, bütün düzenlemeleri teamül hukuku statüsünü elde edememiştir.⁵³

Savaş işgali (*belligerent occupation*), bir devletin toprakları üzerinde o devletin rızası olmadan diğer devlet veya devletlerin etkin kontrol kurmasını ifade etmektedir.⁵⁴ Eğer toprakları üzerinde askerî güç kullanılarak kontrol sağlanan devletin buna rızası varsa, bu barışçıl işgal (*pacific occupation*) olarak adlandırılır. Günümüzde gerçekleşen işgallerde bir ülkenin sadece belirli bir bölümünün işgal edilmekte olduğu görülmektedir. Devlet kendi ülke toprağının belirli bir bölgesinde otoriteyi kaybetmiş olsa dahi işgal bölgesinde meşru egemen olmaya devam edecektir.⁵⁵

Bir işgalin varlığından bahsedebilmek için ülke üzerinde işgalci gücün etkin kontrolünün bulunması gerekir. Etkin kontrolün varlığı için de üç şartın birlikte bulunması aranır.

Bunlardan birincisi bir devletin ülkesinde yabancı askerî güçlerin fiilî olarak bulunması, ikincisi ülke üzerinde otorite kullanması veya kullanılabilmesi, üçüncüsü ise bunun egemen hükümetin rızası dışında olmasıdır.⁵⁶

Askerî güçlerin ülkedeki fiziki varlığı etkin kontrolün tesis edilmesi için bir ön koşuldur. Aksi durum kontrolün eşliğinin düşürülmesi anlamına gelir ve bu da işgal hukukunun uygulanabilirliği üzerinde olumsuz bir etki doğurarak işgalcinin yükümlülüklerini yerine getirmesini engelleyebilir. Burada cevap aranması gereken asıl soru; savaşan taraflardan hangisinin ülke üzerinde etkin kontrol kapasitesine sahip olduğunun tespitidir.⁵⁷ Zira uzaktan kontrole izin veren teknik gelişmeler, fiziksel askerî mevcudiyet olmadan da etkin kontrolün tesis edilmesini mümkün kılabilir.⁵⁸ Zaten Nürnberg Askerî Mahkemesi, Alman ordusunun dilediği zaman bu iki ülke üzerinde fiziksel kontrolü ele geçirebilecek durumda olmasına dayanarak, Almanya'nın Yunanistan ve Yugoslavya'da fiziki varlığı

⁴⁷ American Journal of International Law (AJIL), International Military Tribunal (Nuremberg), Judgement and Sentences, AJIL 41/1 (1947), 172, 249, 194–199. ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Reports 2004, 139 (172).

⁴⁸ Lahey Sözleşmeleri için bkz. https://casebook.icrc.org/a_to_z/glossary/hague-conventions (Erişim 20 Mart 2024).

⁴⁹ Lahey Sözleşmesi için bkz. Convention (III) relative to the Opening of Hostilities. The Hague, 18 October 1907.

⁵⁰ Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 1.

⁵¹ Dördüncü Cenevre Sözleşmesi için bkz. Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949> (Erişim 20 Mart 2024).

⁵² Cenevre Sözleşmesi 1. Ek Protokol için bkz. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977> (Erişim 20 Mart 2024).

⁵³ Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, 5-7

⁵⁴ Eyal Benvenisti, "Occupation, Belligerent", *The Law of Armed Conflict and the Use of Force*, ed. Frauke Lachenmann - Rüdiger Wolfrum (Oxford: Oxford University Press, The Max Planck Encyclopaedia of Public International Law – Thematic Series Volume 2, 2017) 857.

⁵⁵ Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, 1.

⁵⁶ Philip Spoerri, "The Law of Occupation", *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, ed. Andrew Clapham - Paola Gaeta (Oxford: Oxford University Press, 2014), 188.

⁵⁷ Tristan Ferraro, "Determining the Beginning and End of an Occupation under International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross* 94 (2012), 133-147.

⁵⁸ Hanne Cuyckens, *Revisiting the Law of Occupation*, Nova et Vetera Iuris Gentium (Leiden: Brill, 2018), 31.

olmamasına rağmen işgalci güç olduğuna karar vermişti.⁵⁹ Aynı şekilde İsrail Yüksek Mahkemesi, Tsemel v Minister of Defence kararında, İsrail'in Güney Lübnan'ı işgalinin varlığını belirlerken, yabancı otoritenin bölgede fiziksel olarak bulunmasa bile herhangi bir zamanda bölgeye hâkim olma kapasitesine sahip olması hâlinde işgalin var olduğuna karar vermiştir.⁶⁰

İkinci şart ise işgalci gücün işgal ettiği topraklar üzerinde otorite kurabilmesidir. Her ne kadar UAD, Kongo'da Silahlı Faaliyetler Davası'nda işgalci otoritenin fiilen kurulmuş olması gerektiğini ifade etmiş olsa da⁶¹ Divan'ın bu yorumu literatürde, işgalci gücün sorumluluktan kaçmak için özellikle bu otoriteyi kurmayacağı ileri sürülerek eleştirilmiştir.⁶²

Etkin kontrolün varlığı için aranan üçüncü şart ise, egemenin kendi topraklarında yabancı askerlerin bulunmasına izin vermemesidir. Bu izin barışçıl ve savaşı işgali birbirinden ayırır. Bu nedenle rıza, işgal hukukunun uygulanmasını engellemektedir. Bu rıza geçerli, gerçek ve açık olmalıdır.⁶³

B. İsrail'in işgalci güç olarak sorumlulukları

Gazze'deki çatışmalara insancıl hukukun uygulama kapsamının belirlenmesinde ikinci önemli unsur ise İsrail'in Gazze'deki uzun yıllar süren etkisinin işgal olarak değerlendirip değerlendirilemeyeceğidir. Zira insancıl hukukun işgale ilişkin işgalci devlete yüklediği ek yükümlülükler bulunmaktadır.

1967 savaşıdan bu yana İsrail, İşgal Altındaki Filistin Topraklarını (Batı Şeria, Gazze ve Doğu Kudüs) işgal altındaki topraklar yerine "ihtilafî topraklar" olarak nitelendirmektedir.⁶⁴ Bu nitelendirmeyi yaparken de işgalden önce bu yerlerin ne Ürdün ne de Mısır'ın egemenliğinin altında olduğuna dayanmaktadır. Halbuki BM Güvenlik Konseyi, 1967 tarihli ve 242 sayılı Kararı'nda İsrail'in bölgedeki işgalini sonlandırması çağrısında bulunduğunda İsrail'in o tarihteki işgalci statüsünü tespit etmişti.⁶⁵ Ayrıca BM'nin bu görüşü yani İsrail'in Gazze'deki işgalci statüsü, 2005 yılında Gazze'den çekilmesine kadar tüm devletler tarafından kabul edilmekteydi.

İsrail'in Gazze'deki işgalci statüsüne ilişkin tartışmalar 2005'te gerçekleşen geri çekilmenin ardından artmıştır.⁶⁶ İsrail bu tarihten sonra hem yerleşimcilerini hem ordusunu Gazze'den geri çektiğine dayanarak işgalin son bulduğunu ileri sürmüştür. Ancak İsrail'in iddialarının aksine birçok devlet ve uluslararası örgüt, Gazze'de hâlen işgalin sürdüğü görüşündedir.⁶⁷

İsrail'in Gazze'nin statüsü ve uygulanacak hukuk bakımından farklı zamanlarda farklı değerlendirmeleri olmuştur:

İsrail ilk zamanlar Gazze Şeridi'nin "ihtilafî topraklar" olduğunu, bu topraklar üzerinde Cenevre Sözleşmesi'ne taraf herhangi bir egemen devlet bulunmadığını, bu sebeple de IV. Cenevre Sözleşmesi'nin buraya uygulanamayacağını iddia etmiştir.⁶⁸ Ayrıca uluslararası hukuktaki genel kabulün aksine İsrail Yüksek Mahkemesi birçok kararında IV. Cenevre Sözleşmesi'nin teamül hukuku niteliğini reddetmiş ve Sözleşme'yi iç hukukta yürürlüğe koymadığı için Sözleşme'nin kendisine

⁵⁹ United States Military Tribunal, The Hostages Trial, Trial of Wilhelm List and Others, Case No.47, para. 56.

⁶⁰ Solon Solomon, "Occupied or Not: The Question of Gaza's Legal Status after the Israeli Disengagement", *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 19 (2011), 33-73.

⁶¹ ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda), Judgement of 19 December 2005, ICJ Reports 2005, 168 (230).

⁶² ICRC, "Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory", 2012, 19.

⁶³ ICRC, "Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory", 21.

⁶⁴ International Commission of Jurists, "The Road to Annexation: Israel's Maneuvers to Change the Status of the Occupied Palestinian Territory: A Briefing Paper", 2019, 7.

⁶⁵ UNSC, Resolution 242, 22 November 1967, S/RES/242.

⁶⁶ 6 Haziran 2004 tarihli Geri Çekilme Andlaşması için bkz. The Cabinet Resolution Regarding the Disengagement Plan, 6 June 2004.

⁶⁷ UNSC, *The Situation in the Middle East including the Palestinian Question*, 31 December 2008, S/PV./6060.

⁶⁸ Safaa Sadi Jaber - Ilias Bantekas, "The Status of Gaza as Occupied Territory under International Law", *International & Comparative Law Quarterly* 72/4 (2023), 1076.

uygulanamayacağını ifade etmiştir.⁶⁹ Ancak Yüksek Mahkeme daha sonra verdiği kararlarda, Sözleşme'nin insani hükümlerine uymaya yönelik istekli olduğunu dile getirmiştir.⁷⁰ Bunun yanı sıra İsrail Yüksek Mahkemesi, 2008 yılında vermiş olduğu *Bassiouni* kararında, Eylül 2005'ten bu yana İsrail'in Gazze Şeridi'nde olup bitenler üzerinde etkin bir kontrolünün kalmadığını, geçmişte bu bölgede uygulanan askerî yönetimin, hükümetin aldığı bir kararla sona erdiğini ve İsrail askerlerinin artık bölgede kalıcı olarak konuşlanmadığını; dahası, orada olup bitenlerden sorumlu olmadıklarını ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, bu koşullar altında İsrail'in Gazze Şeridi sakinlerinin refahını sağlamak veya uluslararası hukuktaki savaş işgali kurallarına göre Gazze Şeridi'nde kamu düzenini korumak gibi genel bir görevi yoktur. İsrail'in mevcut konumuyla Gazze Şeridi'nde düzeni sağlama ve sivil yaşamı yönetme konusunda etkili bir kabiliyeti de bulunmamaktadır. Son olarak Mahkeme, İsrail'in Gazze Şeridi sakinlerine ilişkin temel yükümlülüklerinin, Gazze Şeridi'ni kontrol eden Hamas örgütü ile arasında var olan silahlı çatışma durumundan kaynaklandığını belirtmiştir.⁷¹

UAD Duvar Danışma Görüşü'nde Gazze'deki işgale yönelik önemli bir açıklama yapmıştır. Bu Karar'da Divan, İsrail'in Gazze'de işgalci güç olduğunu ve işgal edilen bölgenin statüsüne bakılmaksızın IV. Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanabileceğini, bunun için ilgili toprakların bir taraf devletin egemenliği altında olması gerekmediğini ifade etmiştir.⁷² Birleşik Krallık ise, 2008'de yayınladığı bir raporda, Gazze'de kalıcı bir fiziksel İsrail varlığı olmamasına rağmen, İsrail'in Gazze'nin sınırları, hava sahası ve karasuları üzerindeki önemli kontrolü göz önüne alındığında, IV. Cenevre Sözleşmesi uyarınca işgalci bir güç olarak yükümlülüklerinin sürmekte olduğunu ifade etmiştir.⁷³ Aynı şekilde BM İnsan Hakları Konseyi⁷⁴, Uluslararası Kızılhaç Komitesi⁷⁵ de işgal durumunu teyit etmiştir.

Özetle; İsrail'in savaş işgaline ilişkin savunmaları uluslararası aktörler tarafından görüş birliği ile reddedilmektedir. Hamas'ın iktidara gelmesinden sonra İsrail'in Gazze'yi artık işgal etmediği iddiası, en azından Mayıs 2011'e kadar Gazze üzerinde uyguladığı etkin kontrol de dâhil olmak üzere Gazze sınırı ve geçiş noktaları üzerindeki münhasır kontrolü, Gazze'nin deniz alanları⁷⁶ ve hava sahası⁷⁷ üzerindeki kontrolü⁷⁸ ve Gazze'ye istediği zaman zorla müdahale etme kabiliyeti nedeniyle BM organları, birçok Devlet ve hukukçu yazarlarca kabul edilmemiştir.⁷⁹

Esasında İsrail'in Gazze üzerindeki etkin kontrolü kendini 7 Ekim 2023 tarihinden sonra gerçekleşen saldırılarda en net biçimde göstermiştir. Ayrıca, Gazze'ye ticari malların geçişi üzerindeki kontrolü ve Gazze Şeridi'ne kimin ve neyin girdiğini kontrol eden Filistin nüfus kayıtları üzerindeki devam eden kontrolü⁸⁰ aracılığıyla Gazze Şeridi'ndeki yaşam üzerinde çok ağır bir etkiye sahiptir. 7 Ekim 2023 tarihi

⁶⁹ Esther Rosalind Cohen, "Justice for Occupied Territory? The Israeli High Court of Justice Paradigm", *Columbia Journal of Transnational Law* 24 (1986), 471, 484-489; Adam Roberts, "What Is a Military Occupation?", *British Yearbook of International Law* 54, (1984), 249, Theodor Meron, "Applicability of Multilateral Conventions to Occupied Territories", *American Journal of International Law* 72/3 (1978), 542, 543, 548-550.

⁷⁰ Adam Roberts, "Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967", *American Journal of International Law* 84/1 (1990), 44-62.

⁷¹ Israel Supreme Court, Jaber Al-Bassiouni Ahmed and others v. 1. Prime Minister 2. Minister of Defence, 30 January 2008, HCJ 9132/07, para 12. Israel Supreme Court, Anbar et al v GOC Southern Command et al and Adalah et al v Minister of Defence et al, 9 December 2009, HCJ 5268/08-HCJ 5399/08, para 6. Ayrıca bkz. Dinstei, *The Law of Belligerent Occupation*, 278-279.

⁷² ICJ, Wall Opinion, 136 (165-168, 174-177).

⁷³ Foreign and Commonwealth Office, Annual Report on Human Rights 2008" Cm 7557, March 2009, 149.

⁷⁴ UNGA, Human Rights Council, *The grave violations of human rights in the Occupied Palestinian Territory, particularly due to the recent Israeli military attacks against the occupied Gaza Strip*, 12 January 2009.

⁷⁵ ICRC, "Israel and the occupied territories". <https://www.icrc.org/en/where-we-work/middle-east/israel-and-occupied-territories%C2%A0> (Erişim 20 Mart 2024).

⁷⁶ Gisha-Legal Center for Freedom of Movement, "Scale of Control: Israel's Continued Responsibility in the Gaza Strip", 13.

⁷⁷ UNGA, Human Rights Council, *Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, A/HRC/12/48, 25 September 2009, para. 383 (Erişim 20 Mart 2024). UNGA, Human Rights Council, *Ensuring Respect for International law in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, 23 July 2014, S-21/1.

⁷⁸ Geoffrey Aronson, "Issues arising from the implementation of Israel's disengagement from the Gaza Strip", *Journal of Palestine Studies* 34 (2005), 51-53. Gisha, *Scale of Control Report*, 14.

⁷⁹ Scobbie, *Gaza*, 668- 673.

⁸⁰ Gisha, *Scale of Control Report*, 17-19.

sonrasında İsrail'in Gazze'deki halkı ağır bir şekilde açlığa ve susuzluğa mahrum bırakması, yardım girişlerini engellemesi ve uzaktan yönetebildiği silahlar ile Gazze'yi yaşanmaz bir hâle getirmesi de etkin kontrolünün ispatıdır. Her ne kadar Hamas'ın varlığı ve direnişi sebebiyle otoritenin yerine geçemese de Gazzelilerin yaşamaları için gerek duydukları tüm altyapıyı engelleyebilmeleri ve yardım girişlerine izin vermemeleri esas etkin kontrolün Hamas'ın değil İsrail'in elinde olduğunu göstermektedir.

İsrail'in Gazze'de işgalci güç olması ona sivillere karşı yalnızca uluslararası insancıl hukukun teamül kurallarını değil, Cenevre Sözleşmesi ve Lahey Sözleşmesi'nin öngördüğü korumaları da sağlaması gerektiği anlamına gelmektedir.

III. Silahlı Çatışmaların Tarafı Olarak ve İşgalci Güç Olarak İsrail'in Gazze'deki İnsancıl Hukuk Sorumluluğu

Uluslararası hukukta savaşın yürütülmesi sırasında sivil şahıslar ve nesnelerin korunması konusunda riayet edilmesi gereken ilkeler bulunmaktadır. Bunlar teamül kurallarına dönüşmüş ve ihlal edilmemesi gereken ilkelerdir. Teamül kuralı olması sebebiyle de İsrail'in Cenevre Sözleşmelerinin kendisi için geçerli olmadığına dair iddiaları burada geçersiz olacaktır.

Silahlı çatışmaların çoğunda siviller de saldırıya uğramaktadır. Ama hiçbir saldırgan devlet sivilleri doğrudan hedef aldığını kabul etmez ve mağdurların aslında siviller olmadığını iddia ederek saldırısını meşrulaştırmaya çalışır. Bunu askerî hedeflere ve sivil hedeflere ilişkin farklı tanımlama ve yorumlama şeklinde yapar.

A. Sivil şahıslara ve nesnelere doğrudan saldırı yasağı

Uluslararası insancıl hukukta, savaşçı olmayanlar sivil olarak tanımlanmaktadır. Sivil halk ve sivil kişiler, askerî operasyonlardan doğan tehlikelere karşı genel bir korumadan yararlanmaktadırlar. Siviller, "düşmanlıklara doğrudan katılmadıkları sürece" korunmaya devam ederler (51/3.md, 1. No'lu Ek Protokol). Şüpheli hâlinde de ilgili kişi sivil olarak kabul edilir (51/3.md, 1. No'lu Ek Protokol).

Sivil nesnelerin tümü, askeri hedef olmayan nesnelerdir. (52/1.md, 1. No'lu Ek Protokol) 1 No'lu Ek Protokol'de askeri hedefleri şu şekilde tanımlanmaktadır: *"doğası durumu, konumları nedeniyle ... bunların kullanımı, askerî eylemlere etkili bir şekilde katkıda bulunan ve tamamen veya kısmen imha edilmesi, ele geçirilmesi veya etkisiz hâle getirilmesi, o zamanın koşulları göz önüne alındığında, açık bir askeri avantajı temsil eden nesnelerdir"* (52/2.md, 1. No'lu Ek Protokol). Ancak burada askerî avantaj kavramı geniş yorumlanmamalıdır. Aksi takdirde uluslararası hukukun temel ilkelerini baltalayacak ve sivillerin korunması açısından ciddi bir tehdit oluşturacaktır.

Sivil şahıslarda olduğu gibi sivil nesnelerde de hedef nesnenin askerî amaçlarla kullanılıp kullanılmadığının açıkça belirlenemediği durumlarda bu nesnelerin sivil nesne olarak değerlendirilmesi gerekir (52/3.md, 1 No'lu Ek Protokol).

Roma Statüsü'nün 8.maddesinde, sivil nüfusa veya çatışmalara doğrudan katılmayan sivil kişilere yönelik saldırıların kasıtlı olarak hedef alınması bir savaş suçu olarak değerlendirilmektedir.⁸¹

B. Savaşın yürütülmesine hâkim olan ilkeler

Çatışmanın taraflarının sivil nüfusu ve sivil nesneleri saldırıların etkilerinden korumak için mümkün olan tüm önlemleri alması gerekir. Bu durumda saldırılarla sivil nüfusa verilebilecek zararın önüne geçilmeli veya bu en aza indirilmelidir. Bunun sağlanması için insancıl hukukta savaşın yürütülmesi sırasında sivil şahısların ve nesnelerin korunması konusunda riayet edilmesi gereken ilkeler vardır. Bunlar teamül kurallarına dönüşmüştür ve ihlal edilmemesi gereken ilkelerdir.

⁸¹ ICC, *Rome Statute of the International Court*.

1. Askeri gereklilik, ayırım gözetme ve orantılılık ilkeleri

Gazze Şeridi dünyanın en yoğun nüfuslu bölgelerinden biridir. Dolayısıyla silahlı çatışmalarda sivillerin korunmasına yönelik ilkelere en çok riayet edilmesi gereken alanlardan biridir. İsrail uygulamasında bu özen sorumluluğunun tam aksine hareket edildiği gözlemlenmektedir. Halbuki tam da bu tür alanlarda uluslararası insancıl hukukun ayırım gözetme, önlem alma ve orantılılık ilkelerine her zaman uyulmalıdır.

Sivillerin korunmasına ilişkin temel kural saldırılar sırasında “ayırım gözetme ilkesi”dir. Bu, uluslararası insancıl hukukun temel taşlarından biridir. Bu konu 1 No’lu Ek Protokol’de şu şekilde düzenlenmektedir:

“Sivil halkın ve sivil nesnelerin korunmasını sağlamak amacıyla, çatışmaya dâhil olan taraflar her zaman sivil halk ile savaşçılar ve sivil nesneler ile askerî hedefler arasında ayırım yapar; bu nedenle savaş eylemlerini yalnızca askerî hedeflere yönlendirebilirler” (48.md, 1 No’lu Ek Protokol). Aynı şekilde 1 No’lu Ek Protokol’de *“belirli bir askerî hedefe yönelik olmayan”* veya *“savaş araç ve yöntemleri nedeniyle belirli bir askerî hedefe yönelik olmayan”*, ayırım gözetmeyen saldırıları yasaklamaktadır (51/4.md, 1 No’lu Ek Protokol).

Savaşın yürütülmesi sırasında bir diğer önemli ilke de askerî eylemlerin “orantısız” olmamasıdır. Orantısız bir saldırı, beklenen somut ve acil askerî avantajla, sivil halk arasında insan yaşamının kaybına, sivillerin yaralanmasına, sivil nesnelerin zarar görmesine veya buna benzer birkaç orantısız sonuca neden olması beklenen bir saldırı olarak tanımlanmaktadır (51/5-b.md, 1 No’lu Ek Protokol).

Gazze Savaşı’nda bu kadar az zamanda yaşanan sivil kayıplar nazara alındığında ve bu kayıplar toplam Gazze nüfusu ile oranlandığında ve her bir saldırı sonrasında elde edilen askerî sonuçlar da birlikte değerlendirildiğinde askerî gereklilik, ayırım gözetme ve orantılılık ilkelerinin ihlal edildiği açıkça görülmektedir.

2. Saldırı öncesi etkili uyarı yapma zorunluğu

Cenevre Sözleşmesi 1 No’lu Ek Protokolü’nün 57/2-c maddesine göre saldırı yapacak taraf sivil halka zarar vermesi muhtemel saldırılardan önce etkili bir uyarı yapmalıdır. Yani sivil nüfusa kendilerini yaklaşan saldırılardan koruma fırsatı vermesi gerekmektedir. Sivil nüfusa yönelik ihtiyati uyarılar yapılamadığı takdirde siviller uluslararası koruma statülerini kaybetmezler. Bu uyarılarda, sivil nüfusa belirli bir alanı terk etmek ve korunacak yer aramak için yeterli zaman verme şartı aranır. Bu şart yerine gelmez ise bu uyarılar etkisiz kabul edilir. Etkili olmayan, ancak sivil nüfusu korkutan uyarılar, *“temel amacı sivil nüfus arasında terör yaymak olan şiddet içeren faaliyetler veya şiddet tehditleri”* yasağını da ihlal edecektir (51/2.md 1 No’lu Ek Protokol).

Siviller; yaşları, engelli oluşları, güvenli kaçış yollarının veya sığınakların olmaması sebebiyle veya kaçmayı reddettikleri için bir uyarıdan sonra ilgili bölgeyi terk edemeyebilirler. Bunlar tahliye talimatına uyup uymadıklarına bakılmaksızın, uluslararası insancıl hukukun kendilerine verdiği korumadan yararlanmaya devam ederler. Ayrıca, uyarıda bulunan tarafın saldırı sırasında ayırım gözetme şartına uyması ve sivilleri koruyacak başkaca önlemler alması gerekmektedir.

Her ne kadar İsrail saldırıdan önce sivillere yönelik uyarılarda bulunduğunu iddia ediyorsa olsa da bu uyarılar çoğu zaman korumanın etkili bir yolu gibi görünmemektedir. Bunun nedeni, sivillerin güvenli bir yere gidebilecekleri konusunda zamanında bilgilendirilmesi, güvenli kaçış yollarının ve saldırı başlamadan önce kaçmak için yeterli sürenin sağlanması gibi etkili bir uyarının önemli temel unsurlarının mevcut olmamasıdır. İsrail’in, uyarının hemen ardından ölümcül saldırılarını başlatmış olduğuna dair iddialar bulunmaktadır. Daha da kötüsü uyarı sonrası kaçan sivilleri doğrudan hedef

olarak yollarda vurduğu medyada haber olarak aktarılmaktadır.⁸² Sonuç olarak İsrail tarafından etkili bir uyarının şartları yerine getirilmemektedir.

3. Sağlık personeline ve hastanelere saldırı yasağı

İnsancıl hukuka göre sağlık hizmetleri veren hastaneler, sağlık personeli ve ambulanslar her koşulda faaliyetlerini sürdürebilmelidir, korunmalıdır ve saldırıya uğramamalıdır. Çatışmalar sırasında sivil nüfusun hayatta kalması için gerekli olan nesnelere saldırmak, bunları yok etmek, kaldırmak veya devre dışı bırakmak yasaktır (54/2.md, 1 No'lu Ek Protokol). Sağlık personeli ve sağlık birimleri görevlerini her şartta yerine getirebilmelidir. Sağlık personeline ve onların ulaşım araçlarına saygı gösterilmeli ve bunlar korunmalıdır (15 ve 21.md, 1 No'lu Ek Protokol).

Silahlı bir çatışmaya karışan taraflar, sağlık personelinin sağlık hizmeti sunmasını engellememeli ve tıbbi tesislere erişim kısıtlanmamalıdır.⁸³

Gazze Şeridi'ndeki tıbbi tesislere yönelik büyük ölçekli saldırılar, hastane hizmetlerini büyük ölçüde durma noktasına getirdi. Çoğu tıbbi bakımın durdurulması gerekti veya ancak en ağır koşullar altında devam ettirilebildi. Tıbbi altyapıya, tıbbi personele ve ambulanslara yönelik yaygın saldırılar, küresel olarak endişe ile takip edilmektedir.⁸⁴

Sağlık personeli ve tıbbi birimler görevlerini yerine getirebilmelidir. Silahlı çatışmanın tarafları, tıbbi personelin sağlık hizmeti vermesini engelleyemez ve tıbbi tesislere erişim kısıtlanamaz. Uluslararası hukuka uygun bir şekilde Cenevre Sözleşmelerinin ayırt edici amblemlerini kullanan personele, malzemeye, tıbbi birimlere ve nakliye araçlarına kasten saldırı düzenlenmesi, Roma Tüzüğü'nün 8/d-ii maddesi uyarınca savaş suçu teşkil edebilir.

4. Sivillerin gıda, tıbbi sarf malzemeleri ve sağlık hizmetlerine erişim hakkının sağlanması ve insanı yardımının engellenmemesi yükümlüğü

Savaşın başladığı Ekim 2023'ten bu yana Gazze'de 600'den fazla şiddetli saldırı ve sağlık hizmetlerine erişim engellendi. 18 Ocak'ta Mescid-i Aksa Hastanesi yakınlarında ambulansa düzenlenen saldırıda 4 insani yardım çalışanı hayatını kaybetti. Savaş nedeniyle Filistinliler yiyecek ve temiz sudan mahrum kalıyor. IPC (Entegre Gıda Güvenliği Aşama Sınıflandırması) gıda güvenliği analizine göre, Gazze nüfusunun %100'ü açlık sınırında ve bu da tıbbi bakım ihtiyacını daha da artırıyor. İsrail'in gıda, su, yakıt ve temel ilaç ve malzeme tedariki üzerindeki ablukası, Filistinli siviller üzerinde yıkıcı bir etki yaratıyor. 2024 Nisan ayı ilk haftasında yayınlanan IPC değerlendirmesine göre, Gazze'de nüfusun yarısının, yani 1,1 milyon kişinin, felaket düzeyinde gıda güvensizliğiyle karşı karşıyadır. 677.000 kişi açlık sınırında ve bunların yaklaşık 15.000 hamile kadın. Bu durum hem anneler hem de yeni doğan bebekler için riskleri artırıyor. Çocuklarda akut yetersiz beslenme oranları 2024 Ocak ayından iki katına çıktı. İki yaş altı çocukların üçte biri yetersiz beslenmeden muzdarip. Trajik bir şekilde, Gazze'nin kuzeyinde 27 çocuk yetersiz beslenme nedeniyle hayatını kaybetti. İsrail'in yardım, yerinden etme ve altyapı yıkımına yönelik kısıtlamaları krizi daha da kötüleştiriyor. Hamile ve emziren kadınların %95'inin besin alımı yetersizdir ve bu da riskleri daha da artırır. Gazze'deki nüfusun %95'inin temiz suya erişimi yok. Hava saldırılarında su ve kanalizasyon sistemlerinin yanı sıra sağlık tesisleri de zarar gördü. Kolera ve tifo gibi su kaynaklı hastalıkların yanı sıra kronik ishalleri hastalıklardan enfeksiyon kapma riski özellikle küçük çocuklar için yüksektir. Devam eden çatışma, sağlık personeli de dahil olmak üzere 1,9 milyon Filistinlinin yerinden edilmesine yol açtı. Hareket etme, yerinden edilme ve insanların kişisel kaderi üzerindeki kısıtlamalar, Filistinli sağlık çalışanlarının kapasitesini büyük ölçüde sınırladı.

⁸² Independent Türkçe, "İsrail'in tahliye emrine uyan aile, İsrail'in hava saldırısında öldü" (17 Ekim 2023) (Erişim 24 Nisan 2024).

⁸³ Human Rights Watch (HRW), Gaza: Israelische Angriffe auf Krankenhäuser verschärfen Gesundheitskrise in Gaza, (14 Kasım 2023) (Erişim 15 Nisan 2024).

⁸⁴ BBC News Türkçe, "BBC'ye konuşan Filistinli sağlık çalışanları, İsrail askerlerinin hastane baskınında kendilerini dövdüğünü anlattı" (12 Mart 2024) (Erişim 24 Nisan 2024).

Artık çok sayıda yaralı ve hastaya tıbbi bakım sağlayamıyorlar. Kuzey ve orta Gazze'ye insani yardım erişimi kısıtlıdır. Bunun nedeni İsrail kontrol noktalarındaki gecikmeler, artan askeri faaliyetler ve insani yardım çalışanları ve tesislerine yönelik tehditlerdir. Bu koşullar temel ihtiyaç maddelerinin tedarikini etkilemekte ve insani yardımları tehlikeye atmaktadır.⁸⁵

İşgalci güç sivil halkın gıda, temel altyapı, ilaç ve tıbbi bakıma erişimini sağlamakla yükümlüdür. İşgalci bir güç olarak İsrail, "sivil halkın acil insani ihtiyaçlarını karşılamak için gerekli tüm tıbbi ve hastane malzemeleri, yiyecek ve giyecek sevkiyatlarının serbest geçişine izin vermelidir" (23.md, IV No'lu Cenevre Sözleşmesi).

Uluslararası Ceza Mahkemesi Stütüsü'nün 8/2. maddesi "*sivilleri hayatta kalmaları için vazgeçilmez olan nesnelerden mahrum bırakarak, bir savaş yöntemi olarak sivilleri aç bırakmanın kasıtlı olarak kullanılmasını...*" uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu olduğunu belirtmektedir.

Hatta engellemeden de öte "*işgalci güç, elindeki imkânlar ölçüsünde halkın yiyecek ve tıbbi malzemelerini temin etmelidir; işgal altındaki bölgenin kaynakları yetersizse, özellikle gerekli gıda maddelerini, tıbbi malzemeyi ve diğer malzemeleri temin etmelidir*". Ayrıca "*işgalci güç, elindeki tüm araçları kullanarak, devlet ve yerel makamlarla işbirliği içinde, işgal altındaki bölgede tıbbi tedavi ve hastane bakımı ile halk sağlığına yönelik tesis ve hizmetleri güvence altına almak ve sürdürmekle yükümlüdür....*" (56.md, IV No'lu Cenevre Sözleşmesi).

Uluslararası Ceza Mahkemesi Stütüsü'nün 7. maddesine göre "*nüfusun bir kısmının yok edilmesine yol açacak şekilde, gıda ve ilaca erişimden yoksun bırakma...*" insanlığa karşı suç olduğunu düzenlemektedir.

Toplamda 160'tan fazla insani yardım çalışanının öldürülmesi, Gazze'yi dünyadaki yardım çalışanları için en tehlikeli yer haline getirdi. Filistinli yardım çalışanlarının neredeyse tamamı sınır dışı edildi.⁸⁶

Gazze'de, yaklaşık 1,7 milyon insanın yerinden edilmesi ve toplulukların tamamen yok edilmesiyle, daha önce benzeri görülmemiş bir yıkım yaşanıyor. Özellikle yaklaşık 200.000 insanın mahsur kaldığı kuzeyde, şu andan itibaren mayıs ayına kadar kıtlığın yaşanması bekleniyor. BM kaynaklarına göre 34.151 Filistinli öldürüldü, 7.000'den fazlası kayıp veya enkaz altında kaldı, 77.084 kişi de yaralandı. Bölge benzeri görülmemiş boyutlarda bir krizle boğuşurken, Gazze'deki acil insani yardım ihtiyacı abartılamaz.⁸⁷

Refah'ta yaklaşan kara operasyonu, aralarında on binlerce hamile kadın, yeni anne ve yeni doğmuş bebeğin de bulunduğu 1,5 milyon Filistinli için ciddi bir tehdit oluşturuyor. Bugün Refah trafik sıkışıklığı, insanların sokaklarda uyuması ve derme çatma barınaklardan dolayı tanınmıyor. Herhangi bir saldırı acıyı daha da artıracak ve yardım dağıtımını engelleyecek, bombardımandan kaçacak ve gidecek başka yeri olmayan yüz binlerce çaresiz, travma geçirmiş insanın güvenliğini tehlikeye atacaktır.

İsrail'in Gazze'ye uyguladığı kuşatma, geçişlerin kapalı olması ve su ile elektrik gibi temel kaynakların eksikliği, ortaya çıkan insani felakete katkıda bulunan kritik faktörler oldu. İnsani yardım kuruluşları, özellikle kuzey Gazze'ye yapılan yardım misyonları için güvenlik riskleri ve erişim kısıtlamaları dahil olmak üzere çok sayıda zorlukla karşı karşıyadır. Yardımın Gazze'ye gerekli ölçekte ulaşmasının sağlanması, başta kara yolları olmak üzere tüm giriş noktalarına erişimi gerektirmektedir. Hava ve deniz yoluyla yardım ulaştırılması, daha hızlı, daha uygun maliyetli ve izlenmesi daha kolay olan kara

⁸⁵ International Rescue Committee, "IRC and MAP condemn Israeli airstrike on Gaza compound housing Emergency Medical Team" (31 January 2024) (Erişim 14 Mayıs 2025).

⁸⁶ International Rescue Committee, "IRC and MAP condemn Israeli airstrike on Gaza compound housing Emergency Medical Team" (31 January 2024) (Erişim 14 Mayıs 2025).

⁸⁷ United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), "Hostilities in the Gaza Strip and Israel – Reported Impact – Day 199" (Erişim 24 Nisan 2024).

yollarının yerini tutmaz. Sonuçta bu yöntemler Gazze'nin sağlık ve gıda güvensizliği sorununu yeterince çözemez.

Uluslararası insancıl hukuk çatışmanın taraflarından, tarafsız insani yardım çalışanlarının hızlı ve engelsiz geçişine izin vermesi ve kolaylaştırması sorumluluğunu yüklemektedir (70.md, 1 No'lu Protokol). Her insan, insancıl hukuk ve temel insan hakları bağlamında insani yardıma erişim hakkına sahiptir. Bu temel insan hakları ise başlıca güvenlik, gıda, su, sağlık, eğitim ve barınma gibi en temel ihtiyaçlara erişime dair haklardan oluşmaktadır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Stütüsü'nün 8(2) maddesi ise *"... bir savaş yöntemi olarak yardım malzemelerinin kasten engellenmesinin"* uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu olduğunu belirtmektedir.

5. Okullar, camiler, kiliseler gibi kültürel varlıklara saldırı yasağı

Eğitim kurumları, ibadethaneler ve diğer kültürel varlıklar da askeri amaçlarla kullanılmadığı sürece sivil obje olarak değerlendirilmektedir. Buna göre bu tesisler doğrudan saldırılara karşı koruma altındadır. Dine, sanata, bilime, eğitime veya hayır kurumlarına adanan bu tür binalar ile tarihi anıtlar, uluslararası insancıl hukuk kapsamında kültürel varlıkların koruması kapsamına girmektedir. Silahlı çatışmanın tarafları, askeri amaçlarla kullanılmayan kültürel varlıklara zarar vermemek için özel bir özen göstermekle yükümlüdür. 1954 Silahlı Çatışma Durumlarında Kültür Varlıklarının Korunması Sözleşmesi'nin 4/1. maddesine göre kültürel varlıklara karşı her türlü düşmanca davranıştan kaçınmak gerektiğini düzenlemektedir.⁸⁸ Lahey Sözleşmesi'nde yer alan kültürel varlıkların korunmasına ve muhafaza edilmesine ilişkin temel ilkelerin, yaygın olarak uluslararası geleneksel hukuku yansıttığı kabul edilmektedir.⁸⁹ Bu kuralın uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uluslararası teamül hukuku kapsamında uygulanması, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Tadić davasında kabul edilmiştir.⁹⁰

7 Ekim'den bu yana Gazze Şeridi'nde 390'dan fazla eğitim kurumu yıkıldı. Gazze Şeridi'ndeki 10 okuldan 9'u en azından "ciddi hasar" gördü. Anthedon Limanı ve İbn Othman Camii gibi tarihi, dini ve arkeolojik alanlar hasar gördü veya yerle bir edildi.⁹¹

Roma Tüzüğü'ne göre, uluslararası silahlı çatışmalarda sivil nesnelere yönelik kasıtlı saldırılar savaş suçu teşkil eder. Bu aynı zamanda kültürel varlıklara yönelik kasıtlı saldırıları da içermektedir (md. 8/b-ix, Roma Tüzüğü) ve (md. 8/e-iv, Roma Tüzüğü).

6. Binaların ve mülklerin yok edilmesi

İsrail'in hava bombardımanı, topçu bombardımanı ve kara saldırısı Gazze Şeridi'nde sivil mülklerin geniş çapta tahrip olmasına yol açtı. Sivil binalar ve evler kasıtlı olarak tahrip edildi. Hasarın tam boyutunu değerlendirmek için henüz çok erken, ancak uydu görüntüleri, özellikle güneydeki Refah civarındaki bölgelerde ve Gazze Şeridi'nin kuzey ve doğusundaki bazı bölgelerde yıkımın korkunç dereceye ulaşmış olduğunu göstermektedir. Aralık 2023 verilerine göre (Wall Street Journal'ın ABD istihbarat teşkilatı ABD Ulusal İstihbarat Direktörü Ofisi'ne (ODNI) atıfta bulunarak yayınladığı haber), Gazze Şeridi'ndeki 439.000 ev ve dairenin neredeyse yüzde 70'inin hasar görmüş veya yıkılmıştır.⁹² Bu yıkım takip eden aylarda şiddetli bombardımanlar ile daha da artmıştır.

⁸⁸ UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention, 14 May 1954, md. 4 ve 19 (Erişim 15 Nisan 2024).

⁸⁹ Forum for International Criminal and Humanitarian Law (FICHL), "Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations" (Erişim 20 Nisan 2024).

⁹⁰ ICTY, Tadić Case.

⁹¹ European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), "Völkerrecht unter Beschuss, Fragen und Antworten zum aktuellen Krieg in Gaza" (Erişim 20 Nisan 2024).

⁹² Malsin Jared-Saeed Shah, "The Ruined Landscape of Gaza After Nearly Three Month of Bombing", *The Wall Street Journal* (30 December 2023) (Erişim 20 Nisan 2024).

Uluslararası İnsancıl Hukuka göre ise, işgalci gücün özel kişilerin kişisel veya ortak mülkiyeti, Devletin veya kamu kuruluşlarının, sosyal veya kooperatif kuruluşlarının mülkiyeti olan taşınır veya taşınmaz malları, askeri operasyonlar için gerekli olmasının dışında, yok edemez (53.md, IV No'lu Cenevre Sözleşmesi).

Sonuç

Bu çalışma kapsamında İsrail'in Gazze savaşında yaptığı insancıl hukuk ihlalleri mevcut haberler ve açıklamalar, uluslararası örgütlerin açıklamaları çerçevesinde genel hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılmıştır. Yine İsrail'in işgalci statüsünün kendisine yüklediği sorumlulukları değerlendirilmiş ve bu kapsamdaki hukuk ihlalleri de tespit edilmiştir.

Şüphesiz ele alınan konuların her birisi uluslararası yargı organlarınca değerlendirilmesi ve sonuca bağlanması gerekmektedir. Ancak uluslararası hukukun yargı organlarının objektif kriterle göre değil, Gazze Savaşı başladığından bu yana kayıtsız şartsız İsrail'i destekleyen ABD ve batılı devletlerin tezleri doğrultusunda siyasi bakış açılarını esas alarak karar alacakları beklenmektedir. Dolayısıyla uluslararası toplumda ABD ve Batılı devletlerin hakimiyetinin kırıldığı bir dünya düzeni kurulmadan da bu alanda bir gelişme umudu bulunmamaktadır.

Ancak bütün bu olumsuzluklara rağmen uygulaması olmasa da teorik olarak mevcut uluslararası hukuk çerçevesinde her bir olayın değerlendirmesi ve ulaşılan doğru sonuçların, keyfiliğin ve menfaatin karşısında hukukun hakimiyetine inananlar tarafından ifade edilmeye devam edilmesi gerekmektedir.

Kaynakça

- American Journal of International Law. "International Military Tribunal (Nuremberg), Judgement and Sentences". *AJIL, Jugment* 41/1 (1947), 172-333.
- Aronson, Goeffrey. "Issues arising from the implementation of Israel's disengagement from the Gaza Strip". *Journal of Palestine Studies* 34 (2005), 49-63.
- Asseburg, Muriel. "75 Jahre nach der Nakba". *Aus Politik und Zeitgeschichte Israel* 73. Jahrgang 18-19, (2023), 46-52.
- BBC News Türkçe. "BBC'ye konuşan Filistinli sağlık çalışanları, İsrail askerlerinin hastane baskınında kendilerini dövdüğünü anlattı". Erişim 12 Mart 2024. <https://www.bbc.com/turkce/articles/cn0dxnqzyyvo>
- Benvenisti, Eyal. "Occupation, Belligerent". *The Law of Armed Conflict and the Use of Force*, ed. Frauke Lachenmann - Rüdiger Wolfrum. 857. Oxford: Oxford University Press, The Max Planck Encyclopaedia of Public International Law – Thematic Series Volume 2, 2017.
- Çankara, Pınar Özden - Çankara, Yavuz. "2000'lerde Filistin'de Meşru Temsilcilik Tartışmaları: Hamas ile El-Fetih Arasındaki Rekabet". *Kafkas Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 11/21 (2020), 469-503.
- Cohen, Esther Rosalind. "Justice for Occupied Territory? The Israeli High Court of Justice Paradigm". *Columbia Journal of Transnational Law* 24 (1986), 471-507.
- Convention (III) relative to the Opening of Hostilities. The Hague, 18 October 1907. Erişim 20 Mart 2024. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-iii-1907>.
- Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949. Erişim 20 Mart 2024. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949>
- Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949 Commentary of 1958. Erişim 10 Ocak 2024. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949/article-27/commentary/1958?activeTab=undefined>
- Cuyckens, Hanne. *Revisiting the Law of Occupation, Nova et Vetera Iuris Gentium*. Leiden: Brill, 2018.
- De Hemptinne, Jerome. "Classifying the Gaza Conflict under International Humanitarian Law, a Complicated Matter". *EJIL Talk*, 13 November 2023. Erişim 11 Mart 2024. <https://www.ejiltalk.org/classifying-the-gaza-conflict-under-international-humanitarian-law-a-complicated-matter/>
- Dinstein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Dowty, Alan. "Impact of the Aqsa Intifada on the Israeli-Palestinian Conflict". *Israel Studies Forum* 19/2 (2004), 9-28.
- ECCHR, European Center for Constitutional and Human Rights. "Völkerrecht unter Beschuss, Fragen und Antworten zum aktuellen Krieg in Gaza". Erişim 20 Nisan 2024. <https://www.ecchr.eu/fall/voelkerrecht-unter-beschuss>
- Ferraro, Tristan. "Determining the Beginning and End of an Occupation under International Humanitarian Law". *International Review of the Red Cross* 94 (2012), 133-147.
- FICHL, Forum for International Criminal and Humanitarian Law. "Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations".

https://www.fichl.org/fileadmin/_migrated/content_uploads/US_Navy_Commander_s_Handbook_Annotated_Supplement_1997.pdf

Filiu, Jean-Pierre. *Gaza: A History*. New York: Oxford University Press, 2014.

Foreign and Commonwealth Office. *Annual Report on Human Rights 2008*, Cm 7557, March 2009.

Gasser, Hans-Peter vd. *Humanitäres Völkerrecht*. Zürich: Schulthess, 2. Basım, 2012.

Gisha-Legal Center for Freedom of Movement. "Scale of Control: Israel's Continued Responsibility in the Gaza Strip, November 2011".

https://gisha.org/UserFiles/File/scaleofcontrol/scaleofcontrol_en.pdf

Harms, Gregory - Ferry, Todd M. *The Palestine Israel Conflict a Basic Introduction*. London: Pluto Press, 2. Basım, 2008.

Herdegen, Matthias. *Völkerrecht*. München: C.H. Beck, 18. Basım, 2019.

HRW, Human Rights Watch. "Gaza: Israelische Angriffe auf Krankenhäuser verschärfen Gesundheitskrise in Gaza". 14 Kasım 2023. www.hrw.org/de/news/2023/11/14/gaza-israelische-angriffe-auf-krankenhaeuser-verschaerfen-gesundheitskrise-gaza

ICC, International Criminal Court. "Questions and Answers on the Decision on the International Criminal Court's territorial jurisdiction in the Situation of Palestine, 15 February 2021". <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/palestine/210215-palestine-q-a-eng.pdf>

ICC, "Rome Statute of the International Court, 1998". <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

ICC. "Situation in the Central African Republic in the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgement of 21 March 2016". ICC-01/05-01/08.

ICC, "Situation in the State of Palestine, Pre-Trial Chamber, 5 February 2021". ICC-01/18.

ICJ, International Court of Justice. "Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda), Judgement of 19 December 2005", *ICJ Reports 2005*, 168.

ICJ, International Court of Justice. "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004", *ICJ Reports 2004*, 139.

ICRC, International Committee of the Red Cross. "Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949, Commentary of 2016, Article 2". <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-2/commentary/2016?activeTab=undefined>

ICRC, International Committee of the Red Cross. "Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, 2012".

ICRC, International Committee of the Red Cross. "Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). 24 April 1863". <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/liebercode-1863>

ICRC, International Committee of the Red Cross. "Israel and the occupied territories". <https://www.icrc.org/en/where-we-work/middle-east/israel-and-occupied-territories%C2%A0>

ICRC, International Committee of the Red Cross. "Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August 1974". <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/brussels-decl-1874>

- ICTY, The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a "DULE", Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Judgement of 2 October 1995.
- Independent Türkçe. "İsrail'in tahliye emrine uyan aile, İsrail'in hava saldırısında öldü", 17 Ekim 2023. <https://www.indyturk.com/node/667681/d%C3%BCnya/i%C3%87srailin-tahliye-emrine-uyan-aile-i%C3%87srailin-hava-sald%C4%B1r%C4%B1s%C4%B1nda-%C3%B6ld%C3%BC>
- International Commission of Jurists. "The Road to Annexation: Israel's Maneuvers to Change the Status of the Occupied Palestinian Territory: A Briefing Paper", 2019. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/11/Israel-Road-to-Annexion-Advocacy-Analysis-brief-2019-ENG.pdf>
- International Rescue Committee, "IRC and MAP condemn Israeli airstrike on Gaza compound housing Emergency Medical Team" (31 January 2024) <https://www.rescue.org/eu/press-release/irc-and-map-condemn-israeli-airstrike-gaza-compound-housing-emergency-medical-team>
- Israel Supreme Court of Justice. 1. The Public Committee against Torture in Israel 2. Palestinian Society for the Protection of Human Rights and Environment, v. The Government of Israel. HCJ 769/02.
- Israel Supreme Court. Anbar et al v GOC Southern Command et al and Adalah et al v Minister of Defence et al, 9 December 2009. HCJ 5268/08-HCJ 5399/08.
- Israel Supreme Court. Jaber Al-Bassiouni Ahmed and others v. 1. Prime Minister 2. Minister of Defence, 30 January 2008. HCJ 9132/07.
- Israel Supreme Court. Physicians for Human Rights and others v. Prime Minister of Israel and others & Gisha Legal Centre for Freedom of Movement and others v. Minister of Defence. HCJ 201/09 & HCJ 248/09.
- Israeli Government. The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010 The Turkel Commission, Part One, 2010, 49-50. https://www.gov.il/en/departments/general/turkel_committee.
- Jaber, Safaa Sadi - Bantekas, Ilias. "The Status of Gaza as Occupied Territory under International Law". *International & Comparative Law Quarterly* 72/4 (2023), 1069-1088.
- Jared, Malsin - Shah, Saeed. "The Ruined Landscape of Gaza After Nearly Three Month of Bombing". *The Wall Street Journal* (30 December 2023). <https://www.wsj.com/world/middle-east/gaza-destruction-bombing-israel-aa528542>.
- Johannsen, Margret. *Der Nahost-Konflikt Eine Einführung*. Wiesbaden: Springer, 5. Basım, 2024.
- Kmiotek, Celeste. "Israel claims it is no longer occupying the Gaza Strip. What does international law say?". *Atlantic Council*, 2023. <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/menasource/gaza-israel-occupied-international-law/>
- Kretzschmar, Katharina. *Identitäten im Konflikt-Palästinensische Erinnerung an die Nakba 1948 und deren Wirkung auf die dritte Generation*. Bielefeld: Transcript Verlag, 2019.
- League of Nations. "Mandate for Palestine, 12 August 1922". <https://web.archive.org/web/20131125014738/http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/2FCA2C68106F11AB05256BCF007BF3CB>
- Longobardo, Marco. *The Use of Armed Force in Occupied Territory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Masalha, Nur. "The 1956-57 "Occupation of the Gaza Strip: Israeli Proposals to Resettle the Palestinian Refugees". *British Journal of Middle Eastern Studies* 23/1 (1996), 55-68.

- McDowall, David. *Palestine and Israel: The Uprising and Beyond*. Berkley: University of California Press, 1989.
- Meron, Theodor. "Applicability of Multilateral Conventions to Occupied Territories". *American Journal of International Law* 72/3 (1978), 542-557.
- Meron, Theodor. "The Humanization of Humanitarian Law". *AJIL* 94/2 (2000), 239-278.
- Narea, Nicole - Ioanes, Ellen. "How we talk about the Israel-Hamas war". *Vox*, 2023. <https://www.vox.com/world-politics/2023/10/24/23930269/israel-hamas-gaza-palestine-occupation-zionism-displacement>
- OCHA, United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. "Hostilities in the Gaza Strip and Israel – Reported Impact – Day 199". <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-reported-impact-day-199>
- Perry, Yaron. *British Mission to the Jews in Nineteenth-Century Palestine*. London: Frank Cass Publishers, 2005.
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977>
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and related to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/apii-1977/state-parties?activeTab=undefined>
- Roberts, Adam. "Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967". *American Journal of International Law* 84/1 (1990), 44-62.
- Roberts, Adam. "What Is a Military Occupation?". *British Yearbook of International Law* 54 (1984), 249-305.
- Roy, Sara. "Praying with Their Eyes Closed: Reflections on the Disengagement from Gaza". *Journal of Palestine Studies* 34/4 (2005), 64-74.
- Roza I. M. El-Eini. *Mandated Landscape British Imperial Rule in Palestine, 1929-1948*. London: Routledge, 2006.
- Scobbie, Iain. "Gaza", *International Law and the Classification of Conflicts*. Ed. Elizabeth Wilmshurst. 280-315. Çevrimiçi Yayın: Oxford Academic, 2012.
- Shlaim, Avi. "The Rise and Fall of the Oslo Peace Process". *International Relations of the Middle East*. Ed. Louise Fawcett. 241-261. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Solomon, Solon. "Occupied or Not: The Question of Gaza's Legal Status after the Israeli Disengagement". *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 19 (2011), 33-73.
- Spoerl, Joseph S. "The Al Aqsa Intifada in Perspective". *ASMEA Conference*. Kasım 2023.
- Spoerri, Philip. "The Law of Occupation". *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*. Ed. Andrew Clapham – Paola Gaeta. 182-205. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- The Conversation. "How the 'laws of war' apply to the conflict between Israel and Hamas, 15 October 2023". <https://theconversation.com/how-the-laws-of-war-apply-to-the-conflict-between-israel-and-hamas-215493>
- UN, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization. "The Question of Palestine, Origins and Evolution of the Palestine Problem: 1917-1947 (Part 1)".

<https://www.un.org/unispal/history2/origins-and-evolution-of-the-palestine-problem/part-i-1917-1947/>

UNESCO, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. "Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention. 14 May 1954, md. 4 ve 19". <https://www.unesco.org/en/legal-affairs/convention-protection-cultural-property-event-armed-conflict-regulations-execution-convention>

UNGA, United Nations General Assembly, Human Rights Council. "Ensuring Respect for International law in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, 23 July 2014, S-21/1". <https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/report-united-nations-high-commissioner-human-rights-4>

UNGA, United Nations General Assembly, Human Rights Council. "Human Rights in Palestine and other Occupied Arab Territories, A/HRC/12/48, 25 September 2009". <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/a-hrc-12-48.pdf>

UNGA, United Nations General Assembly, Human Rights Council. "Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1, A/HRC/29/CRP.4". <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g15/132/95/pdf/g1513295.pdf?token=bF5XUkbFQ9lzDspZep&fe=true> (Erişim Tarihi: 11.03.2024).

UNGA, United Nations General Assembly, Human Rights Council. "Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Implementation of Human Rights Council resolutions S-9/1 and S-12/1, A/HRC/22/35/Add.1". https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.35.Add.1_AV.pdf

UNGA, United Nations General Assembly, Human Rights Council. "The grave violations of human rights in the Occupied Palestinian Territory, particularly due to the recent Israeli military attacks against the occupied Gaza Strip, 12 January 2009". <https://digitallibrary.un.org/record/646523?v=pdf>

UNGA, United Nations General Assembly, Human Rights Council. "Status of Palestine in the United Nations, 4 December 2012, A/RES/67/19". <https://digitallibrary.un.org/record/739031?ln=en&v=pdf>

United Nations Peacemaker. "The Cabinet Resolution Regarding the Disengagement Plan. 6 June 2004". <https://peacemaker.un.org/en/node/9495>

United States Institutes of Peace. "Peace Agreements Digital Collection, Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements, September 13, 1993". <https://peacemaker.un.org/en/node/9432> United States Military Tribunal. "The Hostages Trial, Trial of Wilhelm List and Others, Case No.47, para. 56". <https://www.legal-tools.org/doc/b62664/pdf>

UNSC, United Nations Security Council. "Resolution 242, 22 November 1967, S/RES/242". https://www.un.org/depts/german/sr/sr_67/sr242-67.pdf

UNSC, United Nations Security Council. "Resolution Adopted on the Report of the Ad Hoc Committee on the Palestinian Question, RES/181(ii)". <https://digitallibrary.un.org/record/837489?v=pdf>

UNSC, United Nations Security Council. "The Situation in the Middle East, 6 January 2009, S/PV.6061". <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Gaza%20SPV6061.pdf>

UNSC, United Nations Security Council. "The Situation in the Middle East including the Palestinian Question, 31 December 2008, S/PV./6060". <https://digitallibrary.un.org/record/645523?v=pdf>

UNHRC, United Nations Human Rights Council, "Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1, A/HRC/29/CRP.4, 24 June 2015". <https://docs.un.org/en/A/HRC/29/52>

Zischg, Robert. *Nicht-internationaler bewaffneter Konflikt und Völkerrecht*. Baden-Baden: Nomos, 1995.

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

Müteselsil Borçlulukta Kanunda Belirtilen Sebeplerin Varlığı Nedeniyle Borcun Doğmadığına Yönelik İtirazlar

Objections to the Non-Emergence of the Obligation Due to the Existence of the Reasons Specified in the Law in Joint Obligation

Burak Doğan 

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi,
İstanbul, Türkiye,
bur4kdog4n@gmail.com,
ror.org/00xvwpq40



Geliş Tarihi/Received: 28.11.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 24.01.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
22.05.2025

Öz: Müteselsil borçlulukta itiraz ve defiler ortak ve kişisel olmak üzere ikiye ayrılır. Ortak savunma sebeplerini ileri sürme külfeti vardır. İtirazlar, borcun hiç doğmadığına ya da sona erdiğine yönelik olabilir. İtirazlar, anlaşmadan ya da kanundan kaynaklanabilir. Borcun doğmadığına yönelik itirazın varlığı halinde, ilgili kişi borçlu sıfatını elde etmez. Kişisel indirim sebepleri alacaklıya karşı ileri sürülemez. Yokluk ve kesin hükümsüzlük, müteselsil borçluların her biri tarafından ileri sürülebilir. Ancak, borçlulardan biri hakkındaki yokluk diğerlerine sirayet etmez. Ehliyetsizlik türünün ya da durumun bilinmesinin ortaya çıkacak sonuçta etkisi yoktur. Mutlak muvazaanın varlığı halinde diğer müteselsil borçlular için de muvazaanın tarafı olan borçlunun iç ilişkideki payı oranında sona erer. Nisbi muvazaa halinde diğer müteselsil borçluların ne şekilde etkileneceği gizli işleme göre belirlenir. Müteselsil borçlulardan birinin iradesinin sakatlanmış olması nedeniyle iptal beyanında bulunması halinde, TBK m. 166/III kıyasen uygulanır. Yazılmamış sayılan genel işlem koşulu işlemin tarafı müteselsil borçlu için tam sonuç doğururken, diğer müteselsil borçlular için işlem tarafı müteselsil borçlunun iç ilişkideki payıyla sınırlı sonuç doğar.

Anahtar Kelimeler: Müteselsil Borçluluk, İtiraz, Def'i, Ortak İtiraz, Kişisel İtiraz

Abstract: Objections and defenses in joint and several liability are divided into two as common and personal. There is an obligation to assert common defense grounds. Objections may be that the debt never arose or that it has been terminated. Objections may arise from the agreement or the law. In case of an objection that the debt did not arise, the person concerned does not acquire the title of debtor. Reasons for personal reduction cannot be asserted against the creditor. Non-existence and nullity may be asserted by each of the joint debtors. However, the absence of one of the debtors does not extend to the others. The type of incapacity or the knowledge of the situation has no effect on the outcome. In case of absolute collusion, the party to the collusion for the other joint debtors shall cease to exist in proportion to the debtor's share in the internal relationship. In case of relative collusion, how the other joint debtors will be affected is determined according to the hidden transaction. In the event that one of the joint obligors makes a declaration of rescission due to impaired will, Art. 166/III of the TCO shall be applied by analogy. A general transaction term deemed to be unwritten shall have full consequences for the joint obligor who is a party to the transaction, while for the other joint obligors, the consequences shall be limited to the share of the joint obligor in the internal relationship.

Keywords: Joint Obligation, Objection, Plea, Joint Objection, Personal Objection

Extended Abstract

Joint and several indebtedness, which is one of the types of joint indebtedness, is a type of indebtedness in which the creditor can demand the full performance of the debt from each debtor and all debtors are released from the debt to the extent that the performance is realized.

The objections and defenses that joint obligors may assert are divided into two as personal and joint. A defense arising from the cause or subject matter of the debt is of a common nature. The assertion of common objections and defenses is both a right and a burden. This is because Article 164/II of the TCO stipulates that in case of failure to assert, the joint debtor shall be liable to the other joint debtors.

Only the joint debtor who is the beneficiary benefits from personal objections and defenses personal objections and defenses do not have an obligation to be asserted. Even if they are not asserted, the right of recourse is obtained in full.

Objections to the non-existence of the debt, which is the subject of joint and several liability, include the lack of the constituent elements or validity elements of the debt, or in the case of tort and unjust enrichment, the failure to fulfill the conditions of the birth of the debt.

The source of the objections that the obligation never arose may be the agreement or the law. In the presence of a statutory privilege, no performance obligation arises and the tortfeasor may assert the statutory privilege as a defense against the injured party. Unlike contractual exemption from liability, the legal exemption of the joint tortfeasor from liability does not imply a contract to the detriment of third parties.

In the case of joint and several liability, personal grounds for relief cannot be asserted. This is because personal grounds for relief do not affect the external relationship. It only determines the amount of recourse in the internal relationship. Accepting otherwise is incompatible with the structure of joint and several liability. However, a regulation may be made for the acceptance of differentiated succession in terms of the law.

In the event that one of the grounds of absolute nullity exists for all joint debtors, the invalidity of the contract shall be a common defense. If the ground of absolute invalidity is not applicable for all joint debtors, partial invalidity should be accepted. Accordingly, pursuant to Article 27/II of the TCO, if it is clearly understood that the other joint obligors would not perform the contract if they knew of the invalidity, the contract shall be completely invalid. In this case, the invalidity constitutes a common defense. On the other hand, partial invalidity should also be considered as a common ground of objection, even if the conditions required under Art. 27/II of the TCO are not present. This is because invalidity can be asserted by anyone due to its nature.

In the determination of the effect of the incapacity of one of the debtors in joint and several indebtedness, the fact that the relevant person has full or limited incapacity does not require different results. Because there is no such distinction in the law.

If all of the joint debtors have the will for an absolute collusive transaction, the assertion of collusion shall have the character of a common objection. In the event that one of the joint obligors asserts and proves it with written evidence, the debt ends for each joint obligor. If the will of only one or more of the joint obligors is collusive, both the joint obligor whose will is collusive and the other joint obligor may claim that the transaction is collusive. However, while the joint debtor who is a party to the falsified transaction must prove his claim by written evidence, the other joint debtor may prove his claim by any evidence, since he is a third party in terms of the falsified transaction.

In the event that the will of one or more of the joint debtors is collusive, the joint debtor who is a party to the transaction must prove the collusion claim by written evidence, while the other joint debtors may prove it by any evidence.

If the cause of nullity exists only for one or more of the joint obligors, the title of joint obligor does not arise only for the relevant person. Here, unlike definitive nullity, the existence of the conditions for the application of Art. 27/II of the TCO cannot be asserted and it cannot be stated that it should also affect the other joint obligors. Non-existence, like final nullity, may be asserted by anyone concerned. In this context, the failure of one of the potential joint obligors to obtain the title of debtor or joint obligor due to non-existence may be asserted by each joint obligor, and this ground of objection is a common objection.

In the event that only one of the joint debtors' will is impaired, the declaration of annulment is in the nature of a personal objection. In this case, the relevant joint obligor may invalidate the contract on its own behalf by making a declaration of annulment.

If the general transaction term is deemed to be unwritten for one or more of the parties, the unwritten term shall have full consequences for the joint obligor who is a party to the transaction, while for the other joint obligors, the consequences shall be limited to the share of the joint obligor in the internal relationship.

Giriş

Türk Borçlar Kanununun hükümleri genellikle alacaklı ve borçlu tarafın birer kişiden oluştuğu varsayımına dayalı olarak düzenlenmiştir. Birlikte borçluluk türlerinden olan müteselsil borçluluğa ilişkin olarak, TBK'da m. 162-168'de temel düzenlemelere yer verilmiş olup, TBK m. 155'te müteselsil borçlulukta zamanaşımının kesilmesine, TBK m. 160/II'de müteselsil borçlulukta zamanaşımından feragate ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca, TBK m. 61 ve 62'de, haksız fiilden doğan müteselsil sorumluluğa ilişkin iç ve dış ilişkilere ait düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak, bu düzenlemeler sorunların tamamına cevap verememektedir.

TBK m. 164/I'de müteselsil borçluların ileri sürebilecekleri, 164/II'de ise ileri sürmeleri gereken savunma sebeplerine yer verilmiştir.

Çalışmamızın ilk bölümünde konunun daha iyi anlaşılabilmesi için müteselsil borçluluk, itiraz ve def'i kavramları incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, savunma sebeplerinden olan itirazlar ele alınacak olup, konunun sınırlandırılması amacıyla yalnızca borcun doğmamasına neden olan kanun kaynaklı itiraz sebepleri incelenecektir. İlgili itiraz sebeplerinin niteliği ve ileri sürülmesi ya da sürülmemesi halinde müteselsil borçlulara etkisinin ne olacağı incelenecektir. Çalışmada doktrin görüşleri ve yargı kararlarına da yer verilecektir.

I. Müteselsil Borçluluk, İtiraz ve Def'i Kavramları

A. Müteselsil borçluluk kavramı

Borç ilişkilerinde alacaklı ve borçlu tarafı çoğunlukla birer kişiden oluşmaktadır. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunun, borcun doğumuna, hükümlerine ve sona ermesine ilişkin maddeleri genellikle borcun taraflarının birer kişi olduğu varsayımlarıyla düzenlenmiştir. Ancak, bazı hallerde kanun ya da hukuki işlem kaynaklı olarak, gerek borçlu gerekse de alacaklı taraf birden fazla kişiden oluşabilmektedir¹.

Müteselsil borçluluk, alacaklının borcun ifasının tamamını her bir borçludan isteyebildiği ve ifanın gerçekleştiği oranda borçluların hepsinin borçtan kurtulduğu borçluluk türüdür². Müteselsil borçluluk,

¹ Ayşe Arat, "Müteselsil Borçlarda Alacaklı ve Borçlu Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26/2, (Eylül 2018), 326; Kadir Berk Kapanlı, "Müteselsil Borçluluk", İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, c. 2,3 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 2015; M. Kemal Oğuzman- Turgut Öz *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: 18. Bası, 2023, Vedat Kitapçılık, II/N. 1334; Murat Canyürek, *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003) 5; Şeref Güler, *Müteselsil Sorumluluk İlkesinin İş Kanunundaki Uygulaması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 23; Turgut, Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971), 2.

² Benzer tanımlar için bkz.: Bernhard Berger, *Allgemeines Schuldrecht*, (Bern: Stämpfli Verlag, 2008), N. 2388; Brigitta Kratz, "Art. 143", *Solidarität, Art. 143-150 OR, Berner Kommentar* (Bern: Stämpfli Verlag), 2015, N. 21; Çiğdem Çilci, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Ayıplı Mal Satışı Nedeniyle Müteselsil Sorumluluk* (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019), 44; Çiğdem, Kırca, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler", *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 24; Davut, Armağan, "Sözleşmesel Çerçevede Meydana Gelen Müteselsil Borçlulukta Borçlu Temerrüdü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 77/2 (Aralık 2019), 621; Ferhat Canbolat, Müteselsil Borcun Sona Erme Nedenleri, *Ankara Barosu Dergisi*, 66/3, Yaz 2008, 69; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Legem Yayıncılık), 2023, N. 3742; Gökçen, Doğan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Öngörülen Müteselsil Sorumluluk Sistemi", *Sorumluluk Hukuku: Seminerler-makaleler*, Ed.: Başak Baysal, , İstanbul: (On İki Levha Yayıncılık, 2017), 101; Hans, Merz, *Schweizerisches Privatrecht, C. 6, Obligationen Recht Allgemeiner Teil, Erster Teilband*, (Bern, Helbing Lichtenhahn Verlag 1984), 101; Hüseyin Hatemi-Emre Gökyayla, *Borçlar*

Türk Borçlar Kanununda “Borç İlişkilerinde Özel Durumlar” başlığı altında birinci ayırmda “teselsül” başlığıyla müteselsil alacaklılığı da içine alacak şekilde düzenlenmiştir³. Bu nedenle müteselsil borçluluk, pasif teselsül olarak da adlandırılmaktadır⁴.

B. İtiraz ve def'i kavramları

1. Genel olarak

Borç ilişkilerinde borçlular, kendilerine yöneltilen taleplere ilişkin birtakım savunma imkânlarına sahip olabilmektedir. Bu savunma imkânları maddi hukuka ya da usul hukukuna⁵ ilişkin olabilir⁶.

Maddi hukukta savunma imkânları, itiraz ve def'i olmak üzere ikiye ayrılır⁷. Def'i kavramı, itirazları da içine alacak şekilde geniş anlamda kullanılabilir⁸. BK m. 143'te def'i kavramı bu şekilde kullanılmıştır⁹. Ancak, söz konusu kullanım karışıklığa yol açabilmektedir. Nitekim TBK m. 164'te bu karışıklığın önlenmesi için def'i yerine savunma sebepleri kavramına yer verilmiştir.

Hukuku Genel Bölüm, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021) § 36, N. 1; Jonas Stuber, *Einreden und Einwendungen in der passiven Solidarität*, (Bern: Stämpfli Verlag, 2021), N. 5; Kadir, Berk, Kapancı, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, 24; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku, c. 1, Genel Hükümler*, 6. Bası, Sermet Yayınevi, İstanbul, 1976, 1034; Mr. C. Sausser- Hall, “*Borçlar Hukukunun Umumi Nazariyeleri*”, çev. Mehmet Osman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 9/52, (1931), 1286; Levent Akın, “Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Hukuki Niteliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60/4, (2011), 735; Mustafa Yaşar Aygün, “Haksız Eylemlerde Tam Zincirleme Sorumluluk ile Karşılaştırmalı Olarak Eksik Zincirleme Sorumluluk (BK m. 50-51)”, *Yargıtay Dergisi* 4/4 (Ekim 1978), 510; Nurcihan Dalcı Özdoğan, *Müteselsil Sorumluluk*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 51; Sabah, Altay, “Müteselsil Borçlunun Rücu Hakkının Doğumundan Önce Borçtan Kurtarılma Talebi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi* 17/1-2 (Şubat 2011), 393; Sezer Çabri, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma”, *Legal Hukuk Dergisi* (Ekim 2011), 3925; Selahattin Sulhi Tekinay vd., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 285; Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk*, 35; Arat, *Müteselsil Borç*, 326; Kapancı, *Müteselsil Borçluluk*, 2033; Oğuzman-Öz, c. 2, N. 1339.

³ Doktrinde, müteselsil borçluluğun kanun sistematiği açısından yanlış yerde olduğu, “Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanasımı” başlığını taşıyan üçüncü bölümün ardında yer alması gerektiği belirtilmiştir. (Sulhi Selahattin Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Doçentlik Tezi, 1956), 4.).

⁴ Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk*, 30; Berger, *Schuldrecht*, N. 2388; Canyürek, *Müteselsil Borçluluk*, 1; Eren, *Borçlar Genel*, N. 3742; Güler, *Müteselsil Sorumluluk*, 24; Tunçomağ, *Borçlar Genel*, 1026 vd.

⁵ Usul hukukuna ilişkin savunma sebepleri ilk itirazlar ve dava şartı olmak üzere ikiye ayrılır. Dava şartları, mahkemenin uyuşmazlığın esasına geçebilmesi için var olup olmadıklarını incelediği hallerdir. İlk itirazlar ise, dava engeli niteliğinde olup, davanın hemen başında ileri sürülmeleri gerekir. (Ramazan Arslan vd., *Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 352 vd.; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 724; Aslınur Ak, *Davada ve İcra Takibinde Zamanasımı Def'i* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 8 vd.; Kapancı, *Birlikte Borçluluk*, 166).

⁶ Ferhat Canbolat, “Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* III/1 (Haziran 2008), 260; Flavio Lardelli, *Die Einreden des Schuldners bei der Zession*, (Zürich: Schulthess Juristische Medien, 2008), 3; Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Ed. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, 1207; Ak, *Zamanasımı Def'i*, 8; Arslan vd., *Medeni Usul*, 351; Kapancı, *Müteselsil Borçluluk*, 2055; Kapancı, *Birlikte Borçluluk*, 166.

⁷ Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Çev. Cevat Edege, (Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983), 27; Andreas Von Tuhr-Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, (Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag 1984), 305; Frédéric Krauskopf, “Art. 145”, *Die Solidarität, Art. 143 - 150 OR, ZK - Zürcher Kommentar*, 2016, N. 7; İlhan E., Postacioğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 892; Arslan vd., *Medeni Usul*, 351; Canbolat, *Def'i ve İtiraz*, 255; Kapancı, *Müteselsil Borçluluk*, 2055; Kapancı, *Birlikte Borçluluk*, 167; Kratz, Art. 145, N. 13; Lardelli, *Einreden*, 3; Pekcanitez, *Medeni Usul*, 1208; Tanrıver, *Medeni Usul*, 724.

⁸ Frédéric, Krauskopf, “Art. 145”, *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)*, Editörler: Peter Gauch, Hubert Stöckli, (2021), N. 1; Stephan Mazan, “Art. 145”, *Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1-183 OR, Ed. Andreas Furrer Anton K. Schnyder, (Schulthess, 2016), N. 1; Thomas Müller, “Art. 145”, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, Ed.: Jolanta Kren Kostkiewicz-Stephan Wolf, Marc Amstutz-Roland Fankhauser, (Stämpfli Verlag, 2023), N. 1; Gion Christian Casanova, *Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung*, (Zürich: Schulthess, 2010), 14; Andreas Weiss, *Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung*, (Luzern: Stämpfli Verlag, 2011), 119; Arslan vd., *Medeni Usul*, 352; Güler, *Müteselsil Sorumluluk*, 52; Hatemi-Gökyayla, § 36, N. 17; Kapancı, *Müteselsil Borçluluk*, 2055; Kapancı, *Birlikte Borçluluk*, 167; Krauskopf, *ZK Art. 145*, N. 7; Kratz, Art. 145, N. 12; Lardelli, *Einreden*, 4; Postacioğlu, *Medeni Usul*, N. 892 vd.; Stuber, *Solidarität*, N. 44.

⁹ Hatemi-Gökyayla, § 36, N. 17; Güler, *Müteselsil Sorumluluk*, 52; Von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 794; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2021/1506 (25 Kasım 2021): “818 sayılı BK'nin 143. (6098 sayılı TBK'nin 164.) maddesi gereğince zarar verenlerin ileri sürebileceği def'iler, ortak ve kişisel def'iler olarak ikiye ayrılmıştır. Buradaki def'ilerin, itirazları hatta takas beyanı gibi yenilik doğuran hakları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekir.” (www.lexpera.com.tr).

İtiraz, bir borcun hiç doğmadığına ya da sona erdiğine yönelik maddi olaydır¹⁰. İtiraz sebepleri taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi, dava dosyasından anlaşılması hâlinde hâkim tarafından re'sen dikkate alınır¹¹.

Def'i, sahibine özel bir hukuki sebebe istinaden kendisine yöneltile talepten geçici ya da sürekli olarak kaçınma imkânı veren savunma aracıdır¹². Bu bağlamda, def'inin borcu sona erdirici etkisi yoktur. Yalnızca talepten kaçınmaya imkân tanıyan bir haktır¹³. Def'i, kanundan ya da sözleşmeden doğabilir¹⁴. Def'i hakkı, hak sahibi tarafından ileri sürülmemişse, dava dosyasından anlaşılrsa dahi hâkim tarafından re'sen dikkate alınamaz¹⁵.

Def'inin ileri sürülmesiyle talebin dayandığı hak sona ermez. Ancak, talebin dayandığı haktan kaynaklanan sonuçların ortaya çıkması engellenir. Bu engelleme geçici olabileceği gibi, sürekli de olabilir. Örneğin, TBK m. 97'de yer alan ödemezlik def'i geçici def'i niteliğini haizken, TBK'nın çeşitli maddelerinde düzenlenmiş olan zamanaşımı, sürekli def'i niteliğini haizdir¹⁶.

Def'inin ileri sürülmesinden, tek taraflı bir beyanla, mahkeme içi ya da dışı, feragat edilmesi mümkündür. Aynı husus itirazlar için söylenemez. Zira itiraz hâlinde borç ya hiç doğmamıştır ya da sona ermiştir. Bu sonucun önüne bir beyanla geçilemez. Bu durumda ifa yine de gerçekleştirilirse, gerekli şartların da varlığı hâlinde, bağışlama vaadinden ya da yeni bir borç oluşumundan bahsedilebilir¹⁷.

Def'iler bozucu yenilik doğuran haklarla benzerlik taşısa da, yenilik doğuran hak niteliğinde değildir. Bu hususun tespiti geçici def'iler bakımından kolaydır. Zira geçici def'inin ileri sürülmesiyle birlikte hakkın ileri sürülebilirliğinin geçici olarak önüne geçilmektedirken, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla ilgili hak sürekli ve kesin olarak ortadan kalkmaktadır. Hakkın sona ermesi hâlinde de def'i değil, itiraz söz konusu olur¹⁸.

Sürekli def'iler ile bozucu yenilik doğuran haklar arasındaki ayırım ise, geçici def'ilerle olanlar kadar net değildir¹⁹. Bu nedenle de doktrinde farklı görüşler vardır. Bu konudaki ilk görüşe göre, sürekli def'inin ileri sürülmesiyle birlikte borç ortadan kalkmadığından, sürekli def'iler bozucu yenilik doğuran hak

¹⁰ Jean-Marc Schaller, *Einwendungen und Einreden im Schweizerischen Schuldrecht*, (Zurich: Dike, 2010), N. 30; M. Kemal, Oğuzman- Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024), N. 1007; Mustafa Dural-Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku, c. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023), N. 1293; Ak, Zamanaşımı Defi, 11; Arslan vd., Medeni Usul, 352; Canbolat, Def'i ve İtiraz, 260; Eren, Borçlar Genel, N. 208; Güler, Mütessesil Sorumluluk, 53; Kapancı, Mütessesil Borçluluk, 2056; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 167; Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 5; Lardelli, Einreden, 3; Pekcanitez, Medeni Usul, 1208; Postacıoğlu, Medeni Usul, N. 894; Stuber, Solidarität, N. 44; Tekinay vd., Borçlar Genel, 27; Tanrıver, Medeni Usul, 725; Tunçomağ, Borçlar Genel, 54 vd.; Von Tuhr, Borçlar Hukuku, 27.

¹¹ Ak, Zamanaşımı Defi, 11; Canbolat, Def'i ve İtiraz, 260; Dural-Sarı, Temel Kavramlar, N. 1294; Kapancı, Mütessesil Borçluluk, 2056; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 167; Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 6; Oğuzman-Barlas, Medeni Hukuk, N. 1008; Pekcanitez, Medeni Usul, 1208 vd.; Schaller, Schuldrecht, N. 161; Stuber, Solidarität, N. 44; Tunçomağ, Borçlar Genel, 55; Von Tuhr, Borçlar Hukuku, 29.

¹² Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 83; Vedat Buz, *Yenilik Doğuran Haklar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 90; Ak, Zamanaşımı Defi, 12; Canbolat, Def'i ve İtiraz, 256; Dural-Sarı, Temel Kavramlar, N. 1295; Eren, Borçlar Genel, N. 197; Güler, Mütessesil Sorumluluk, 53; Kapancı, Mütessesil Borçluluk, 2057; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 168; Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 5; Lardelli, Einreden, 4; Oğuzman-Barlas, Medeni Hukuk, N. 1009; Postacıoğlu, Medeni Usul, N. 896; Tekinay vd., Borçlar Genel, 27; Tunçomağ, Borçlar Genel, 52 vd.; Tanrıver, Medeni Usul, 725; Von Tuhr, Borçlar Hukuku, 28.

¹³ Dural-Sarı, Temel Kavramlar, N. 1071; Eren, Borçlar Genel, N. 212; Oğuzman-Barlas, Medeni Hukuk, N. 1010; Kapancı, Mütessesil Borçluluk, 2057; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 168.

¹⁴ Canbolat, Def'i ve İtiraz, 258; Kapancı, Mütessesil Borçluluk, 2057; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 168; Tunçomağ, Borçlar Genel, 55.

¹⁵ Dural-Sarı, Temel Kavramlar, N. 1296; Eren, Borçlar Genel, N. 210; Kapancı, Mütessesil Borçluluk, 2057; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 169; Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 6; Oğuzman-Barlas, Medeni Hukuk, N. 1011; Pekcanitez, Medeni Usul, 1208; Tunçomağ, Borçlar Genel, 55; Von Tuhr, Borçlar Hukuku, 29.

¹⁶ Canbolat, Def'i ve İtiraz, 258 vd.; Kapancı, Mütessesil Borçluluk, 2057 vd.; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 168; Tunçomağ, Borçlar Genel, 57; Von Tuhr, Borçlar Hukuku, 32.

¹⁷ Canbolat, Def'i ve İtiraz, 261; Eren, Borçlar Genel, N. 209; Tunçomağ, Borçlar Genel, 56; Von Tuhr, Borçlar Hukuku, 30.

¹⁸ Buz, Yenilik Doğuran Hak, 93; Canbolat, Def'i ve İtiraz, 257; Eren, Borçlar Genel, N. 198.

¹⁹ Buz, Yenilik Doğuran Hak, 94.

teşkil etmez²⁰. Temelde her ikisinin de ileri sürülmesiyle karşı tarafın talebi sürekli olarak engellenmiş olsa da, ikisi arasındaki fark ileri sürüldükten sonra caymanın mümkün olup olmamasında kendisini gösterir. Sürekli def'iler için cayma mümkünken, yenilik doğuran haklar için cayma mümkün değildir. Zira yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla sona eren bir hakkın, daha sonra tekrar ortaya çıkması kabul edilemez²¹.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise, sürekli def'iler ile bozucu yenilik doğuran haklar pratikte bir farklılığa sahip değildir. Örneğin, TBK m. 591'de kefile tanınmış olan def'inin ileri sürülmesiyle borcun de facto olarak sona ermesi, bu hususu destekler niteliktedir. Yine bu görüşe göre, TBK m. 159'da yer alan, alacağın zamanaşımına uğramış olmasının alacağın rehinden elde edilmesini etkilemeyeceği düzenlemesi bu durumun istisnası niteliğindedir. Bu görüş, diğer görüşte yer alan cayma hakkının kullanılabilirliği ayrımını da reddetmektedir²².

Kanaatimizce de ilk görüşün kabulü isabetlidir. Zira sürekli def'inin ileri sürülmesiyle ilgili hak ortadan kalkmamakta, yalnızca icra edilebilirliğinin önüne geçilmektedir. Nitekim zamanaşımına uğramış olan borcun eksik borç niteliğine dönüşmesi ve ifa edilmesi hâlinde de geri istenememesi de bu hususu destekler niteliktedir. Cayma konusunda da ilk ayırım isabetlidir. Zira def'i ileri sürülse dahi ileri süren kişi daha sonra ifayı yapabilir.

2. Müteselsil borçlulukta itiraz ve def'iler

Müteselsil borçlulukta itiraz ve def'iler, TBK m. 164'te düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, itiraz ve def'iler, kişisel ve ortak olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Konumuz açısından, maddi hukuk ve usul hukukuna ilişkin savunma sebepleri arasında ayırım yapılmalıdır. Usul hukukuna ilişkin savunmalar TBK m 164 kapsamında ele alınmamaktadır. Mahkeme işlemlerinin etkilerinin (dava edilebilirlik gibi) ve müteselsil borçluya karşı verilen bir kararın hukuki gücünün söz konusu işlemlerin taraflarıyla sınırlı kalması usul hukukunun bir ilkesidir. Buna göre, yalnızca söz konusu yargılamaya katılan müteselsil borçlular usule ilişkin savunma sebeplerini (örneğin mahkemenin yetkisizliği) ileri sürebilir. Davaya katılmayanlar da dâhil olmak üzere tüm müteselsil borçluların ortak usuli savunmaları mevcut değildir²³.

a. Ortak itiraz ve def'iler

Ortak itiraz ve def'iler müteselsil borçluların hepsi tarafından ileri sürülebilen savunma sebepleridir. Ortak itiraz ve def'iler özellikle borcun sebep ve konusundan doğan savunma sebepleridir²⁴. Bu bağlamda, beklenmeyen hal, alacaklının kusuru ya da haksız fiilde zarar görenin kusuru, gelir durumu gibi hususlar ortak def'ilere örnek teşkil eder²⁵. Bir def'i, ortak def'i niteliğindeyse, yalnızca ileri süren

²⁰ Ak, Zamanaşımı Defi, 16; Buz, Yenilik Doğuran Hak, 94 vd.; Canbolat Def'i ve İtiraz, 257; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 168; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2057.

²¹ Buz, Yenilik Doğuran Hak, 91; Eren, Borçlar Genel, N. 198; Tunçomağ, Borçlar Genel, 53.

²² Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 51 vd.

²³ Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 9; İsviçre Federal Mahkemesi, 93 II 329 (26 Eylül 1967) (Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 9).

²⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2024), 967; Alain, Gautschi, *Solidarschuld und Ausgleich* (Zürich: Dike, 2009), N. 36; Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024) N. 1807; Bucher Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrechts*, (Zürich: Schulthess 1988) 494; Mustafa Kılıçoğlu, *"Bir Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olması (Müteselsil Sorumluluk ve Rücu)"*, 29/4, (Ekim 2003) 440; Yael Strub, *Der Regress des Schadensversicherers de lege lata - de lege ferenda*, (Zürich: Schulthess, 2011), 22; Theo, Guhl-Alfred Koller, *Mehrheit von Schuldnern in der Obligation*, Das Schweizerische Obligationenrecht (Zürich: Schulthess, 2000), N. 12; Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 165; Arat, Müteselsil Borç, 342 vd.; Doğan, Müteselsil Sorumluluk, 116; Eren, Borçlar Genel, N. 2547; Kapancı, Müteselsil Sorumluluk, 989; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2059; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 170 vd.; Kratz, Art, 145, N. 112; Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 31; Mazan, Art. 145, N. 6; Merz, Obligationen Recht, 98; Müller, Art. 145, N. 4; Stuber, Solidarität, N. 45; Von Tuhr-Escher, Obligationenrecht, 305; Weiss, Solidarität, 119; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2021/1506 (25 Kasım 2021): *"Bütün zarar verenleri ilgilendiren ve onların hepsi için tazminattan kurtulma ya da belirli bir oranda indirim imkânı tanıyan def'iler ortak def'ilerdir. Bu def'iler daha çok zarar görenin durum ve davranışlarıyla ilgilidir. Örneğin ortak def'i, zarar görenin ortak veya kişisel kusuru, yüksek gelir durumu, bünyevi istidadı, zarara razı olması ve bazı umulmayan olaylar şeklinde ortaya çıkabilir"*. (www.lexpera.com.tr).

²⁵ Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 165; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 171; Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 32.

için sonuç doğurur. Ortak def'inin diğer müteselsil borçluları etkilemesi, ileri sürülmeme hâlinde mümkündür²⁶.

Sözleşmenin şekle aykırılığı, sözleşme konusu edimin ifasının imkânsızlığı, borcun ifa edildiği ya da alacaklının ehliyetsizliği gibi hususlar da ortak itiraz sebeplerine örnek teşkil eder²⁷. Müteselsil borçlulardan biri tarafından ortak bir itiraz ileri sürülürse, söz konusu itirazdan diğer müteselsil borçlular da yararlanır. Açılmış olan bir davada itiraz ileri sürülmemiş olsa dahi, dava dosyasından anlaşılması hâlinde hâkim tarafından re'sen dikkate alınır²⁸.

TBK m. 164/ II'de ortak def'ileri ileri sürmemenin yaptırıma bağlanmış olması, ortak def'ileri ileri sürmenin hukuki niteliğinin külfet olduğunu gösterir. Zira külfet bir haktan yararlanmak istenilmesi hâlinde yerine getirilmelidir. Müteselsil borçlulukta da rücu hakkı elde etmek isteyen müteselsil borçlu, ortak def'ileri ileri sürme külfetini yerine getirmelidir²⁹.

Ortak def'inin ileri sürülmemesinde ilgili müteselsil borçlunun kusuru yoksa, rücu hakkının kaybedilmesi söz konusu olmaz³⁰. Bu sonuca, TBK m. 591/III'ün kıyasen uygulanmasıyla ulaşılmaktadır. Söz konusu düzenlemede, kefilin, asıl borçlunun sahip olduğu savunmaları bilmeyerek ifada bulunması hâlinde rücu hakkını elde edeceği, ancak asıl borçlunun söz konusu savunma sebeplerini kefilin bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispatladığı ölçüde rücu hakkının sona ereceği belirtilmiştir³¹.

TBK'da ortak def'i ve itirazları ileri sürme külfetine hatalı olarak dış ilişkilere ilişkin hükümler kısmında yer verilmiştir Zira ileri sürmemenin yaptırımının rücu hakkını etkilediği hesaba katıldığında, hükmün sonucunun iç ilişkiyi etkilediği görülmektedir³².

TBK m. 164/II'de ortak savunma sebeplerinin ileri sürülmemesi hâlinde müteselsil borçlunun sorumluluğunun doğacağı belirtilmiştir. Ancak, sorumluluğun nasıl belirleneceği düzenlenmemiştir. Doktrinde sorumluluğun kapsamının kefalet sözleşmesine ilişkin def'ilere yönelik olan TBK m. 591/III'ün kıyasen uygulanmasıyla belirlenmesinin gerektiği belirtilmektedir³³. Söz konusu düzenleme kıyasen uygulanacak olursa, borçlunun def'iyi bilmeden ifayı gerçekleştirmesi hâlinde rücu hakkı zarar görmez. Ancak, diğer müteselsil borçlular ortak def'iyi bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispatlarsa rücu hakkı bu ölçüde ortadan kalkar³⁴. Kanaatimizce de, TBK m. 591/III'ün kıyasen uygulanması isabetlidir. Zira bir müteselsil borçlunun varlığından haberdar olmadığı ve olmasının da mümkün olmadığı bir ortak def'iyi ileri sürmemiş olması nedeniyle rücu hakkını kaybetmesi kabul edilemez. Örneğin, müteselsil borçlulardan biriyle yapılan ibra anlaşmasını bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen

²⁶ Arat, Müteselsil Borç, 348; Çilci, Müteselsil Sorumluluk, 70; Ortak def'inin ileri sürülmesinden diğer ihtiyari dava arkadaşlarının da yararlanacağını belirten görüş için bkz. Baki Kuru, "Zamanaşımı (BK m. 146 vd) Def'i Borçlar Kanunu'nun 164. Maddesi Anlamında Ortak Def'i midir?", *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 8/32, (Ocak 2019), 1020.

²⁷ Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 165; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 171; Tuhr/Escher, Obligationenrecht, 305.

²⁸ Arat, Müteselsil Borç, 342; Çilci, Müteselsil Sorumluluk, 62 vd.

²⁹ Ali Haydar Yağcıoğlu, *Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu* (Ankara: Adalet Yayınları, 2014) 203; Kadir Berk Kapancı, *Müteselsil Sorumluluk*, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, , c.1 (Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, 989; Arat, Müteselsil Borç, 342; Çilci, Müteselsil Sorumluluk, 63; Gautschi, Solidarschuld, N. 36; Güler, Müteselsil Sorumluluk, 58; Hatemi-Gökyayla, § 36, N. 23; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2060; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 172; Kratz, Art, 145, N. 26; Müller, Art. 145, N. 5; Oğuzman-Öz, c. 2, N. 1377; Weiss, Solidarität, 120.

³⁰ Anton K. Schnyder, "Art. 145", Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 4. Bası, Basel, 2007, N. 4; Metin, Gürkanlar, *Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu* (BK m. 50), Ankara: Gazi Üniversitesi Yayınları, 1982, 89; Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 166; Gautschi, Solidarschuld, N. 36, 192; Koller, OR, N. 75.111; Tekinay, Teselsül, 159.

³¹ Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 166; Gürkanlar, Birden Çok Kişinin Sorumluluğu, 89; Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 124; Yağcıoğlu, Müteselsil Sorumluluk, 203.

³² Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 3.

³³ Emine Koçano Rodoslu, *Rücu Hakkı*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 96; Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 166; Çilci, Müteselsil Sorumluluk, 66 vd.; Gürkanlar, Birden Çok Kişinin Sorumluluğu, 89; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 182; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2063; Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 124; Yağcıoğlu, Müteselsil Sorumluluk, 203.

³⁴ Ahmet Hakan Dağdelen, *818 ve 6098 sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 102; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1979), 76; Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 166; Çilci, Müteselsil Sorumluluk, 67; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 182; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2063.

müteselsil borçlu, söz konusu anlaşmanın varlığını ileri sürmediği için rücu hakkını kaybetmeyecektir³⁵. Doktrindeki bir görüşe göre, TBK m. 591/III kıyasen uygulanırken ispat yüküne ilişkin kısım uygulanmamalıdır. Zira söz konusu düzenleme kefil koruma amacıyla getirilmiştir. Müteselsil borçlulukta ise, müteselsil borçluların birbirlerine karşı korunması kefalet sözleşmesindeki kefile nazaran daha sınırlıdır. Bu bağlamda, ortak def'i ileri sürmemiş olan müteselsil borçlu, ilgili def'i bilmediğini ya da bilmesinin gerekmediğini ispatlamakla yükümlüdür³⁶. Kanaatimizce bu görüşün kabulü TMK m.3'e aykırılık teşkil eder. Zira söz konusu düzenlemeye göre, iyiniyetin varlığı asıldır.

Ortak savunma sebeplerinin birden fazla müteselsil borçluya açılmış olan davada müteselsil borçlulardan biri tarafından ileri sürülmesi hâlinde, diğer müteselsil borçluların bundan yararlanıp yararlanamayacağı hususu tartışmalıdır. Burada itiraz ve def'ilerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, itiraz dava dosyası üzerinden anlaşılıyorsa, ileri sürülmesi dahi hâkim tarafından re'sen dikkate alınır. Bu nedenle de ortak bir itirazın ileri sürülmesi hâlinde, diğer borçluların da söz konusu itirazdan doğrudan yararlanması gerektiği kabul edilmelidir³⁷.

Ortak def'ilerin durumu ise doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüşe göre, müteselsil borçlulardan biri tarafından ileri sürülen ortak def'idan ileri sürmeyen müteselsil borçlunun da yararlanacağını kabul etmek mümkün değildir. Zira def'iler itirazın aksine hâkim tarafından re'sen dikkate alınmazlar. Ortak def'iler, ancak müteselsil borçlulardan birinin ileri sürmemesi hâlinde diğer müteselsil borçlulara da etki eder. Bu durumu bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, zamanaşımı def'inin ortak def'i niteliğinde olduğu bir durumda, müteselsil borçlulardan biri bu def'i ileri sürerse yalnızca kendisi yararlanır ve ifadan kurtulur. Ancak, aynı müteselsil borçlu söz konusu def'i ileri sürmemiş olsaydı, TBK m. 164/II uyarınca sorumlu olurdu ve rücu hakkını kaybederdi. Dolayısıyla diğer müteselsil borçlular da bu durumdan etkilenmiş olurdu³⁸.

Bu konuda bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, ortak def'i ileri sürmeyen müteselsil borçlular TBK m. 166/II'nin bir gereği olarak yararlanmalıdırlar. Buna göre, söz konusu def'i borçtan kurtarıcı etki gösteriyorsa, durum ve borcun niteliği göz önünde bulundurulur ve bu ölçüde diğer borçlular da bundan yararlanır. Ancak, bu yararlanma def'i ileri süren müteselsil borçlunun iç ilişkideki payı oranında olur³⁹.

Ortak savunmanın gereği gibi yapılmasına rağmen, davanın aleyhe sonuçlanması mümkündür. Bu ihtimalde, gereği gibi savunmayı yapan müteselsil borçlu, rücu hakkını kaybetmez. Zira aksinin kabulü hâlinde ortak savunmada bulunma külfetini yerine getiren müteselsil borçlunun durumu herhangi bir dayanak olmadan kötüleştirilmiş olacaktır⁴⁰.

b. Kişisel itiraz ve def'iler

Kişisel itiraz ve def'iler, yalnızca ilgili borçlu tarafından ileri sürülebilen savunma sebepleridir. Söz konusu sebepler, ileri sürme hakkı sahibi müteselsil borçlu ile alacaklı arasındaki kişisel ilişki nedeniyle

³⁵ Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 166; Çilci, Müteselsil Sorumluluk, 67; Dağdelen, Teselsül, 102; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 182.

³⁶ Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2064; Kapancı, Müteselsil Sorumluluk, 987.

³⁷ Canyürek, Müteselsil Borçluluk, 63; Çilci, Müteselsil Sorumluluk, 70; Doğan, Müteselsil Sorumluluk, 117; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2064 vd.; Kapancı, Müteselsil Sorumluluk, 993; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 365; Tekinay vd., Borçlar Genel, 307 vd.

³⁸ Çilci, Müteselsil Sorumluluk, 69; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 384; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2065.

³⁹ Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 167 vd.; Canyürek, Müteselsil Borçluluk, 64; Tekinay vd., Borçlar Genel, 308 vd.; Tekinay, Teselsül, 168 vd.

⁴⁰ Oğuzman-Öz, c.2, N. 1379.

ortaya çıkar⁴¹. Müteselsil borçlulardan birinin takas beyanında bulunması ya da iradesinin sakatlığa uğramış olması gibi hususlar kişisel savunma sebeplerine örnek teşkil eder⁴².

Müteselsil borçluların alacaklıya karşı ileri sürebileceği itiraz ve def'iler, müteselsil borç ilişkisine ait olmak zorunda değildir. Başka borç ilişkisinden kaynaklansa dahi ileri sürülebilir. Söz gelimi, müteselsil borçlunun alacaklıyla arasında olan bir başka borç ilişkisinden kaynaklanan alacağını ileri sürerek takas beyanında bulunması mümkündür⁴³.

Kişisel savunma sebebinden yalnızca hak sahibi müteselsil borçlu yararlanır. Diğerlerine herhangi bir etkisi olmaz⁴⁴. Kişisel nitelikteki bir savunma sebebine tüm müteselsil borçlular sahip olsa dahi, bu sonuç değişmez⁴⁵. Ancak, bu husus borca katılmayla ile oluşan müteselsil borçlulukta farklılık arz eder. Zira borca katılmada geçerli olan kuruluştaki fer'ilik ilkesi kapsamında borca katılan kişi diğerine ait kişisel def'ileri ileri sürebilecektir⁴⁶.

Kişisel savunma sebeplerinin ileri sürülmesi külfeti yoktur. Kişisel savunma sebebine sahip müteselsil borçlu, söz konusu savunma sebebinin ileri sürmese dahi diğer şartların varlığı hâlinde rücu hakkını elde eder⁴⁷. Öte yandan, müteselsil borçlulardan biri bir kesin hükümsüzlük sebebinin ileri sürmezse, kişisel itiraz niteliğinde olduğundan bahisle, rücu hakkının olacağı söylenemez. Zira bu durumda borç olmayan şeyin ifası gerçekleştirilmiş olur. Bu durumda, TBK m. 78/I uyarınca, ifayı kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse, alacaklıdan sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadesini talep edebilir⁴⁸.

Kişisel savunma sebeplerinin ileri sürülmemesi hâlinde rücu hakkının etkilenmeyeceği hususu mutlak değildir. Kişisel savunma sebebinin ileri sürülmemesi TMK m. 2/II'de yer alan hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise, sorumluluğun oluşacağı kabul edilmelidir⁴⁹.

Kişisel bir savunma sebebinin daha sonra ortak bir savunma sebebine dönüşmesi mümkündür. Örneğin, kişisel savunma sebebi olan takasın ileri sürülmesiyle birlikte borç sona erer ve diğer müteselsil borçlular da bu sona ermeden yararlanırlar. İşte ileri sürülmeden sonra, takas beyanında bulunduğu hususu ortak savunma sebebi arz eder. Zira takas hakkının kullanılmasıyla birlikte, borç, tüm müteselsil borçlular için sona ermiştir⁵⁰. Yine, kesin hükümsüzlük hallerinin kural olarak kişisel savunma sebebi oluşturduğu ancak, TBK m. 27/II'de yer alan durum bilinseydi sözleşmenin hiç yapılmayacağı kriterinin varlığı hâlinde, ortak bir savunma sebebinin olacağı belirtilmektedir⁵¹. Kanatımızca, TBK m. 27/II uygulanamasa dahi kesin hükümsüzlük halleri ortak itiraz teşkil eder. Zira kısmi sona erme halinde

⁴¹ Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 169; Çetiner, Borçlar Genel, N. 1806; Guhl-Koller, Solidarschuld, N. 13; Güler, Müteselsil Sorumluluk, 54; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2067; Kapancı, Müteselsil Sorumluluk, 996; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 174; Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 1; Mazan, Art. 145, N. 3; Merz, Obligationen Recht, 98; Müller, Art. 145, N. 2; Strub, Der Regress, 22; Weiss, Solidarität, 120; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2021/1506, (25 Kasım 2021): “*Kişisel def'iler ise sadece bu def'ye sahip olan zarar vereni ilgilendirir ve tazminattan kurtulma veya indirim sadece onun lehinedir. Örneğin takas, ayırt etme gücünden yoksunluk, zamanaşımı, ibra, zarar görenin o sorumlu açısından teselsülünden vazgeçmesi veya zarar verenin kusurun diğer müteselsil sorumlularda olduğu kendisinin kusursuz olduğu savunması kişisel def'i niteliğindedir*”. (www.lexpera.com.tr)

⁴² Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 169; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 174; Mazan, Art. 145, N. 3; Müller Art. 145, N. 2; Weiss, Solidarität, 120.

⁴³ Güler, Müteselsil Sorumluluk, 54; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2067; Kapancı, Müteselsil Sorumluluk, 996; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 175.

⁴⁴ Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 169; Gautschi, Solidarschuld, N. 34; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2067; Kapancı, Müteselsil Sorumluluk, 997; Weiss, Solidarität, 121.

⁴⁵ Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 169; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2069; Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 33; Stuber, Solidarität, N. 45.

⁴⁶ Sabah, Altay, *Borca Katılma (TBK m. 201)*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2023), 297 vd.; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2070.

⁴⁷ Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2069; Kapancı, Müteselsil Sorumluluk, 997; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 176; Kratz, Art. 145, N. 152; Krauskopf, “Art. 145”, N. 4; Merz, Obligationen Recht, 98; Oğuzman-Öz, c.2, N. 1380; Weiss, Solidarität, 121.

⁴⁸ Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2069; Kapancı, Müteselsil Sorumluluk, 998.

⁴⁹ Kratz, Art. 145, N. 155.

⁵⁰ Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2060 vd.; Kapancı, Müteselsil Sorumluluk, 990.

⁵¹ Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2060 vd.

diğer müteselsil borçlular TBK m. 166/III'ün kıyasen uygulanması neticesinde iç ilişkideki pay oranında yararlanırlar ve kesin hükümsüzlük halleri niteliği gereği ilgili herkes tarafından ileri sürülebilirler.

Müteselsil sorumlulukta ortak ve kişisel savunma sebeplerinin ileri sürülmesine ilişkin düzenleme emredici değildir. Taraflar aralarında kişisel savunma sebeplerinin ileri sürülememesi vb. bir şekilde anlaşarak, bu düzenlemeden sapmaları mümkündür⁵².

II. Kanunda Belirtilen Sebeplerin Varlığı Nedeniyle Borcun Doğmadığına Yönelik İtirazlar

A. Genel olarak

Müteselsil borçluluğun varlığı halinde borcun hiç doğmadığına yönelik itirazlar ikiye ayrılır. Bunlardan ilki müteselsil borçluluğun konusunu oluşturan borcun doğmadığına yönelik itirazlardır. Diğerisi ise borcun doğduğu, ancak müteselsil borçluluğun doğmadığı yönündeki itirazlardır.

Müteselsil borçluluğun konusunu oluşturan borcun doğmadığına yönelik itirazlar, borcun kurucu unsurlarında ya da geçerlilik unsurlarında eksiklik olmasını veya haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmede ise borcun doğum şartlarının gerçekleşmemesini kapsamına alır. Müteselsil borçlulardan yalnızca biri ya da birkaçı için borç doğmamışsa, söz konusu kişiler doğal olarak müteselsil borçlu sıfatını da elde edemeyeceklerdir. Dolayısıyla müteselsil borçluluğun konusunu oluşturan borcun doğmadığına yönelik itirazlar aynı zamanda müteselsil borçluluğun doğmadığı yönündeki itirazlar kapsamında yer alır.

Genel hükümlere göre müteselsil borçlu olacak olan bir kişinin anlaşma ya da kanuni bir düzenleme nedeniyle sorumluluğu hiç doğmamışsa, müteselsil borçluluğun engellenmesinden bahsedilir. Müteselsil borçluluğun hiç doğmamış olması hâlinde, söz konusu engellemeden yararlanan kişi dış ilişkide itiraz hakkına sahip olur. Zira engelleme hâlinde ilgili kişinin bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Müteselsil borçluluğun engellenmesi tam ya da kısmi olabilir⁵³.

Kanun, belirli durumlarda bir kişinin alacaklının borçlusu haline gelmemesine veya bir borç yükümlülüğü için genel kanuni şartların olmasına rağmen, tam olarak borçlu haline gelmemesine neden olan düzenlemeler içerebilir⁵⁴. Bu durumların ilkinde borcun tamamen doğmamasından, ikincisinde ise kısmen doğmamasından bahsedilir.

Kanuni imtiyazlar farklı şekillerde olabilir. Kuraldan sapma hâlinde, bir kişinin hiç yükümlü olmadığını veya yalnızca daha katı şartlar altında yükümlü olduğunu emreden düzenlemeler olabilir. Diğer yandan, kanuni düzenlemeyle sorumluluğun sınırlandırılması ya da azaltılması da ihtimal dâhilindedir. Bazı durumlarda ise, kanuni düzenlemelerin sorumluluğu ortadan kaldırıp kaldırmadıkları ya da sınırlandırıp sınırlandırmadıkları net değildir. Örneğin, TBK m. 114/I'de borçlunun her türlü kusurundan sorumlu olduğu, sorumluluk kapsamının işin özel niteliğine göre tespit edileceği ve özellikle işin borçluya yarar sağlamaması hâlinde sorumluluğun daha hafif olacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, sorumluluğun tamamen ortadan kalkması ya da azalması mümkündür. Ayrıca, duruma göre farklı imtiyaz etkisine neden olan düzenlemeler de vardır. TBK m. 400/II'deki *"Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur."* düzenlemesi bu duruma örnek oluşturur⁵⁵.

Ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zarar özel bir durum oluşturmaktadır. TBK m. 65 ile bağlantılı olarak, TMK m. 15 uyarınca fiil ehliyeti olmayan kişinin fiillerinin hukuki bir sonucu yoktur ve dolayısıyla bu kişi, kendisinin neden olduğu zararlardan sorumlu değildir. Bu kişiler kusurlu olmadıkları için, sorumluluğu tesis eden hüküm kusurlu davranışı öngörmediği sürece, sorumluluğun genel ön

⁵² Gautschi, Solidarschuld, N. 35; Kratz, Art, 145, N. 5.

⁵³ Kapancı, Birlikte Borçluluk, 173; Koller, OR, N. 75.112; Oğuzman-Öz, c. 2, N. 1372; Stuber, Solidarität, N. 311.

⁵⁴ Stuber, Solidarität, N. 369.

⁵⁵ Stuber, Solidarität, N. 370.

şartları zaten yerine getirilmemiştir. Başka sorumlular varsa, yine de burada kullanılan terminoloji anlamında engellenmiş bir teselsül durumu söz konusu değildir. Zira sorumluluğun doğması özel bir norm nedeniyle değil, sorumluluk için genel bir ön şartın yokluğu nedeniyle engellenmiştir. TBK m. 65 uyarınca hakkaniyete uygun sorumluluğa tabi olarak, tam ehliyetsiz kişi hiçbir zaman alacaklının borçlusu olmamıştır ve bu nedenle ne alacaklı ne de ifa eden borçlu tarafından sorumlu tutulamaz. Öte yandan alacaklı, ayırt etme gücünden yoksun bir kişi tarafından zarara uğratıldığı ve onu (tam olarak) dava edemediği için sorumlu tutulamaz. Bu nedenle, diğer haksız fiil faillerini tam olarak dava etmesine izin verilmelidir⁵⁶.

Alacaklının iki kişiyle müteselsilen borçlu olacakları bir sözleşme yapması ve bu kişilerden birinin fiil ehliyetine sahip olmaması durumunda da benzer sonuç ortaya çıkar. Alacaklı, müteselsilen borçlu olunan edimin tamamını, edimi yerine getirme ehliyetine sahip olan sözleşmeye taraf kişiden talep edebilir⁵⁷.

Birden fazla kişinin genel sorumluluk şartlarını yerine getirmesi, ancak bu kişilerden birinin sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan kanuni düzenlemelere başvurabilmesi hâlinde, öncelikle kanun tarafından imtiyaz tanınan kişinin teselsülün kısmen veya tamamen engellenmesine rağmen, imtiyaz normuna başvurup başvuramayacağı ve sonuç olarak alacaklı tarafından edimin tamamen talep edilip edilemeyeceği incelenmelidir. İmtiyazın onaylanması hâlinde, alacaklının diğer borçluları tam olarak dava edip edemeyeceği ve yasal olarak imtiyazlı kişinin ifa eden borçluya karşı rücu etmekle yükümlü olup olamayacağı veya ne ölçüde yükümlü olabileceği incelenmelidir⁵⁸.

Yukarıdaki soruları açıklığa kavuşturmak için, kanun koyucunun ilgili cevapları verip vermediğini görmek amacıyla imtiyaz tanıyan kanuni düzenlemeler incelenmelidir. Ancak, kanuni imtiyaz normları düzenli olarak iki kişilik ilişkileri varsaydığından ve diğer kişilerin de aynı menfaati yerine getirmek zorunda kalabileceğini hesaba katmadığından, bu normlar genellikle imtiyazlı statünün (engellenen) teselsüle ilişkin etkilerine bir cevap içermez⁵⁹.

İmtiyaz tanıyan hukuki düzenlemeler yalnızca lafızlarına göre yorumlanmalıdır⁶⁰. Aksine bir belirti yoksa, kanun koyucunun kesinlikle imtiyazlı kişiyi daha iyi bir konuma getirmeyi amaçladığı varsayılmalıdır⁶¹. Sırf başka borçlular var diye, kanunen imtiyazlı olan kişi imtiyazını kaybetmemelidir. Bu, imtiyazlı statünün hem dış hem de iç ilişkide etkili olduğu anlamına gelir. Sorumluluktan muafiyet durumunda, ne alacaklılar ne de diğer borçlular kanunen imtiyazlı olan kişiye başvuramaz ve sorumluluğun azaltılması durumunda, imtiyazlı borçluya karşı talepler imtiyazın dış ve iç ilişkisinde buna uygun olarak azaltılır. Bu, hiçbir zaman müteselsil borçlu sıfatını haiz olmayan bir kişiye karşı teselsül kapsamında rücu etmenin mümkün olmadığı kuralıyla tutarlıdır. Teorik olarak, teselsüle dayanmayan bir rücu mümkündür, ancak böyle bir rücuyu emreden bir imtiyaz normu görünmemektedir⁶².

Kanuni imtiyazlar, öncelikle imtiyazlı kişiyi alacaklının talebine karşı korumayı amaçlamaktadır. Alacaklı böylece iki kişilik ilişkide tazminat talebini kısmen ya da tamamen kaybeder. Ancak, kural olarak, imtiyaz düzenlemesinin amacı alacaklının tazminat almasını engellemek değildir. Alacaklı, imtiyazlı kişinin kanun tarafından korunuyor olmasından genellikle sorumlu olmadığından, imtiyazlı

⁵⁶ Stuber, Solidarität, N. 371.

⁵⁷ Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Bern: Stämpfli Verlag, 2016), N. 88.44; Stuber, Solidarität, N. 372.

⁵⁸ Stuber, Solidarität, N. 373.

⁵⁹ Stuber, Solidarität, N. 374.

⁶⁰ Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 65; Stuber, Solidarität, N. 375.

⁶¹ Beat Zirlick *Freizeichnung von der Deliktshaftung, Haftungsbeschränkung und -ausschluss im ausservertraglichen Bereich*, (Bern: Stämpfli, 2003), 334; Peter Jung, "Regressprobleme bei Privilegierung eines Solidarschuldners", *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*. Genève, Ed., Peter Gauch / Franz Werro / Pascal Pichonnaz, (Zürich, 2008), 294; Krauskopf, ZK, Art. 145, N. 57; Stuber, Solidarität, N. 375.

⁶² Stuber, Solidarität, N. 375.

olmayan borçlular mevcutsa, prensip olarak onlardan tam tazminat alabilir. Zira imtiyazlı olmayan borçlular korunmaya muhtaç değildir ve alacaklıya ifadan sonra rücu edebileceği kişilerin varlığına güvenerek hareket etmeleri bu sonucu değiştirmez. Buna göre, imtiyaz kurallarının yorumlanması genellikle imtiyaz sahibi olmayan kişinin tamamen sorumlu olduğu ve kanunen imtiyaz sahibi olan kişiye hiç rücu edemeyeceği ya da çok az miktarda rücu edebileceği sonucunu doğuracaktır. Buna göre, bu kişi tek borçlu olarak sorumludur⁶³. Bu nedenle, müteselsil borcun kanun tarafından engellenmesi hâlinde, imtiyazlı kişi kendisini hem harici hem de dâhili taleplere karşı savunabileceğinden, itirazın ileri sürülmesiyle bireysel bir etkiyi ortaya çıkar⁶⁴.

Karmaşık durumlar, birden fazla kişinin genel sorumluluk gerekliliklerini yerine getirdiği, ancak içlerinden bir ya da birkaçının indirim gerekçelerine başvurabildiği durumlarda ortaya çıkar. Bu durumda, alacaklı, tam tutardan sorumlu olmayan bir ya da birkaç sorumlu kişiyle karşı karşıya kalır. Sorumluluktan muafiyet ve indirim için tipik kanuni gerekçeler aşağıda ele alınmaktadır⁶⁵.

B. Sorumluluktan muafiyet normu

Sorumluluktan muaf tutan etkiye sahip bir normun varlığı halinde, bu norm tarafından imtiyaz tanınan kişinin, genel sorumluluk gereklilikleri yerine getirilmesine rağmen, zarar gören kişiye ödeme yapmakla yükümlü olmaması sonucu doğar. Kanuni imtiyaz nedeniyle herhangi bir edim yükümlülüğü doğmaz ve kanuni imtiyaz sahibi kişi bu hususu bir itiraz sebebi olarak ileri sürebilir⁶⁶.

Örneğin, TBK m. 294/I'de bağışlayanın ağır kusuru olmadıkça, bağışlanana karşı bağışlamadan doğan zarardan sorumlu olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, ağır kusurla sebep olunmayan bir zararın ortaya çıkması hâlinde bu hükme dayanılarak sorumluluğun olmadığı savunması yapılabilecektir.

Kanundan doğan bir sorumluluk muafiyeti ile imtiyaz tanınan kişi zarar görene karşı sorumlu olmadığından, zarar gören tarafından sorumlu tutulamaz. Bununla birlikte, başka sorumlu kişiler varsa, alacaklının bunları tam olarak dava edip edemeyeceği incelenmelidir. Eğer bu soruya olumlu cevap verilirse, alacaklıya ödeme yapan kişinin kanunen muaf tutulan kişiden rücu talep edip edemeyeceği sorunu ele alınmalıdır⁶⁷.

Sözleşmeye dayalı sorumluluktan muafiyetten farklı olarak, müteselsil haksız fiil sorumlusunun yasal olarak sorumluluktan muaf tutulması, üçüncü tarafların zararına sözleşme anlamına gelmez. Zira sorumluluktan muafiyet sözleşmeye değil, kanuna dayanır⁶⁸.

İmtiyazlı kişi hiçbir zaman borçlu sıfatını elde etmediğinden, onunla herhangi bir borçlu arasında teselsül yoktur. Bu nedenle, ifayı gerçekleştiren bir borçlunun teselsüle dayalı olarak rücu talebinde bulunması mümkün değildir. Ancak, taraflar arasındaki özel bir anlaşmaya veya teselsül kapsamında olmayan başka bir hükme dayalı rücu taleplerinin ileri sürülmesi mümkündür⁶⁹.

Sonuç olarak, sorumluluktan yasal olarak muaf tutulmada, bu muaf tutulma ile imtiyazlı hale getirilen kişinin ne iç ilişkide ne de dış ilişkide sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu durumda oluşan zararın tamamının imtiyazlı olmayan borçlu veya borçlular tarafından karşılanır⁷⁰.

⁶³ Zirlick Freizeichnung, 334; Jung, Solidarschuldners, 295; Stuber, Solidarität, N. 376.

⁶⁴ Stuber, Solidarität, N. 376.

⁶⁵ Stuber, Solidarität, N. 377.

⁶⁶ Stuber, Solidarität, N. 378.

⁶⁷ Dalcı Özdoğan, Müteselsil Sorumluluk, 129 vd.; Stuber, Solidarität, N. 380.

⁶⁸ Stuber, Solidarität, N. 381.

⁶⁹ Stuber, Solidarität, N. 382.

⁷⁰ Alfred Keller, *Haftpflicht im Privatrecht - Band II*, (Bern: Stämpfli, 1998) 178; Stuber, Solidarität, N. 383; Zirlick, Freizeichnung, 334.

C. Kişisel indirim sebepleri

İndirim sebepleri, borçlunun genel hukuk kurallarına göre sorumlu olacağı bir zarar için alacaklıya tam olarak değil, sadece kısmen tazminat ödemek zorunda kalması sonucunu doğuran hukuki normlardır. Dolayısıyla bu indirim nedenleri, haksız fiil failinin borçlu olduğu miktarı etkiler, ancak sorumluluğunu ortadan kaldırmaz⁷¹. Kusurun değerlendirilmesinin düzenlendiği TBK m. 51/I, zarar görenin rızasının ve sorumluluğunu gerektiren diğer hallerin düzenlendiği TBK m. 52/I ve tazminat yükümlüsünün hafif kusurlu olması hâlinde uygulanma ihtimali olan TBK m. 52 /II hükümleri kişisel indirime yönelik düzenlemelerdir.

Müteselsil sorumluluk hâlinde kişisel def'ilerin, yani kişisel indirim sebeplerinin ileri sürülüp sürülemediği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüşe göre, kişisel indirim sebepleri ileri sürülemez. Zira kişisel indirim sebepleri dış ilişkiyi etkilemez. Yalnızca iç ilişkideki rücu miktarını belirler⁷². Ancak, zarar görenin kusuru, beklenmeyen hal gibi ortak indirim sebepleri hâkim tarafından dikkate alınır. Zira bu husus doğrudan tazminatın miktarını belirler⁷³.

Bir diğer görüşte ise, tespit, 818 sayılı BK dönemindeki tam ve eksik teselsül ayırımından yola çıkılarak yapılmaktaydı. Söz konusu ayırma göre, kişisel indirim sebepleri tam teselsülde ileri sürülemezken, eksik teselsülde ileri sürülebilmekteydi⁷⁴. Öğretide, konuya ilişkin olarak, 6098 sayılı TBK'da bu hususa ilişkin boşluk olduğu ve müşterek kusurlu olunması hariç, diğer durumlarda kişisel indirim sebeplerinin ileri sürülebileceğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş mevcuttur⁷⁵.

Bu konudaki son görüşe göre ise, kişisel indirim sebepleri ileri sürülebilmelidir. Zira bir kişi sırf başkalarıyla birlikte sorumlu diye kendi sorumluluğundan daha ağır bir tazminat bedeli talebini yerine getirmesi beklenemez. Bu nedenle de müteselsil sorumlunun kusurunun hafif olması gibi kişisel indirim sebepleri ileri sürülebilmeli ve tazminat da bu ölçüde olmalıdır⁷⁶. Yine bu görüşe göre, tazminatın tamamından sorumlu olunacağını kabulü, dogmatik bir nedene değil, daha ziyade zarar görenin korunmasına ilişkin hukuki-politik nedene dayanmaktadır. Böylece zarar görenin korunmasına, haksız fiil faillerinin haklarına göre öncelik tanınmaktadır. Ancak bu durumu haksız fiil hukukunun tazmin edici işleviyle bağdaştırmak zordur. Tazminat talebinin tamamı için müşterek ve müteselsil sorumluluk, tek bir haksız fiil failinin kendi katkısıyla zararın tamamına neden olamayacağını tespit edilebildiği veya zararın katılımcılardan birine atfedilebildiği durumlarda özellikle sakıncalıdır⁷⁷. Son olarak, kişisel indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesinin sözleşmeden kaynaklı sorumluluğu kural olarak

⁷¹ Dalcı Özdoğan, Müteselsil Sorumluluk, 129; Stuber, Solidarität, N. 384.

⁷² Anton K. Schnyder, "Art. 50", Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Basel; Frankfurt am Main : Helbing und Lichtenhahn, 1996) N. 12; Ayşe Erol, *Türk Sorumluluk Hukukuna Göre Demiryolu İşletenin Sözleşme Dışı Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019), 189; Hannes Zehnder, Gedanken zur Mehrpersonenhaftung im Baurecht, *BR*, 3 (1998), 4; Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık), 2019, 615; Roland Brehm, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Art. 50, Berner Kommentar, (Bern: Stämpfli 2021) N. 46; Çetiner, Borçlar Genel, N. 1130; Gautschi, Solidarschuld, N. 218; Doğan, Müteselsil Sorumluluk, 120; Oğuzman-Öz, c. 2, N. 852; Merz, Obligationen Recht, 99.

⁷³ Hazal, Tolu, "Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Müteselsil Borçluluk", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2018-1, (Haziran 2018), 538; Baysal, Haksız Fiil, 615; Brehm, Art. 50, N. 48.

⁷⁴ Gökhan, Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. V/1,2, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), N. 2876; Haluk N., Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Basım Yayın), 2024, N. 126.6.

⁷⁵ Nomer, Borçlar Genel, N. 126.11.

⁷⁶ Yaşar Karayalçın, "İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler", *Ankara Barosu Dergisi* Yıl 65, 4 (Güz 2007), 111; Antalya, c. 2, N. 2877; Baysal, Haksız Fiil, 615; Eren, Borçlar Genel, N. 2548; Guhl-Koller, Solidarschuld, N. 14; Gümüş, Borçlar Genel, 586 vd.; Keller, Haftpflicht, 179; Kılıçoğlu, Sözleşme Dışı Sorumluluk, 441; Kırca, Müteselsil Sorumluluk, 38; Kratz, Art. 145, N. 108; Krauskopf, ZK, Art. 144, N. 208; Mazan, Art. 145, N. 2; Orhan Ersun Civan, "İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Kapsamı Ve Müteselsil Sorumluluk", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64/4 (Aralık 2015), 1058; Karl, Oftinger- Emil W, Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*, (Zürich: Stämpfli, 1995), N. 33; Weiss, Solidarität, 75.

⁷⁷ Alexandra Körner, Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis – immer Haftung aller für den gesamten Schadenersatz?, *HAVE*, 71, (2018), 73.

kapsamadığını belirten görüş de mevcuttur. Zira bu görüşe göre, sözleşmenin varlığı hâlinde teselsülün sonuçları zaten borçlular tarafından amaçlanmaktadır⁷⁸.

Sonuç olarak, kişisel indirim sebeplerinin ileri sürülebileceğinin kabul edilmesi ihtimalinde, müteselsil sorumluluğun üst miktarını, sorumluların kusur oranı belirleyecektir. Bu hususu bir örnek üzerinden açıklamamız gerekirse, 1000 ₺ tutarındaki bir zararda, (A)'nın kusurunun 1/10, (B)'nin kusurunun 2/10, (C)'nin kusurunun 7/10 olması ihtimalinde, (A)'nın müteselsilen sorumlu olduğu miktar 100 ₺, (B)'nin 200 ₺ olacaktır. (C) ise borcun tamamından sorumlu olacaktır⁷⁹.

Kanaatimizce, ilk görüşün uygulanması daha isabetlidir. İkinci görüş zaten, tam ve eksik teselsül ayırımına dayandığından, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde uygulanamaz. Zira kanunda bu ayırma son verilmiştir. Son görüş ise, müteselsil sorumluluğun yapısıyla bağdaşmamaktadır. Zira söz konusu görüşün kabulü hâlinde her bir sorumlunun müteselsilen sorumlu olduğu miktarın üst sınırını kendi kusuru oluşturacaktır. Bu durumda da kısmi bir borçluluktan bahsedilecektir. Ayrıca, müteselsil sorumluluğun getirilme amacı da bu sonucu destekler. Zira müteselsil sorumluluğun getirilme amacı zarar göreni korumaktır. Kişisel indirim nedeniyle müteselsilen sorumlu olunan miktarın sınırlanması ise, zarar vereni koruma amacı güder. Yine, kişisel indirim sebepleri ileri sürüldüğünde yukarıdaki örnek üzerinden gidersek, (C) borcun tamamından sorumlu olurken, diğerleri kusurları oranında sorumlu olmaktadır. Diğerlerine kusuru oranında bir sorumluluk yüklenirken, (C)'yi zararın tamamından sorumlu tutmanın ne kadar hakkaniyetli olacağı tartışmaya açıktır. Kişisel indirim sebeplerinin ileri sürülebileceğinin kabulü TBK m. 62/II'deki rücu düzenlemesini de anlamsız kılmaktadır. Zira kişisel indirim sebebi ileri sürüldüğünde sorumlu kişi iç ilişkideki payı kadar ödeme yapmaktadır. Bu durumda da rücu edilecek bir şey olmamaktadır. Son olarak, TBK tasarı metninden çıkarılan hüküm de görüşümüzü destekler niteliktedir. Tasarı metninde m. 60/II'de müteselsil sorumluların tek başına sorumlu olsalardı ödeyecek oldukları miktar, sorumlu oldukları tazminatın üst sınırını oluşturduğu düzenlemesi yer almaktaydı. Söz konusu hükmün çıkarılması, kanun koyucunun da bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülemeyeceğini kabul ettiğini ortaya koymaktadır.

Yargıtay ise konuya talebe bağlılık ilkesi üzerinden yaklaşmaktadır⁸⁰. Söz konusu uygulamaya göre, zarar gören müteselsil sorumluluğun uygulanmasını istememişse, herkes iç ilişkideki payı oranında sorumlu olur. Bu durumun kabulü öncelikle TBK m. 60'a aykırılık teşkil eder. Zira söz konusu düzenlemede zarar gören aksini istemedikçe hâkimin en iyi giderim olanağı veren sorumluluk sebebine göre karar vereceği belirtilmiştir. Yine HMK m. 33'te yer alan "Hâkim, Türk hukukunu resen uygular." düzenlemesi de Yargıtay uygulamasıyla bağdaşmamaktadır⁸¹. Son olarak da, iç ilişkideki payların dış ilişkiye uygulanmasını gerektirecek bir hukuki sebep yoktur.

Müteselsil sorumlulukta tüm müteselsil borçluların kusurunun derecesi az olması hâlinde ya da nedensellik bağı hepsi için zayıfsa, bu hususlar ortak savunma sebebi teşkil eder. Zira bu durumlarda zarar miktarı tüm müteselsil sorumlular için eşit şekilde azalmaktadır⁸². Bu bağlamda, birlikte kusura yönelik savunma sebepleri de aynı şekilde değerlendirilecektir⁸³.

D. Kesin hükümsüzlük

TBK m. 27/I'de "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür." düzenlemesine yer verilmiştir. TBK m. 27/II ise "Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini

⁷⁸ Kratz, Art, 145, N. 111.

⁷⁹ Antalya, c. 2, N. 2878.

⁸⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/4037, (13 Mart 2012) (www.kazanci.com.tr).

⁸¹ Antalya, c. 2, N. 2882.

⁸² Körner, Solidarschuldner, N. 364; Krauskopf, ZK, Art. 144, N. 161.

⁸³ Körner, Solidarschuldner, N. 365; Krauskopf, ZK, Art. 144, N. 161.

etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” şeklindedir.

Kesin hükümsüzlük, kural olarak ex tunc etki doğurur. Yani işlem baştan itibaren geçersiz kabul edilir⁸⁴. Ancak, bu hukuki sonuç mutlak olarak uygulanmaz. İşlemin geriye dönük olarak geçersiz sayılması uygun ya da mümkün değilse, geçersizlik ileriye etkili olur. Bu durum genellikle ifasına başlanılmış olan sürekli nitelikteki hukuki ilişkiler için söz konusu olur⁸⁵.

Geriye etkili olarak geçersiz sözleşmenin tarafları, ne borçlu ne de alacaklı sıfatını haiz olurlar. Sözleşmenin tarafları arasında herhangi bir ifa yükümlülüğü bulunmadığından, geçersiz sözleşme nedeniyle müteselsil borçluluk doğmaz. Bu durum da iç ilişki sorununun gereksiz olduğunu ortaya koyar⁸⁶. Bu durumda, sözleşmenin geçersizliği ortak savunma niteliğini haiz olur⁸⁷.

Örneğin, (B) ve (C)’nin her biri alacaklı (A)’ya 10.000 ₺ borçludurlar. (B) ile yapılan sözleşme geriye etkili olarak geçersiz olması ihtimalinde, (B) hiçbir zaman borçlu olmamış olur. Dolayısıyla, (B), iç ilişkinin de tarafı olmayacağından kendisine müteselsil borçluluk kaynaklı rücu talebinde bulunulamaz⁸⁸. Kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi def’i değil, itiraz niteliğindedir. Kesin hükümsüzlüğe rağmen borç ifa edilirse, istihkak ya da sebepsiz zenginleşme davasıyla ifa edilmiş edim geri istenebilir⁸⁹. Ancak, ifa hukuka ya da ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi için yapılmışsa, TBK m. 81’de belirtildiği üzere edimin iadesi istenemez.

Sürekli borç ilişkisinin varlığı nedeniyle sözleşme ileriye etkili olarak geçersiz sayılırsa durum farklı olur. Bu durumda ileriye etkili olarak geçersizlikten yararlanan borçlunun hangi ifa yükümlülüklerinden sorumlu olması gerektiği kesin olarak belirlenmelidir. Müteselsil borçluluk, tüm sonuçlarıyla birlikte bu edim yükümlülükleri kapsamında var olabilir⁹⁰. Yine burada da ileriye etkili geçersizlik savunması ortak itiraz niteliğinde olur.

Örnek: (B), alacaklı (A)’ya sözleşme kapsamında 10.000 ₺ ödemeyi taahhüt etmiştir ve (C) bu tutarı kanunen borçludur. Alacaklı (A) ile (B) arasındaki sözleşme ileriye etkili olarak geçersiz ise, geçersizliğin etkisinden önce ortaya çıkan edim yükümlülükleri için (B) ve (C)’nin arasında teselsül vardır. Ancak, (C) ilgili hükümsüzlük zamanından sonra ortaya çıkan tüm edim yükümlülüklerinden tek başına sorumlu olmalıdır⁹¹.

Kesin hükümsüzlük sebebinin müteselsil borçlulardan birinin ya da tümünün kusuru sonucu oluşması müteselsil borçluluğun geçersiz olması sonucunu değiştirmez. Örneğin, sözleşmeye konu edimin ifasının müteselsil borçlulardan birinin kusuru sonucunda başlangıçta objektif imkânsız hale gelmesi durumunda sözleşmenin tamamı geçersiz olur. Ancak, bu durumda kusuruyla imkânsızlığa neden olan kişinin culpa in contrahendo uyarınca sorumluluğu doğar⁹².

⁸⁴ Peter Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II*, (Zürich: Schulthess 2008), N. 681; Mehmet Serkan Ergüne-Ali Suphi, Kurşun, “Kesin Hükümsüzlük”, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, c.1 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019) 473 Çetiner, Borçlar Genel, N. 432; Eren, Borçlar Genel, N. 1046; Gümüş, Borçlar Genel, 243; Stuber, Solidarität, N. 441; Tunçomağ, Borçlar Genel, 173.

⁸⁵ Çetiner, Borçlar Genel, N. 489; Gümüş, Borçlar Genel, 243; Stuber, Solidarität, N. 441; Tunçomağ, Borçlar Genel, 173 vd.

⁸⁶ Stuber, Solidarität, N. 442.

⁸⁷ Kratz, Art, 145, N. 115; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2061; Oğuzman-Öz, c.2, N. 1372.

⁸⁸ Stuber, Solidarität, N. 443.

⁸⁹ Eren, Borçlar Genel, N. 1047.

⁹⁰ Stuber, Solidarität, N. 444.

⁹¹ Stuber, Solidarität, N. 445.

⁹² M. Kemal Oğuzman-Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2024), N. 1462; Seçkin Topuz-Ferhat, Canbolat, “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57/3, (Eylül 2008), 683 vd.; Gümüş, Borçlar Genel, 232; Nomer, Borçlar Genel, N. 56.2; Tekinay vd., Borçlar Genel, 903.

Kısmi geçersizlik durumunda, bundan etkilenen müteselsil borçlu, borç yükümlülüğünün yalnızca geçerli olarak mevcut olan kısmından sorumlu olmalıdır. İç ilişkide, müteselsil borçluların rücu miktarlarının müteselsilen borçlu olunan meblağlar üzerinden hesaplandığı dikkate alınmalıdır⁹³.

Örneğin, Alacaklı (A)'nın 10.000 ₺ alacağı vardır. (B), bu tutarı sözleşme kapsamında, (C) ise kanun kapsamında borçludur. Sözleşmenin kısmen geçersiz olması ihtimalinde, (B) borçlu olarak sadece geçerli kısımdan sorumludur. (B)'nin müteselsil borçluluğu ve iç ilişkide kendisine rücu edilebilecek kısım kendi sorumluluğu kapsamında belirlenir. Dolayısıyla, (C), (B)'nin sorumlu olduğu kısmı aşan miktardan tek başına sorumlu olur⁹⁴. Burada (B)'nin yapacağı kısmi geçersizlik nedeniyle borcun kısmen sona erdiğine yönelik savunması kişisel itiraz niteliğinde olur.

Kesin hükümsüzlük sebebi, müteselsil borçluların tamamı için söz konusu değilse, kısmi hükümsüzlüğün olduğu kabul edilerek hareket edilmelidir. Buna göre, TBK m. 27/II uyarınca, diğer müteselsil borçlular söz konusu geçersizliği bilmeleri hâlinde sözleşmeyi yapmayacakları açıkça anlaşılıyorsa, sözleşme tamamen geçersiz olur. Bu durumda da, geçersizlik ortak savunma sebebi teşkil eder⁹⁵. TBK m. 27/II uyarınca yapılacak olan savunma kişisel itiraz niteliğindedir.

Kesin hükümsüzlük sebebi müteselsil borçluların tamamı için söz konusu değilse ve TBK m. 27/II'nin uygulanması için gerekli şartlar mevcut değilse, yine kesin hükümsüzlüğün olduğu savunması ortak itiraz niteliğinde olur. Zira kesin hükümsüzlük ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir.

Kesin hükümsüzlüğün istisnai bazı durumlarda ortadan kalkması mümkündür. Bu durumlardan biri de TMK m.2/II'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Örneğin, şekle aykırı bir sözleşmenin varlığında edimlerin karşılıklı olarak ifa edilmesi hâlinde, sözleşmenin geçerli sayılması ve dolayısıyla da müteselsil borçluluğun da oluştuğunun kabul edilmesi gerekir⁹⁶.

Aşağıda kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olmakla birlikte kendi içerisinde bazı özellik arz eden durumlar ele alınacaktır.

1. Ehliyetsizlik

Fiil ehliyeti, kişinin kendi fiilleriyle hak sahibi olabilmesi ya da borç altına girebilmesi için gerekli olan ehliyettir⁹⁷. Fiil ehliyetinin hukuki işlem yapabilme ve hukuka aykırılıktan sorumlu olma olmak üzere iki boyutu vardır⁹⁸. Kişiler fiil ehliyeti yönünden tam ehliyetli, tam ehliyetsiz, sınırlı ehliyetli ve sınırlı ehliyetsiz olmak üzere dörde ayrılmaktadır. Tam ehliyetliler kural olarak tüm hukuki işlemleri tek başlarına yapabilirler. Tam ehliyetsizlerin ise, kural olarak yaptıkları işlemler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Sınırlı ehliyetsizler, kural olarak, kendilerini borç altına sokan işlemleri tek başlarına yapamazlar. Sınırlı ehliyetlilerin ise belirli işlemleri yapmaları yasal danışmanlarının onayına tabidir. Sınırlı ehliyetli ya da ehliyetsizlerin yaptığı işlemler, onay verilinceye kadar askıda hükümsüzdür⁹⁹.

Müteselsil borçluların tamamının ayırt etme gücünden yoksun olması hâlinde, işlem hepsi için kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olur. Öte yandan, müteselsil borçlulardan yalnızca birinin ehliyetsiz olması hâlinde, diğerlerinin bundan etkilenip etkilenmeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüşe göre, kişinin ehliyet durumuna göre ayırım yapılmalıdır. Buna göre, müteselsil borçlulardan biri tam ehliyetsiz ise, diğer müteselsil borçlular bu durumdan etkilenmez. Dolayısıyla

⁹³ Stuber, Solidarität, N. 446.

⁹⁴ Stuber, Solidarität, N. 447.

⁹⁵ Hatemi-Gökyayla, § 36, N. 22; Oğuzman-Öz, c. 2, N. 1373; Tekinay vd., Borçlar Genel, 313.

⁹⁶ Stuber, Solidarität, N. 448.

⁹⁷ Mustafa, Dural-Tufan, Ögüz, *Türk Özel Hukuku, c. II, Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023), N. 222 vd.; Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 192; Tunçomağ, Borçlar Genel, 147; Von Tuhr, Borçlar Hukuku, 216.

⁹⁸ Dural-Ögüz, Kişiler Hukuku, N. 237; Tunçomağ, Borçlar Genel, 147.

⁹⁹ Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 192; Dural-Ögüz, Kişiler Hukuku, N. 332 vd.; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 280 vd.; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2160; Tunçomağ, Borçlar Genel, 148 vd.

bireysel etkinin varlığından söz edilir. Müteselsil borçlulardan birinin sınırlı ehliyetsiz olması hâlinde ise, alacaklının durumu bilip bilmemesine göre değerlendirme yapılır. Öncelikle, kural olarak bilip bilmemeden bağımsız olarak müteselsil borçlulardan birinin sınırlı ehliyetsiz olması diğer müteselsil borçluları etkilemez. Diğer müteselsil borçlular borcun tamamından sorumlu olmaya devam ederler. Ancak, bu görüşte alacaklının durumu bilmesi hâlinde, dürüstlük kuralı gereğince, diğer müteselsil borçluların borcun sınırlı ehliyetsiz kişinin iç ilişkideki payı kadarlık kısmından kurtulacakları savunulmaktadır¹⁰⁰. Dolayısıyla bu durumda sınırlı genel etkinin varlığı kabul edilir.

Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre ise, yukarıdaki görüşte yapılan tam ve sınırlı ehliyetsiz ayrımının dayanağı yoktur. Zira kanun koyucu tam ehliyetsiz kişinin işlemleri ile sınırlı ehliyetsiz kişinin onaylanmayan işlemleri arasında ayırım yapmamıştır. Ehliyet durumunun etkisi tespit edilirken, TBK m. 27 göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, müteselsil borçlulardan birinin ehliyetsizliği yalnızca kendisinin borcunu geçersiz kılar. Dolayısıyla, kısmi hükümsüzlüğün varlığından bahsedilir. Ancak, TBK m. 27/II'de belirtildiği üzere sözleşmelerin bir kısmının hükümsüzlüğü kural olarak diğer kısımlarının geçersizliğini etkilemez. Ancak, ilgili hükümler olmasaydı sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılıyorsa, sözleşme tamamen geçersiz olur. Ehliyetsizlik durumu da bu kapsamda ele alınmalıdır. Eğer müteselsil borçlulardan birinin ehliyetsiz olduğu bilinseydi, sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılıyorsa, ehliyetsizlik nedeniyle müteselsil borçluların tamamı için borç geçersiz sayılmalıdır¹⁰¹. Yani, tam genel etkinin olduğu kabul edilmelidir.

Bu konudaki son görüşe göre ise, müteselsil borçlulardan birinin ehliyetsizliği kişinin ehliyetsizlik türü ne olursa olsun kişisel itiraz niteliğindedir. Dolayısıyla, ehliyetsizlik sadece ilgili müteselsil borçluyu etkiler. Bu durumda, TBK m. 27/II'nin uygulanmasıyla farklı bir sonuç çıkarılması da mümkün değildir. Zira müteselsil borçlulukta her bir borç bağımsızdır ve kanun koyucu, alacaklı lehine düzenleme yapma amacı taşımaktadır¹⁰².

Haksız fiilin varlığı hâlinde müteselsil sorumlulukta ehliyetsizliğin ileri sürülmesi her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin, tam ehliyetsiz kişinin TBK m. 65 uyarınca hakkaniyet sorumluluğunun bulunmasında durum böyledir¹⁰³.

Ehliyetsiz olan tarafın alacaklı olması da mümkündür. Bu durumda her bir müteselsil borçlu alacaklının ehliyetsizliğini itiraz olarak ileri sürebilir. Müteselsil sorumluluğun varlığı hâlinde ise, zarar görenin ehliyetsizliği ileri sürülemez. Zira müteselsil sorumluluğun varlığı hâlinde zarar göreni koruma amacı vardır¹⁰⁴.

Alacaklının ehliyetsiz olması hâlinde, her bir müteselsil borçlu ilgili geçersizliği ileri sürebilir. Bu nedenle ortak itiraz sebebinin varlığı kabul edilir¹⁰⁵.

2. Muvazaa

İrade ile beyan arasında bilinçli olarak meydana getirilen uygunsuzluk hali olan muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatma amacıyla görünüşte bir işlem yapmaları ve söz konusu işlemin kendi aralarında

¹⁰⁰ Nouhad Sbair, *La solidarité entre les débiteurs en droit suisse et Français* (Geneve: Impr. Genevoise, 1950) 131 vd.

¹⁰¹ Von Tuhr-Escher, *Obligationenrecht*, 295; Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk*, 194; Canyürek, *Müteselsil Borçluluk*, 44 vd.; Hatemi-Gökyayla, § 36, N. 22; Dağdelen, *Teselsül*, 114; Kapancı, *Birlikte Borçluluk*, 252; Kapancı, *Müteselsil Borçluluk*, 2161; Kratz, Art, 145, N. 32; Ayşenur Şahin Caner, *Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk* (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017), 251; Tekinay vd., *Borçlar Genel*, 313.

¹⁰² Arat, *Müteselsil Borç*, 344.

¹⁰³ Arat, *Müteselsil Borç*, 344 vd.

¹⁰⁴ Arat, *Müteselsil Borç*, 345.

¹⁰⁵ Kapancı, *Birlikte Borçluluk*, 171; Kratz, Art, 145, N. 116.

hüküm doğurmayacağı ya da başka bir işlemin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı yönünde anlaşmalarıdır¹⁰⁶.

Muvazaa, mutlak ve nisbi olmak üzere ikiye ayrılır. Mutlak muvazaada, taraflar gerçekte hiç yapmayı istemedikleri bir işlemi yaparlarken, nisbi muvazaada yapmak istedikleri asıl işlemi gizleyerek, görünürdeki bir işlem için iradelerini açıklamaktadırlar¹⁰⁷. Muvazaalı işlemlerin yaptırımı kesin hükümsüzlüktür¹⁰⁸. Muvazaanın ileri sürülmesi bir def'i olmayıp, itiraz niteliğindedir¹⁰⁹.

Müteselsil borçluluğun varlığı hâlinde muvazaanın borç ilişkisine etkisinin ne olacağı muvazaanın niteliğine göre ele alınmalıdır. Mutlak muvazaanın varlığı hâlinde de muvazaalı irade beyanının müteselsil borçluların tamamı ya da birkaçı tarafından yapılmış olmasına göre ayırım yapılmalıdır. Müteselsil borçluların tamamının mutlak muvazaalı işlem yönünde iradesi mevcutsa, muvazaanın ileri sürülmesi ortak itiraz niteliğini haiz olur. Müteselsil borçlulardan birinin ileri sürüp yazılı delille ispatlaması hâlinde borç, her bir müteselsil borçlu için sona erer. Mutlak muvazaaya yönelik bir diğer ihtimal, müteselsil borçlulardan yalnızca birinin ya da birkaçının iradesinin muvazaalı olmasıdır. Bu durumda hem iradesi muvazaalı olan müteselsil borçlu hem de diğer müteselsil borçlu işlemin muvazaalı olduğunu ileri sürebilir. Ancak, muvazaalı işlemin tarafı olan müteselsil borçlunun iddiasını yazılı delille ispatlaması gerekirken, diğer müteselsil borçlu muvazaalı işlem bakımından üçüncü kişi olduğundan, iddiasını her türlü delille ispatlayabilir. İşlemin muvazaalı olduğunun ispatlanması üzerine, muvazaalı işlem tarafı olan müteselsil borçlunun borcu kesin hükümsüzlük nedeniyle sona erer. Diğer müteselsil borçlunun borcu ise, TBK m. 166/III'ün kıyasen uygulanması sonucunda, borcu sona eren müteselsil borçlunun iç ilişkideki payı oranında sona erer. Ancak, diğer müteselsil borçlunun, muvazaalı işlemin olduğunu bilseydi sözleşmeyi yapmayacağı açıkça anlaşılıyorsa, TBK m. 27/II uyarınca borç tamamen kesin hükümsüz olur.

Nisbi muvazaanın söz konusu olduğu bir durumda, aynı zamanda müteselsil borçluluk varsa, yine muvazaalı irade beyanlarının müteselsil borçluların tamamına ait olup olmamasına göre ayırım yapılır. Müteselsil borçluların tamamının iradesi muvazaalı olarak ortaya çıkmışsa, görünürdeki işlem kesin hükümsüz olur. Ancak, görünürdeki işlemin hükümsüzlüğü, gizli işlemin de hükümsüz olmasını gerektirmez. Geçerlilik şartlarının varlığı hâlinde gizli işlem geçerli olur. İşlemin muvazaalı olduğunu ispatlamak isteyen müteselsil borçlu, ortaya yazılı delil koymak zorundadır. İşlemin muvazaalı olduğunun ileri sürülmesi ortak itiraz niteliğindedir. Müteselsil borçluların bir ya da birkaçının iradesinin muvazaalı olması hâlinde ise, işlem tarafı müteselsil borçlu muvazaa iddiasını yazılı delille ispatlamak zorundayken, diğer müteselsil borçlular her türlü delille ispatlayabilirler. İspat üzerine görünürdeki işlem geçersiz olur. Asıl işlem ise, gerekli şartları taşıması hâlinde geçerli olur. Diğer müteselsil borçluların işlemi ise, gerçek iradelerini yansıttığından zaten geçerlidir. Ancak, mutlak muvazaada bahsettiğimiz üzere, burada da, TBK m. 27/II'nin şartlarının varlığı ileri sürülerek, diğer müteselsil borçluların yaptığı işlemin de geçersiz olduğu savunulabilir. Diğer müteselsil borçluların muvazaalı işlemin görünürdeki işlemin geçersizliğinden ne şekilde etkileneceği gizli işlemin geçerliliğine göre tespit edilir.

¹⁰⁶ Benzer tanımlar için bkz.: Gökhan, Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. V/1,1, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, N. 1456; Çetiner, *Borçlar Genel*, N. 301; Dural-Sarı, *Temel Kavramlar*, N. 1151i; Eren, *Borçlar Genel*, N. 1086; Oğuzman/Öz, c. 1, N. 411; Nomer, *Borçlar Genel*, N. 69; Tunçomağ, *Borçlar Genel*, 201.

¹⁰⁷ Antalya, c. 1, N. 1473 vd.; Çetiner, *Borçlar Genel*, N. 302 vd.; Dural-Sarı, *Temel Kavramlar*, N. 1151i; Eren, *Borçlar Genel*, N. 1096 vd.; Oğuzman-Öz, c. 1, N. 412; Tunçomağ, *Borçlar Genel*, 298 vd.

¹⁰⁸ Muvazaalı işlemin yokluk yaptırımına tabi olması gerektiği yönündeki görüş için bkz: Eren, *Borçlar Genel*, N. 1107.

¹⁰⁹ Eren, *Borçlar Genel*, N. 1105.

E. Yokluk

Bir hukuki işlemin kurucu unsurlarında eksiklik olması hâlinde, o işlem yokluk yaptırımına tabi olur¹¹⁰. Yokluk, ilgili herkes tarafından her zaman sürülebilir. Hukuki işlemin yokluğu itiraz niteliğindedir. Taraflarca ileri sürülmesi dahi hâkim tarafından re'sen dikkate alınır¹¹¹.

Yokluk müteselsil borçluların tamamı için mevcutsa, hepsi için müteselsil borç doğmamış olur. Bu durumda bir iç ilişkinin varlığı da söz konusu olmaz. Yokluğun ileri sürülmesi ortak itiraz niteliğinde olur.

Yokluk sebebi müteselsil borçlulardan yalnızca biri ya da birkaçı için mevcutsa, yalnızca ilgili kişi için müteselsil borçluluk sıfatı oluşmaz. Diğer kişiler için ise, yokluk söz konusu olmadığından müteselsil borçlu sıfatını elde ederler. Burada kesin hükümsüzlükten farklı olarak TBK m. 27/II'nin uygulanma şartlarının varlığı ileri sürülerek, diğer müteselsil borçlulara da etki etmesi gerektiği belirtilemez. Müteselsil borçlulardan yalnızca biri için yokluk sebebinin olması halinde de yokluğun ileri sürülmesi ortak itiraz niteliğinde olur. Zira yokluk ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir.

F. İrade sakatlıkları

İrade sakatlığı, iradenin oluşumu ya da beyanı aşamasındaki bozukluktur¹¹². Bunun hangi sebeplerle olabileceği TBK m. 30 ve devamındaki maddelerde yanılma, aldatma ve korkutma olarak belirtilmiştir.

İrade sakatlığının varlığı hâlinde işlem iptal edilebilir olacaktır. İptal beyanıyla bozucu yenilik doğuran hak kullanılmış olur. Zira bu durumda işlem, tek taraflı beyanla geçersiz olmaktadır¹¹³. İptal beyanıyla geniş anlamda borç sona erdirilir¹¹⁴.

İptal edilebilirlik yaptırımı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu konudaki ilk görüş olan geçersizlik teorisine göre, iptal edilebilirliğin varlığı hâlinde işlem baştan itibaren geçersizdir. İşleme icazet verilmesi ya da TBK m. 39/I'de belirtilen bir yıllık süre içerisinde iptal beyanında bulunulmaması hâlinde işlem baştan itibaren geçerli hale gelir¹¹⁵. Diğer görüş olan iptal teorisine göre ise, işlem başlangıçta geçerli olarak kurulur. Ancak, iptal beyanının kullanılması üzerine işlem başlangıçtan itibaren geçersiz olarak kabul edilir¹¹⁶. Bu konudaki son görüş ise, bölünmüş geçersizlik teorisidir. Bu teoriye göre, işlem irade sakatlığı olan taraf için baştan itibaren geçersizdir. Diğer taraf için ise, baştan itibaren geçerli bir işlem vardır. Tıpkı geçersizlik teorisinde olduğu gibi, iradesi sakatlanan kişi tarafından işleme icazet verilmesi ya da TBK m. 39/I'de belirtilen bir yıllık süre içerisinde iptal beyanında bulunulmaması hâlinde işlem baştan itibaren geçerli hale gelir¹¹⁷.

Müteselsil borçluluğun varlığı hâlinde her bir müteselsil borçlunun iradesinin sakatlanmış olması mümkündür. Bu ihtimalde, ortak irade beyanıyla geniş anlamda borç ilişkisini baştan itibaren geçersiz

¹¹⁰ Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2061; Oğuzman-Barlas, Medeni Hukuk, N. 742.

¹¹¹ Oğuzman-Barlas, Medeni Hukuk, N. 742.

¹¹² Emre Köroğlu, *Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma*, Kayseri: On İki Levha Yayıncılık, 2020, 27; Zekeriya, Kurşat, İrade Bozuklukları, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, c. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 535; Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 190; Canyürek, Müteselsil Borçluluk, 65; Çetiner, Borçlar Genel, N. 519; Dağdelen, Teselsül, 114; Eren, Borçlar Genel, N. 1154; Oğuzman, c.1, N. 297; Şahin Caner, Müteselsil Borçluluk, 227; Tunçomağ, Borçlar Genel, 331.

¹¹³ Eren, Borçlar Genel, N. 1068; Gümüş, Borçlar Genel, 344; Erhan, Kanişlı, İsviçre Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2018, 534; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2154; Kurşat, İrade Bozuklukları, 585; Oğuzman-Öz, c.2, N. 381.

¹¹⁴ Kapancı, Birlikte Borçluluk, 277; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2155.

¹¹⁵ Doktrinde bu teori şu yazarlar tarafından benimsenmektedir: Claire, Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Zürich: Schulthess), 2012, N. 576; Gauch vd., *Obligationenrecht*, N. 890 vd.; Oğuzman-Barlas, Medeni Hukuk, N. 764; Nomer, Borçlar Genel, N. 58; Tunçomağ, Borçlar Genel, 369 vd.

¹¹⁶ Doktrinde bu görüş şu yazarlar tarafından benimsenmektedir: Bruno Von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht, Band I, Allgemeiner Teil* (Zürich: Schulthess, 1964), 224; Kanişlı, Yanılma, 533; Vedat Buz, "İrade Sakatlığı ile Malûl Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara 2006, 308; Eren, Borçlar Genel, N. 1067, 1257; Gümüş, Borçlar Genel, 346; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, 267; Köroğlu, Korkutma, 172 vd..

¹¹⁷ Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 191; Oğuzman-Öz, c.2, N. 379.

kılabilirler. Öte yandan, tümünün iradesi sakatlanmış olmasına rağmen, içlerinden biri sözleşmeyi iptal etmek istiyorsa ne olacağı tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüşe göre, TBK m. 27/II kıyasen uygulanmalıdır. Söz konusu düzenlemeye göre, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının geçersiz olması diğerlerinin geçerliliğini kural olarak etkilemez. Ancak, ilgili hükümlerin eksikliği hâlinde sözleşmenin yapılmayacağı açıkça belliyse geçersizlik sözleşmenin tamamına sirayet eder. Buna göre, müteselsil borçlulardan birinin iptal hakkını kullanması halinde borç diğer müteselsil borçlular için tam olarak geçerli olmaya devam eder. Dolayısıyla, iptal hakkının kullanılması bireysel etki gösterir. Ancak, diğer müteselsil borçluların söz konusu müteselsil borçlunun irade sakatlığını ileri sürerek iptal beyanında bulunması halinde sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyecekleri açıkça anlaşılıyorsa sözleşmenin tamamı geçersiz olur¹¹⁸. Bu görüşte, madde geniş olarak yorumlanmakta ve tarafların da sözleşmenin içeriğini oluşturduğu kabul edilmektedir¹¹⁹. Kanaatimizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira müteselsil borçluların her birinin iptal beyanında bulunma hakkı zaten vardır. Müteselsil borçlulardan birinin iptal beyanında bulunması üzerine diğer müteselsil borçlular da iptal beyanında bulunabilir ya da sözleşmeyle bağlı kalmaya devam edebilir. TBK m.27/II'nin uygulanması alacaklı açısından gündeme gelebilir. Müteselsil borçlulardan birinin iptal hakkını kullanması üzerine alacaklının durumu bilseydi sözleşmeyi yapmayacağı açıkça anlaşılıyorsa sözleşmenin kesin hükümsüz olabilir.

Bu konudaki diğer görüş ise, diğer müteselsil borçluların durumu bilip bilmemelerine göre ayırım yapmaktadır. Diğer müteselsil borçlular durumu biliyorlarsa, borçluların sorumlulukları devam eder. Öte yandan, diğer müteselsil borçlular durumu bilmiyorlarsa, TBK m. 166/III kıyasen uygulanır. Dolayısıyla, sınırlı genel etkinin varlığı kabul edilir ve iptal hakkını kullanan kişinin iç ilişkideki payı kadarlık kısmı oluşturan borç, diğer müteselsil için sona erer¹²⁰. Bu görüş de, alacaklının hukuki işlem iradesiyle oluşturduğu bir durum olmaması sebebiyle TBK m. 166/III'ün kıyasen uygulanamayacağı belirtilerek eleştirilmektedir. Ayrıca, ortada hukuki işlem nedeniyle ortaya çıkan borcun sona ermesinin değil, hukuki işlemin geçersizliğinin olmasının da kıyasen uygulamayı engellediği belirtilmektedir¹²¹. Yine kıyasen uygulamanın iptal hakkının hukuki sonuçlarıyla ve iç ilişkinin alacaklıya yansımayacağı ilkesine örtüşmeyeceği savunulmuştur¹²².

Kanaatimizce, müteselsil borçluların tamamının iradesinin sakatlığa uğramış olmasına rağmen içlerinden yalnızca birinin ya da birkaçının iptal hakkını kullanması halinde TBK m. 166/III kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre, diğer müteselsil borçlular iptal hakkını kullanan müteselsil borçlunun iç ilişkideki payı kadarlık borçtan kurtulmalıdırlar. Bu sonucun elde edilmesinde diğer müteselsil borçluların durumu bilmelerinin ya da bilmelerinin önemi yoktur. Zira irade sakatlıklarına ilişkin olarak kanunda yapılan bilme ya da bilmemeye göre yapılan ayrımlar işlemin karşı tarafı içindir.

Diğer müteselsil borçlular ise, sözleşmenin karşı tarafı olmadığından onlar açısından bilme ya da bilmemeye yönelik ayırım yapılmasını öngören bir düzenleme yoktur. TBK m. 166/III'ün uygulanması nedeniyle oluşacak olan zarara TBK m. 30 vd. hükümleri uyarınca yapılacak tespit sonucunda alacaklının ya da iptal hakkını kullanan müteselsil borçlunun katlanması gerekecektir.

Müteselsil borçlulardan yalnızca birinin iradesinin sakatlığa uğramış olması da mümkündür. İptal beyanı, kişisel itiraz niteliğindedir. Bu durumda ilgili müteselsil borçlu iptal beyanında bulunarak sözleşmeyi kendi adına geçersiz kılabilir¹²³. İrade sakatlığı, yokluk ve kesin hükümsüzlükteki gibi ilgili

¹¹⁸ Oğuzman-Öz, c.2, N. 1374; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 278; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2156; Von Tuhr, Borçlar Hukuku, 795.

¹¹⁹ Kapancı, Birlikte Borçluluk, 278; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2156.

¹²⁰ Sbai, La solidarite, 133-134; Tekinay, Teselsül, 72; Tekinay vd., Borçlar Genel, 310.

¹²¹ Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2157.

¹²² Oğuzman-Öz, c.2, 478.

¹²³ Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 191; Canyürek, Müteselsil Borçluluk, 67; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 278.

herkes tarafından ileri sürülemez. Bizzat iradesi sakatlanan kişinin ileri sürülmesi gerekir. Dolayısıyla da irade sakatlığı halinde ortak itiraz sebebinin varlığından bahsedilemez.

Müteselsil borçlunun iradesinin sakatlanmış olduğu yönündeki beyanı, diğer müteselsil borçluların durumunu ağırlaştırma olarak nitelenemez. Zira TBK m. 165'te düzenlenmiş olan diğer müteselsil borçluların durumunu ağırlaştırmama yükümlülüğü, müteselsil borç ilişkisi kurulduktan sonrasını kapsar. Burada iptal beyanı müteselsil borçluluk kurulduktan sonra ileri sürülmekle birlikte, bu beyanda bulunma hakkı sözleşme kurulurken mevcuttur¹²⁴.

İptal beyanının etkisi konusunda yukarıda bahsetmiş olduğumuz iki görüş burada da mevcuttur. Buna göre, ilk görüş uyarınca TBK m. 27/II uygulanmalı ve diğerleri için geçerli sayılmalıdır. Yalnız burada tüm müteselsil borçluların iptal hakkına sahip olması ve yalnızca birinin iptal hakkını kullanması ihtimalinden farklı olarak, iptal hakkını kullanmayan müteselsil borçlular açısından bir belirlilik yoktur. Zira irade sakatlığı yalnızca bir müteselsil borçlu için söz konusudur. Bu bağlamda, diğer müteselsil borçluların bu durumu bilmeleri hâlinde sözleşmeyi yapmayacakları açıkça belliyse, sözleşmenin geçersizliği işlemin tamamına sirayet eder¹²⁵.

Bu konudaki ikinci görüş ise, diğer müteselsil borçluların durumu bilip bilmemelerine göre ayırım yapmaktadır. Diğer müteselsil borçlular durumu biliyorlarsa, borçluların sorumlulukları devam eder. Öte yandan, diğer müteselsil borçlular durumu bilmiyorlarsa, TBK m. 166/III kıyasen uygulanır. Dolayısıyla, sınırlı genel etkinin varlığı kabul edilir ve iptal hakkını kullanan kişinin iç ilişkideki payı kadarlık kısmı oluşturan borç, diğer müteselsil için sona erer. Bu durumda iptal beyanı her ne kadar diğer müteselsil borçlular lehine de sonuç doğuracak olsa da diğer müteselsil borçlular iradesi sakatlanmış olan kişiyi iptal beyanında bulunmaya zorlayamaz. Ancak, alacaklı, ifa talebini ilk olarak iradesi sakatlanmamış olan müteselsil borçluya yöneltmişse, yetkisiz temsilin varlığı hâlinde mehil verilip onamanın yapılıp yapılmayacağının bildirilmesinin istenebileceğini belirten TBK m. 46/II kıyasen uygulanmalıdır. Bu süre içerisinde iradesi sakatlanmış olan borçlu susarsa, yine TBK m. 46/II kıyasen uygulanmalı ve susma ilgili borçlu lehine yorumlanmalıdır¹²⁶.

Bu konudaki son görüşe göre ise, irade sakatlığının türüne göre ayırım yapılmalıdır. Eğer irade sakatlığının kaynağı yanılma ise, iptal hakkının kullanılması hâlinde geçersizlik yalnızca iptal hakkını kullanan kişi için söz konusu olur. Öte yandan, irade sakatlığı aldatma ya da korkutma kaynaklı ise, diğer müteselsil borçluların durumu bilip bilmemelerine göre ayırım yapılmalıdır. Buna göre, durumu bilmeleri ya da bilmelerinin gerekmesi hâlinde geçersizlikten etkilenmediklerinin, bilmemeleri hâlinde ise, TBK m. 166/III'ün kıyasen uygulanarak, iptal hakkını kullanan kişinin iç ilişkideki payı oranında borçtan kurtulduklarının kabul edilmesi gerekir¹²⁷.

Kanaatimizce, müteselsil borçlulardan birinin iradesinin sakatlanmış olması nedeniyle iptal beyanında bulunması halinde, TBK m. 166/III kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre, diğer müteselsil borçlular iptal hakkını kullanan müteselsil borçlunun iç ilişkideki payı kadarlık borçtan kurtulmalıdırlar. Bu sonucun elde edilmesinde diğer müteselsil borçluların durumu bilmelerinin ya da bilmelerinin önemi yoktur. Zira irade sakatlıklarına ilişkin olarak kanunda yapılan bilme ya da bilmemeye göre yapılan ayırımlar işlemin karşı tarafı içindir. Diğer müteselsil borçlular ise, sözleşmenin karşı tarafı olmadığından onlar açısından bilme ya da bilmemeye yönelik ayırım yapılmasını öngören bir düzenleme yoktur. TBK m. 166/III'ün uygulanması nedeniyle oluşacak olan zarara TBK m. 30 vd. hükümleri uyarınca yapılacak tespit sonucunda alacaklının ya da iptal hakkını kullanan müteselsil borçlunun katlanması gerekecektir. Ayrıca, müteselsil borçluların durumu bilmemeleri halinde TBK m. 27/II'nin uygulanabilirliği incelenmelidir. Eğer iradesi sakatlanmamış olan müteselsil borçluların durumu bilmeleri halinde borç

¹²⁴ Kapancı, Birlikte Borçluluk, 278; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2157.

¹²⁵ Dağdelen, Teselsül, 115 vd.; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 278 vd.; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2158.

¹²⁶ Tekinay, Teselsül, 121 vd.

¹²⁷ Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 191; Canyürek, Müteselsil Borçluluk, 66; Şahin Caner, Müteselsil Borçluluk, 228 vd.

altına girmeyecekleri açıkça belli ise, borcun tamamı geçersiz olur. Öte yandan, TBK m. 27/II'nin uygulanması ihtimalinden bağımsız olarak iradesi sakatlanan müteselsil borçlunun iptal beyanında bulunarak borcu geçersiz hale getirmiş olduğu savunması ortak itiraz niteliğindedir. Zira her iki ihtimalde de borç tüm müteselsil borçlular için sona ermektedir.

TBK m. 34/II'de yanılma hâlinde, sözleşmenin diğer tarafının yanılanın kastettiği şekilde sözleşmenin kurulmasını onaylaması hâlinde, sözleşmenin iptal edilemeyeceği, söz konusu şartlarda kurulacağı belirtilmiştir. Bu durumda da böyle bir sözleşmenin diğer müteselsil borçlulara etkisinin ne olacağı tespit edilmelidir. Yanılma hâlinde, sözleşme, yanılan lehine değişiklik göstermektedir. Yanılan lehine yapılan değişiklik, TBK m. 168/II'nin bir gereği olarak diğer müteselsil borçluların zararına sonuç doğurmamalıdır. Aksi halde, alacaklının oluşacak sonuca katlanması gerekecektir.

Borca katılma yoluyla oluşan müteselsil borçluluğu ayrı olarak ele almak gerekmektedir. Zira borca katılmada fer'ilik ilişkisi vardır. Şöyle ki, borca katılmanın gerçekleşebilmesi için geçerli bir borcun varlığı aranır. Dolayısıyla borcun doğduğu borç ilişkisindeki borçlunun iradesi sakatlığa uğramışsa, yani iptal edilebilirlik söz konusuysa, iradesi sakatlanmamış olan borca katılanın akıbeti de iptal hakkının kullanılıp kullanılmasına göre değişiklik gösterir. Bu durumda, ilk borçlu iptal beyanını kullanırsa, ortada katılmanın mümkün olduğu bir borç olmayacağından borca katılan da iptalden etkilenir ve borcu baştan itibaren geçersiz olur. Öte yandan, ilk borçlu iptal hakkını kullanmazsa, sözleşmeyle bağlı kalmaya devam eder. Zira iptal hakkını yalnızca ilk borçlu kullanabilir, iradesi sakatlanmamış olan borca katılanın böyle bir hakkı yoktur. Dolayısıyla borcun geçerli olup olmayacağını beklemek zorundadır¹²⁸.

Borca katılanın, iradesi sakatlanmış olan ilk borçlunun iradesinin ne yönde olacağı beklediği döneme ilişkin bir kanuni düzenleme yoktur. Öte yandan, fer'ilik ilişkisinin olduğu kefaletle ilişkin olarak TBK m. 140'ta *"Asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulunduğunda, kefil de alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilir."* düzenlemesine yer verilmiştir. Burada kefile özel bir def'i hakkı tanınmıştır. Kefalet sözleşmesinin varlığı hâlinde, bu hüküm geniş yorumlanmakta ve belirsizlik oluşturan diğer durumlar için de böyle bir kaçınma imkânının olduğu kabul edilmektedir. Bu hükmün borca katılmada da kıyasen uygulanabileceği kabul edilirse, borca katılan ilk borçlu beyanda bulunana kadar ya da beyanda bulunma süresi dolana kadar borcu ifa etmekten kaçınabilecektir¹²⁹.

Son olarak, ilk borçlunun değil de borca katılanın iradesinin sakatlanmış olması ihtimalini ele alacak olursak, bu durumda borca katılan iptal beyanını kullanırsa, yalnızca kendisi için sonuç doğurur. İlk borçlu bu durumdan etkilenmez. Zira ilk borçlu daha öncesinde geçerli olarak borç ilişkisinde yer almıştır. Ayrıca, ilk borçlu kısmi hükümsüzlüğün tam hükümsüzlüğe dönüşmesi gerektiğini de savunamaz. Zira sözleşmeyi borca katılanın olmadığı dönemde yaptığından, durumu bilseydi sözleşmeyi yapmayacağını kabul edilmesi mümkün değildir¹³⁰.

G. Genel işlem koşulları

Genel işlem koşulları, TBK m. 20/I'de *"Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir."* şeklinde tanımlanmıştır.

TBK m. 21'de genel işlem koşullarının kapsam denetimine ve bu düzenlemeye aykırılık hâlinde uygulanacak olan yaptırım türüne yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, genel işlem kuralını düzenleyen taraf, sözleşmesinin yapılması sırasında, karşı tarafa genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgi vermeli, yine karşı tarafa söz konusu koşullarının içeriğini öğrenmesine imkân sağlamalı ve son olarak karşı taraf bu koşulları kabul etmelidir. Ayrıca, genel işlem koşulunun sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemelere aykırılık

¹²⁸ Canyürek, Müteselsil Borçluluk, 68; Kapancı, Birlikte Borçluluk, 279; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2157 vd.

¹²⁹ Kapancı, Birlikte Borçluluk, 279 vd.; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2158 vd.

¹³⁰ Kapancı, Birlikte Borçluluk, 280; Kapancı, Müteselsil Borçluluk, 2159 vd.

hâlinde ise, ilgili koşulun yazılmamış sayılacağı belirtilerek özel bir yaptırım türüne yer verilmiştir. TBK m. 22'de de yazılmamış sayılma hâlinde düzenleyenin yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacağı iddiasında bulunamayacağı belirtilerek TBK m. 27/II'nin uygulanmasının önüne geçilmiştir.

Müteselsil borçluluğun varlığı hâlinde, genel işlem koşulu tüm müteselsil borçlular için söz konusuysa, müteselsil borçlular ister düzenleyen taraf olsun, isterse de karşı taraf olsun, yazılmamış sayılma hâlinde hepsi için aynı sonuç doğar. Düzenleyen taraf, TBK m. 22 gereğince, söz konusu hüküm olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağı iddiasında bulunamaz. Yazılmamış sayılması gereken bir genel işlem koşulunun varlığının ileri sürülmesi ortak itiraz niteliğini haiz olur.

Genel işlem koşulunun yazılmamış sayılması, müteselsil borçluların tamamı için değil de, bir ya da birkaçı için söz konusu olması mümkündür. Bu durumda yazılmamış sayılan koşul işlemin tarafı müteselsil borçlu için tam sonuç doğururken, diğer müteselsil borçlular için işlem tarafı müteselsil borçlunun iç ilişkideki payıyla sınırlı sonuç doğar. Yine burada da düzenleyen taraf, söz konusu hüküm olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağı iddiasında bulunamaz. Ancak, genel işlemin koşulunun tarafı olmayan müteselsil borçlular TBK m. 27/II'ye dayalı olarak bu iddiada bulunabilirler. Zira onların bu talepte bulunmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel işlem koşulunun tarafı olan müteselsil borçlu ise, düzenleyen taraf olmaması durumunda TBK m. 27/II'yi ileri sürebilir.

Sonuç

Borcun hiç doğmadığına yönelik itirazların kaynağı anlaşma ya da kanun olabilir.

Müteselsil sorumluluk hâlinde kişisel indirim sebepleri ileri sürülemez. Zira kişisel indirim sebepleri dış ilişkiyi etkilemez. Yalnızca iç ilişkideki rücu miktarını belirler. Ancak, olması gereken hukuk bakımından farklılaştırılmış teselsülün kabulüne yönelik düzenleme yapılabilir.

Tüm müteselsil borçlular için kesin hükümsüzlük sebeplerinden birinin varlığı hâlinde, sözleşmenin geçersizliği ortak savunma niteliğini haiz olur. Kesin hükümsüzlük sebebi, müteselsil borçluların tamamı için söz konusu değilse, kısmi hükümsüzlüğün olduğu kabul edilerek hareket edilmelidir. Buna göre, TBK m. 27/II uyarınca, diğer müteselsil borçlular söz konusu geçersizliği bilmeleri hâlinde sözleşmeyi yapmayacakları açıkça anlaşılıyorsa, sözleşme tamamen geçersiz olur. Bu durumda da, geçersizlik ortak savunma sebebi teşkil eder. Öte yandan, TBK m. 27/II'de aranan şartlar olmasa dahi kısmi geçersizlik hali de ortak itiraz sebebi olarak kabul edilmelidir. Zira kesin hükümsüzlük niteliği gereği herkes tarafından ileri sürülebilir.

Müteselsil borçlulukta borçlulardan birinin ehliyetsizliğinin etkisinin tespitinde, ilgili kişinin tam ya da sınırlı ehliyetsiz olması farklı sonuçların doğmasını gerektirmez. Zira kanunda böyle bir ayırım yoktur.

Müteselsil borçluların tamamının mutlak muvazaalı işlem yönünde iradesi mevcutsa, muvazaanın ileri sürülmesi ortak itiraz niteliğini haiz olur.

Yokluk ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir. Bu bağlamda, olası müteselsil borçlulardan birinin yokluk nedeniyle borçlu ya da müteselsil borçlu sıfatını elde edememesi her bir müteselsil borçlu tarafından ileri sürülebilir ve bu itiraz sebebi ortak itiraz niteliğini haizdir.

Müteselsil borçluların iradesi sakatlanmış olmasına rağmen, içlerinden birinin ya da birkaçının iptal hakkını kullanması halinde TBK m. 166/III kıyasen uygulanmalı ve diğer müteselsil borçlular da iptal hakkını kullanan müteselsil borçlunun iç ilişkideki payı oranında borçtan kurtulmalıdırlar. Öte yandan, alacaklı iptal hakkının kullanılması üzerine TBK m. 27/II'nin şartları varsa borcun tamamının geçersiz olduğunu ileri sürebilir.

Müteselsil borçlulardan yalnızca birinin iradesinin sakatlığa uğramış olması hâlinde, iptal beyanı, kişisel itiraz niteliğindedir.

Genel işlem koşulunun yazılmamış sayılması, bir ya da birkaçı için söz konusu olursa, yazılmamış sayılan koşul, işlemin tarafı müteselsil borçlu için tam sonuç doğururken, diğer müteselsil borçlular için işlem tarafı müteselsil borçlunun iç ilişkideki payıyla sınırlı sonuç doğar.

Kaynakça

- Ak, Aslınur. *Davada ve İcra Takibinde Zamanaşımı Def'i*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Akın, Levent. "Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Hukuki Niteliği". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60/4 (2011), 733-774.
- Akıntürk, Turgut. *Müteselsil Borçluluk*. (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları), 1971.
- Altay, Sabah. *Borca Katılma (TBK m. 201)*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık), 2023.
- Altay, Sabah. "Müteselsil Borçlunun Rücu Hakkının Doğumundan Önce Borçtan Kurtarılma Talebi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi* 17/1-2 (Şubat 2011), 393-411.
- Armağan, Davut. "Sözleşmesel Çerçevede Meydana Gelen Müteselsil Borçlulukta Borçlu Temerrüdü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 77/2 (Aralık 2019), 617-667.
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler. V/1,1*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Bası, 2019.
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler. V/1,2*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Bası, 2019.
- Arslan, Ramazan vd. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Bası, 2021.
- Aygün, Mustafa Yaşar. "Haksız Eylemlerde Tam Zincirleme Sorumluluk ile Karşılaştırmalı Olarak Eksik Zincirleme Sorumluluk (BK m. 50-51)". *Yargıtay Dergisi* 4/4 (Ekim 1978), 101-139.
- Arat, Ayşe. "Müteselsil Borçlarda Alacaklı ve Borçlu Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26/2 (Eylül 2018), 325-366.
- Baysal, Başak. *Haksız Fiil Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Berger, Bernhard. *Allgemeines Schuldrecht*. Bern, 2008.
- Brehm, Roland. *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Art. 50, Berner Kommentar*. Bern: 5. Bası, 2021.
- Buz, Vedat. "İrade Sakatlığı İle Malûl Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu". *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*. 295-317. Ankara: 2006.
- Buz, Vedat. *Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Canbolat, Ferhat. "Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* III/1 (Haziran 2008), 255-270.
- Canbolat, Ferhat. "Müteselsil Borcun Sona Erme Nedenleri". *Ankara Barosu Dergisi* 66/3 (Yaz 2008), 68-81.
- Canyürek, Murat. *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003.
- Casanova, Gion Christian. *Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung*. Zürih: Schulthess, 2010.
- Civan, Orhan Ersun. "İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Kapsamı ve Müteselsil Sorumluluk". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64/4 (Aralık 2015), 1015-1070.
- Çabri, Sezer. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma". *Legal Hukuk Dergisi* – (Ekim 2011), 3911-3932.
- Çetiner, Bilgehan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024.

- Çilci, Çiğdem. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Ayıplı Mal Satışı Nedeniyle Müteselsil Sorumluluk*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Dağdelen, Ahmet Hakan. *818 ve 6098 sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Dalcı Özdoğan, Nurcihan. *Müteselsil Sorumluluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Doğan, Gökçen. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Öngörülen Müteselsil Sorumluluk Sistemi". *Sorumluluk Hukuku: Seminerler-makaleler*, ed.: Başak Baysal, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, 97-135.
- Dural, Mustafa - Sarı, Suat. *Türk Özel Hukuku c. I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 18. Bası, 2023.
- Dural, Mustafa - Tufan, Öğüz. *Türk Özel Hukuku, c. II, Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 24. Bası, 2023.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Legem Yayıncılık, 28. Bası, 2023.
- Ergüne, Mehmet Serkan - Kurşun, Ali Suphi. "Kesin Hükümsüzlük", *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, c. 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2019.
- Erol, Ayşe. *Türk Sorumluluk Hukukuna Göre Demiryolu İşletenin Sözleşme Dışı Sorumluluğu*. Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2019
- Eugen, Bucher. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrechts*, Zürich: Schulthess, 2. Bası, 1988.
- Gauch, Peter vd.. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II*, Zürich: Schulthess, 9. Bası, 2008.
- Gautschi Alain. *Solidarschuld und Ausgleich*. Zürich: Dike, 2009.
- Guhl, Theo-Koller, Alfred. "Mehrheit von Schuldner in der Obligation". *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zürich: Schulthess, 9. Bası, 2000, 28-36.
- Güler, Şeref. *Müteselsil Sorumluluk İlkesinin İş Kanunundaki Uygulaması*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Gürkanlar, Metin. *Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu (BK m. 50)*. Ankara: Gazi Üniversitesi Yayınları, 1982.
- Hatemi, Hüseyin-Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul: 5. Bası, Filiz Kitabevi, 2021.
- Huguenin Claire. *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess, 2012.
- İFM, İsviçre Federal Mahkemesi. 93 II 329, (26 Eylül 1967).
- Jung, Peter. "Regressprobleme bei Privilegierung eines Solidarschuldners". *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*. Genève, ed., Peter Gauch / Franz Werro / Pascal Pichonnaz, Zürich: 2008, 285-307.
- Kanişlı, Erhan. *İsviçre Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma*. Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Kapancı, Kadir Berk. *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Kapancı, Kadir Berk. *Müteselsil Borçluluk. İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, c. 2, 3*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.

- Kapancı, Kadir Berk. Müteselsil Sorumluluk. *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, c. 1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Karayalçın, Yaşar. "İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler". *Ankara Barosu Dergisi* 65/4, (Güz 2007), 107-119.
- Keller, Alfred. *Haftpflicht im Privatrecht - Band II*. Bern: Stämpfli, 2. Bası, 1998.
- Koçano Rodoslu, Emine. *Rücu Hakkı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 27. Bası, 2024.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1979.
- Kılıçoğlu, Mustafa. "Bir Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olması (Müteselsil Sorumluluk ve Rücu)". *Yargıtay Dergisi* 29/4 (Ekim 2003), 431-449.
- Kılıçoğlu, Mustafa. *Sorumluluk Hukuku, c. I, Sözleşme Dışı Sorumluluk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Körner, Alexandra. "Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis – immer Haftung aller für den gesamten Schadenersatz?". *HAVE* 71 (2018), 71-75.
- Köroğlu, Emre. *Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma*. Kayseri: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Kırca, Çiğdem. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler". *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, 23-58.
- Kratz, Brigitta. "Art. 143", Solidarität. *Art. 143-150 OR. Berner Kommentar*. Bern: Stämpfli, 2015.
- Krauskopf, Frédéric. "Art. 145", Die Solidarität. *Art. 143 - 150 OR, ZK - Zürcher Kommentar*. Zürih: Schulthess, 3. Bası, 2016.
- Krauskopf, Frédéric. "Art. 145", *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)*, ed. Peter Gauch, Hubert Stöckli, Zürih: Schulthess: 10. Bası, 2021.
- Kurşat, Zekeriya. "İrade Bozuklukları". *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, c. 1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Kuru, Baki. "Zamanaşımı (BK m. 146 vd) Def'i Borçlar Kanunu'nun 164. Maddesi Anlamında Ortak Def'i midir?". *Banka ve Finans Hukuku Dergisi* 8/32 (Ocak 2019), 1019-1023.
- Lardelli, Flavio. *Die Einreden des Schuldners bei der Zession*. Zürih: Schulthess, 2008.
- Mazan, Stephan. "Art. 145", *Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen. Art. 1-183 OR*, ed. Andreas Furrer Anton K. Schnyder, 3. Bası, 2016.
- Merz, Hans. *Schweizerisches Privatrecht, C. 6, Obligationen Recht Allgemeiner Teil Erster Teilband*. Bern: Helbing Lichtenhahn, 1984.
- Müller, Thomas. Art. 145, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/ Stephan Wolf, Marc Amstutz/ Roland Fankhauser, Stämpfli 4. Bası, 2023.
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 20. Bası, 2024.
- Oftinger, Karl - Stark, Emil W. *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*. Zürih: Stämpfli, 5. Bası, 1995.
- Oğuzman, M. Kemal - Barlas, Nami. *Medeni Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 30. Bası, 2024.

- Oğuzman, M. Kemal - Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 22. Bası, 2024.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 18. Bası, 2023.
- Pekcanitez, Hakan. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. ed. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, c. 2, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, 2017.
- Postacıoğlu, İlhan E. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 8. Bası, 2020.
- Sauser - Hall, Mr. C. "Borçlar Hukukunun Umumi Nazariyeleri". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Çev. Mehmet Osman Yıl 1931, 9/52, 1281-1297.
- Sbai, Nouhad. *La solidarite entre les debiteurs en droit suisse et Français*. Geneve: Impr. Genevoise, 1950.
- Schaller, Jean-Marc. *Einwendungen und Einreden im sweizerischen Schuldrecht*. Zurich: Dike, 2010.
- Schnyder, Anton K. *Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 50*. ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel; Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 2. Bası, 1996.
- Schwenzer, Ingeborg. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Bern: Stämpfli, 7. Bası, 2016.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2010.
- Strub, Yael. *Der Regress des Schadensversicherers de lege lata - de lege ferenda*. Zürih: Schulthess, 2011.
- Stuber, Jonas. *Einreden und Einwendungen in der passiven Solidarität*. Bern: Stämpfli, 2021.
- Şahin Caner, Ayşenur. *Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk*. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Tanriver, Süha. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Bası, 2021.
- Tekinay, Sulhi Selahattin. *Borçlular Arasında Akdi Teselsül*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Doçentlik Tezi, 1956.
- Tekinay, Selahâttin vd. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 7. Bası, 1993.
- Tolu, Hazal. "Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Müteselsil Borçluluk". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/2018-1 (Haziran 2018), 531-570,
- Topuz Seçkin - Canbolat, Ferhat. "Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkansızlığın Düzenlenişi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57/3 (Eylül 2008), 167-186.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku, c. 1, Genel Hükümler*. İstanbul: Sermet Yayınevi, 6. Bası, 1976.
- Weiss, Andreas. *Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung*. Luzern: Stämpfli, 2011.
- Von Büren, Bruno. *Schweizerisches Obligationenrecht. Band I, Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess, 1964.
- Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*. çev. Cevat Edege, Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983.
- Von Tuhr, Andreas - Arnold Escher. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*. Zürih: Schulthess Polygraphischer Verlag, 3. Bası, 1984.
- Yağcıoğlu, Ali Haydar. *Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınları, 2014.
- Yargıtay, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi. K. 2012/4037, (13 Mart 2012) www.kazanci.com.tr

Yargıtay, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2021/1506, (25 Kasım 2021) www.lexpera.com.tr

Zehnder, Hannes. Gedanken zur Mehrpersonenhaftung im Baurecht, BR, 3, (1998).

Zirlick, Beat. Freizeichnung von der Deliktshaftung, Haftungsbeschränkung und –ausschluss im ausservertraglichen Bereich. Bern: Stämpfli, 2003.

Makale Bilgi Formu

Yazar Notu: Bu makale İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Programında başarıyla savunmuş olduğum Mütəselsil Borçlulukta İtiraz ve Def'iler başlıklı tezden üretilmiştir.

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

Hizmet Sözleşmesi Sonrası Rekabet Yasağı Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Görevli Mahkeme: Türk ve Fransız Hukuku Bakımından Bir İnceleme

Court of Material Jurisdiction in Cases Arising from Prohibition of Competition Agreements After Employment Contract: A Review of Turkish and French Law

İlknur Kaya 

Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
Eskişehir, Türkiye,
ilknurkaya@anadolu.edu.tr,
ror.org/05nz37n09



Öz: Fransız hukukunda hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı ile ilgili olarak açık bir hüküm bulunmamaktadır. *Ancak* C. trav. art. L.1221-1, C. trav. art. L. 1411-1 ve C. trav. art. 1411-4 hükmü birlikte değerlendirilmekte ve hizmet sözleşmesi sırasında ve sonrasındaki rekabet yasağından kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar açısından iş mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmektedir. *Ancak* işçinin ve/veya yeni işverenin davranışının haksız rekabet de teşkil etmesi durumunda ticaret mahkemelerinin görevli olduğu, ticaret mahkemesinin iş mahkemesince hizmet sözleşmesinin geçerliliği hususunda vereceği kararı beklemesi gerektiği belirtilmektedir. Türk hukukunda hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme meselesi tartışmalıdır. Kanımızca TTK m. 4/1,c hükmü İşK m. 5/1,a'ya nazaran özel hüküm niteliğinde olduğundan, belirtilen uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemeleri görevlidir. Ayrıca müşteri çevresi, ticari sır, iş sırrı, üretim sırrı kavramları işverenin ekonomik menfaatinin korunması ile yakından ilişkili olup, asliye ticaret mahkemelerinin uzmanlık alanında yer almaktadır. Hizmet sözleşmesinin haklı sebep olmaksızın feshedildiğine dair bir uyuşmazlık veya dava bulunduğu takdirde, iş mahkemesi kararı, ticaret mahkemesi tarafından bekletici sorun yapılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Rekabet Yasağı, Hizmet Sözleşmesi, Görevli Mahkeme, Haksız Rekabet, Ticari Dava

Geliş Tarihi/Received: 22.11.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 04.02.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
22.05.2025

Abstract: In French law, there is no explicit provision regarding prohibition of competition obligations following a employment contract. However, Articles L.1221-1, L.1411-1, and L.1411-4 of the French Labor Code are interpreted collectively, establishing that the labor court has jurisdiction over all disputes arising from prohibition of competition during and after the term of a employment contract. Nevertheless, if the conduct of the employee and/or the new employer constitutes unfair competition, the commercial courts are deemed competent. It is also specified that the commercial court must await the decision of the labor court regarding the validity of the employment contract. In Turkish law, the issue of jurisdiction in disputes arising from prohibition of competition following a service contract remains a matter of debate. In our view, Article 4/1,c of the Turkish Commercial Code (TCC) constitutes a specific provision compared to Article 5/1,a of the Labor Code. Therefore, commercial courts of first instance have jurisdiction over such disputes. Additionally, the concepts of customer base, trade secrets, business secrets, and production secrets are closely related to the protection of the employer's economic interests and fall within the expertise of commercial courts of first instance. In the event of a dispute or lawsuit regarding the termination of a employment contract without just cause, the decision of the labor court should be treated as a preliminary issue by the commercial court.

Keywords: Prohibition of Competition, Employment Contract, Court of Material Jurisdiction, Unfair Competition, Commercial Action

Extended Abstract

In French law, there is no explicit provision regarding prohibition of competition following a employment contract. However, under Article L.1221 of the French Labor Code (C. trav), it is recognized that the parties may include additional provisions in service contracts, provided they do not contravene the law. In the absence of a specific statutory regulation on prohibition of competition, the validity, scope, and content of such clauses are predominantly shaped by judicial decisions. The French Court of Cassation's Labor Chamber specifies that prohibition of competition clause must be limited in duration and geographical scope (a specific area), clearly indicate commercial activity involved (transportation, decoration), be necessary to protect the employer's economic interests, and be proportionate to achieving that protection. Furthermore, it mandates that the employer provide a compensatory benefit (*contrepartie financière*) to the employee. The absence of any of the five conditions mentioned (duration, geographical scope, specific field of activity, necessity for protecting the employer's economic interests, or compensatory benefit) renders the prohibition of competition clause invalid. Furthermore, the prohibition of competition clause is characterized as an ancillary clause (*clause accessoire*) to the contract, meaning it is dependent on and connected to the primary agreement. Consequently, the invalidity of the primary contract also results in the invalidity of the prohibition of competition.

The resolution of disputes related to the prohibition of competition after a service contract fall under the jurisdiction of the labor court. Articles L.1411-1 and L.1411-4 of the French Labor Code, which stipulate that disputes related to service contracts are to be heard by the labor court and designate it as the sole competent authority for matters outlined in the Labor Code, are interpreted in conjunction. As such, it is established that the labor court is authorized to resolve disputes involving breaches of prohibition of competition clauses, regardless of when the breach occurred. Additionally, Article 49 of the French Code of Civil Procedure (CPC) states that "courts shall rule on all claims and defenses related to matters within their jurisdiction, including requests for the interpretation of any contract, except for matters falling under the exclusive jurisdiction (*compétence exclusive*) of another court". This provision is among the key regulations concerning the jurisdiction of labor courts. This provision implies that the interpretation of service contracts also falls exclusively within the jurisdiction of the labor court. Nonetheless, it is noted that in cases where the actions of the employee and/or, particularly, the new employer also constitute unfair competition, and where compensation for material or moral damages resulting from such unfair competition is sought, the commercial courts are deemed competent. In this latter scenario, however, it is emphasized that the commercial court must await the labor court's decision regarding the validity of the service contract.

In Turkish law, prohibition of competition following a service contract are regulated under Articles 444-447 of the Turkish Code of Obligations (TCO). Furthermore, Article 5/1,c of the Turkish Commercial Code (TCC) establishes that commercial courts of first instance have jurisdiction over disputes arising from such obligations. However, with the enactment of the Labor Courts Law (Article 5/1,a) on October 25, 2017, which grants jurisdiction to labor courts for resolving disputes arising from employment contracts between employees and employers, debates on this matter have been reignited. In our view, the competent court for disputes arising from prohibition of competition following a service contract is the commercial court of first instance. While Article 4/1,c of the Turkish Commercial Code (TCC) stipulates that cases involving breaches of non-compete obligations are classified as absolute commercial cases, Article 5/1,a of the Labor Courts Law (LCL) designates the labor court as the competent authority for all disputes between employees and employers.

Furthermore, information regarding the customer base of a business, as well as trade secrets, business secrets, and production secrets, are the result of prolonged effort, skill, and dedication. Therefore, the primary aim of the legislator is not to further disadvantage the employee, who is in a weaker position under the service contract, but to safeguard the confidentiality of such information. The commercial

court of first instance specializes in matters involving commercial companies, corporate groups, and the rights and obligations of individuals acting as partners, shareholders, or managers in such entities. Accordingly, prohibition of competition agreements made for employees working in these companies could be best evaluated by the commercial court of first instance.

Moreover, in lawsuits concerning prohibition of competition clauses, the former employer, as the plaintiff, often includes claims such as the determination and cessation of unfair competition, compensation for material or moral damages (TCC Article 56), and requests for provisional measures (TCC Article 61) in the lawsuit petition. Since these claims fall under the category of absolute commercial cases as per TCC Article 4/1,a, the commercial court of first instance has jurisdiction over such disputes. Even if it is argued that prohibition of competition agreement between the employee and employer does not meet the validity requirements and is deemed invalid, the defendant may still be held liable for acts of unfair competition.

On the other hand, if a dispute or lawsuit arises during the proceedings regarding whether the service contract was terminated by the employer without just cause or by the employee for reasons attributable to the employer (TCO Article 447), in other words, whether the prohibition of competition has ceased, the decision of the labor court must be treated as a preliminary issue by the commercial court of first instance (CPC Article 165).

Giriş

İşçinin çalışma ve sözleşme yapma hakkı başta Anayasa m.48 olmak üzere 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İŞK)¹ çeşitli hükümleri ile teminat altına alınmıştır. Fakat bu özgürlük sınırsız olmayıp, işçinin hizmet sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin ve onun işletmesinin ekonomik menfaatlerini ihlal etmemesi gerekmektedir. Bu amaca yönelik olarak Türk Borçlar Kanunu (TBK)² m. 396/3, işçinin hizmet sözleşmesinin devamı süresince, sadakat borcuna aykırı şekilde hareket etmemesini ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişmemesini emretmektedir.

Öte yandan TBK m. 444; fiil ehliyetine sahip işçinin sözleşmenin sona ermesinden sonra işveren ile rekabet etmekten, kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerli olması için yazılı şekilde yapılması zorunludur. Ayrıca hizmet ilişkisi üretim sırrı, müşteri çevresi veya işverenin yaptığı diğer işler hakkında bilgi edinmeyi sağlamalı ve bu bilgilerin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi işveren için önemli bir zarara yol açacak mahiyette olmalıdır. Sözleşmede yer, zaman ve işlerinin türünün açık biçimde gösterilmesi de zorunludur (TBK m. 445). Hâkim işçi aleyhine ağır ekonomik sonuçlar doğuran aşırı nitelikteki rekabet yasağını ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de³ değerlendirerek kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir (TTK m. 446). Rekabet yasağına aykırılık TBK m. 446 gereğince çeşitli yaptırımların uygulanmasını gerektirirken TBK m. 447'te sayılan hallerde sözleşme sona ermektedir.

Tarihsel süreç içinde gerek 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda⁴ (eTTK m.4/3) gerekse 6102 sayılı TTK'da⁵ (m. 4/1,c) işçinin rekabet yasağına aykırı davranışlarından doğan davalar ticari dava sayılmış ve bu davaların asliye ticaret mahkemelerinde (eTTK m. 5 ve TTK m. 5) görüleceği hükme bağlanmıştır.

¹ İş Kanunu (İŞK), Resmi Gazete 25134 (10.06.2003), Kanun No. 4857

² Türk Borçlar Kanunu (TBK), Resmi Gazete 27836 (04.02.2011), Kanun No. 6098.

³ Doktrinde işverenin karşı ediminin rekabet yasağı sözleşmesi için bir geçerlilik koşulu olmadığı, fakat tarafların eğer isterlerse sözleşmeye bu yönde hüküm koyabileceği kabul edilmektedir. Fatih Uşan, *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003) 256,257; Emre Ertan, *İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı* (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora tezi, 2012), 68.

⁴ Eski Türk Ticaret Kanunu (eTTK), Resmi Gazete 9353 (09.07.1956), Kanun No. 6762.

⁵ Türk Ticaret Kanunu (TTK), Resmi Gazete 27846 (14.02.2011), Kanun No. 6102.

Ancak 521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu⁶ (eİşMK) m.1’de yalnızca İşK’ya göre işçi ve işveren arasında iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiş iken, 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu⁷ (İşMK) m. 5/1,a’da “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına iş mahkemelerinin bakacağı” hükme bağlanmıştır.

Böylece TBK m. 444-447 hükümleri hem TTK m.4/1,c hem de İşMK m. 5/1,a kapsamında yer almış, görevli mahkeme hususunda doktrinde daha önce de var olan tartışmalar tekrar canlanmış, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin iş mahkemesinin Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu yönünde pek çok kararına rastlanmış, özetle rekabet yasağına ilişkin uyuşmazlıklar açısından doktrinde ve yargı kararlarında görüş birliği oluşmamıştır.

Biz bu çalışmamızda işçinin hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme meselesini Türk ve Fransız hukuku bakımından inceleyeceğiz. Çalışmanın ilk kısmında Türk hukuku açısından doktrindeki farklı görüşleri sunacak, konuyla ilgili Yargıtay 11. ve 9. Hukuk Daireleri kararları ile Anayasa Mahkemesi’nin 04.04.2024 tarihli kararını açıklayacağız. Çalışmanın ikinci kısmında Fransız Hukukunda yargı örgütlenmesini ticaret ve iş mahkemelerinin görevlerini açıklamak suretiyle konumuz bağlamında kısaca tanıttıktan sonra, işçinin hizmet sözleşmesinden doğan rekabet yasağı şartında görevli mahkemeye ilişkin görüşleri ve mahkeme kararlarını inceleyeceğiz.

I. Türk Hukukunda

A. Asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu görüşü

Hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna dair doktrin görüşleri altı farklı gerekçeye dayanmaktadır. Bir görüşe göre rekabet yasağı kavramının asliye ticaret mahkemesince daha isabetli şekilde değerlendirileceği düşünülerek TBK m. 444 vd. hükümleri ticari davaya ilişkin TTK m. 4/1,c’ye dahil edilmiştir⁸. Oysa rekabet yasağına ilişkin TBK m. 444 ve⁹ 447 hükümlerinden doğan uyuşmazlıkların ticari dava sayılması isabetli değildir, bir esnaf ile onun çalışanının taraf olduğu hizmet sözleşmesi¹⁰ örneğinde olduğu gibi her hizmet sözleşmesi ile ilgili ihtilafın bir ticari işletmeyi ilgilendirmediği açıktır¹¹, bu tür uyuşmazlıkların karara bağlanması ayrı bir uzmanlığı gerektirmektedir.¹²

Bir diğer görüşe göre TTK m. 4/1,c hükmünün tereddüte mahal vermeyen açık hükmü dolayısıyla hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı uyuşmazlıkları asliye ticaret mahkemesinde görülecektir,

⁶ Eski İş Mahkemeleri Kanunu (eİşMK), Resmi Gazete 7424 (04.02.1950), Kanun No. 5521.

⁷ İş Mahkemeleri Kanunu (İşMK), Resmi Gazete 30221 (25.10.2017), Kanun No. 7036

⁸ Reha Poroy- Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022) 140.

⁹ Söz konusu bağlacın “ila” olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz., Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: BTHAE Yayınları, 2022), 109.

¹⁰ Diğer taraftan TTK m. 4/1, c’de yalnızca TBK m. 444-447 hükümlerine yer verilmiş, TBK m. 448 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan ve hizmet sözleşmesinin bir türü olan pazarlamacılık sözleşmesinin ticari davanın konusunu oluşturduğuna dair açık bir hükme ise yer verilmemiştir. Fakat TBK m. 469 “pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır” hükmünü içerdiğinden pazarlamacı bakımından da sözleşme sonrası rekabet yasağı kararlaştırıldığında, bu sözleşmeden doğan davalar asliye ticaret mahkemelerinde görülmelidir. Oruç Hami Şener, *Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021) 99; Mehmet Bahtiyar vd. *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2022) 102-103.

¹¹ Şener, ticari işletme ve esnaf işletmesi arasında ayırım yapılması gerektiğini, ancak bunun yorum yoluyla yapılamayacağını, bunun için Kanun koyucunun bir değişiklik hükmü ihdas etmesi gerektiğini belirtmektedir. Şener, *Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı*, 88-89; Börü/Koçyiğit ise hükümde bir değişiklik yapılmasa da mutlak ticari davalara ilişkin TTK m.4/1,a-f arasında sayılan düzenlemelerin özünde bir ticari işletmeyle ilgili olduğuna işaret etmekte ve bu düzenleme ile korunan menfaatin dikkate alınarak, hükmün bu şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Levent Börü-İlker Koçyiğit, *Ticari Dava* (Ankara: Adalet Yayınevi 2021) 42.

¹² Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 109.

diğer taraftan olması gereken hukuk bakımından başka bir sonuca ulaşılması mümkündür¹³. Çünkü taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü etkileri sözleşmenin sona ermesinden sonra doğan bir iş ilişkisi ile ilgili olduğundan, bu uyuşmazlığı en iyi biçimde karara bağlayacak mahkeme iş mahkemesi olacaktır¹⁴.

Doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre ise rekabet yasağı ile ilgili TBK m. 444 vd hükümlerinden doğan uyuşmazlıklar ticari davanın konusunu teşkil etmektedir. İster esnaf ister tacir olsun belirtilen uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli sayılması gerekmektedir. Kanun koyucu rekabet yasağının *öz ticaret yaşamına* ilişkin olduğunu varsaymış, kişilerin sözleşme yapma özgürlüğü çerçevesinde TBK'da yer alan koşullara uymak kaydıyla böyle bir şarta yer verebileceklerini hükme bağlamıştır¹⁵. Ayrıca TTK m. 4/1,c hükmü hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı sözleşmeleri ile ilgilidir, sözleşme dönemine ilişkin rekabet yasağı/tekel hakkı ihlalden doğan uyuşmazlıklarda iş mahkemeleri görevlidir¹⁶. Dolayısıyla zamansal bir sınır belirlenerek hizmet sözleşmesinin devam ettiği dönemde gerçekleşen rekabet yasağı ihlalleri için iş mahkemeleri, hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı uyuşmazlıkları için asliye ticaret mahkemesi görevli kabul edilmelidir. Çünkü rekabet yasağı sözleşmesi işçi ve işveren arasında "bir iş ilişkisi kurmamaktadır", hizmet sözleşmesinin tarafları işçi ve işveren sıfatlarını kaybetmiştir¹⁷.

Ayrıca İşMK m. 5/1,a TTK m. 4/1,c karşısında özel hüküm niteliği taşımamaktadır¹⁸. Bir an için İşMK. m. 5/1,a'nın özel hüküm niteliğinde olduğu düşünülse dahi, bu durum belirtilen Kanun'a üstünlük tanınmasının zorunlu olduğu anlamına gelmeyecektir. Çünkü bir kanun hükmünün diğerine nazaran özel hüküm teşkil etmesi için, Kanun koyucunun özel hüküm sevk ederken genel hüküm bertaraf etmeyi amaçlamış olması da gerekmektedir. Oysa İşMK m. 5/1,a'da veya madde gerekçesinde bu yönde bir açıklık yer almamaktadır¹⁹.

TTK m. 4/1,c ile sözleşmenin zayıf konumunda olan işçinin menfaatlerinin ihlal edilmesi değil, yalnızca işverene ait üretim, iş sırrı, ticari sır niteliğindeki bilgilerin²⁰ korunmak istendiği, bunun ise ticaret mahkemesinin uzmanlık alanını teşkil ettiği açıktır²¹.

¹³ Yaşar Karayalçın, *Ticaret hukuku I, Giriş, Ticari İşletme* (Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1968) 252; Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 261-262; Ertan, *İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı*, 265.

¹⁴ Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, 261-262.

¹⁵ Hüseyin Ülgen vd. *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 130; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 73; Bahtiyar vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 102-103; Şener, *Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı*, 98; Arda Kortaş, *Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021)106; İbrahim Akdoğan, *İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 95.

¹⁶ Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 130; Ayhan vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 73; Bahtiyar vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 102-103; Şener, *Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı*, 98; Sinan Sarıkaya, "Küllerinden Doğan Tartışma: Rekabet Yasağı Sözleşmesinden (TBK m. 444 vd.) Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Tespitinde Ne Değişti Ne Değişmedi?". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/2 (2021), 664; Kortaş, *Hizmet Sözleşmelerinde*, 106; Akdoğan, *İş Sözleşmesinde Rekabet*, 95.

¹⁷ Polat Soyer, "Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Karşısında Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu". *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 15/60 (2018), s.1268; İbrahim Çağrı Zengin, "Pazarlamacının ve İşçinin Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXXV/2 (2017), 808; Sarıkaya, "Küllerinden Doğan Tartışma", 665; Kara, rekabet yasağı nedeniyle oluşan zararın giderilmesi taleplerinin TTK'dan çıkarılmasının zorunlu olduğunu belirtirken mevcut davaların bundan etkilenmemesi için bir istisna hükmünün de getirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Hacı Kara, "Yargıtay'ın Rekabet Yasağında Görevli Mahkeme Konusunda Verdiği Bir Karar Üzerine Değerlendirme". *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/11 (2021), 58 vd.

¹⁸ Soyer, "Yeni İş Mahkemeleri" 1268; Zengin, "Pazarlamacının ve İşçinin", 808-809.

¹⁹ Soyer, "Yeni İş Mahkemeleri" 1268; Tamer Pekdinçer-İrem Toprakkaya, "Rekabet Yasağından Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin 7036 Sayılı Kanun'un Yürürlüğe Girmesi Sonrasında Değerlendirilmesi". *Legal Hukuk Dergisi* 19/225 (2021), 3995 vd; Zengin, "Pazarlamacının ve İşçinin" 808-809; Sarıkaya, "Küllerinden Doğan Tartışma", 665.

²⁰ Pekdinçer ve Toprakkaya, ticari sırları korumaya yönelik hükümlerin yalnızca bir mal veya hizmeti değil, söz konusu sır sebebiyle ortaya konan, yeteneği, emeği, masrafları korumayı amaçladığını, ayrıca sır kapsamında yer alan bilgilerin her zaman FSEK ile güvence altına alınan bir marka veya patent olamayacağını söylemektedir. Pekdinçer-Toprakkaya, "Rekabet Yasağından Doğan", 4008; Sarıkaya, "Küllerinden Doğan Tartışma", 666.

²¹ Pekdinçer-Toprakkaya, "Rekabet Yasağından Doğan", 4008; Sarıkaya, "Küllerinden Doğan Tartışma", 666.

Üstelik hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haksız şekilde feshedildiği iddiası ileri sürüldüğünde (TBK m. 447) feshin haklı neden teşkil edip etmediği meselesi asliye ticaret mahkemesi tarafından bekletici sorun yapılabilir. Salt TBK m.447 gerekçe gösterilerek iş mahkemesinin görevli olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır²².

B. İş mahkemesinin görevli olduğu görüşü

Doktrinde hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağından kaynaklanan uyuşmazlıklarda iş mahkemesinin görevli olduğu görüşünü benimseyen yazarlar rekabet yasağı ihlalleri açısından zamansal bir sınırlama yapılmasının yerinde olmadığını vurgulamaktadır²³. Zira rekabet yasağı sözleşmeleri asli yükümlülük yaratan sözleşmelerden²⁴ değildir. Bunlar hizmet sözleşmelerine bağlı ferî nitelikte bir yükümlülük yaratırlar²⁵. Dolayısıyla hizmet sözleşmelerinden bağımsız oldukları söylenemez. Üstelik işçinin hizmet sözleşmesi sonrası rekabet etmeme borcunun temelinde sadakat borcu yer almaktadır ki, belirtilen borç sözleşme sona erse de devam etmektedir²⁶.

Ayrıca İşMK m. 5/1,a rekabet yasağının ihlali ile ilgili özel bir hüküm içermemekle birlikte işçi ve işveren arasında bir “iş ilişkisinden” doğan tüm uyuşmazlıkların iş mahkemesinde çözüleceğini hükme bağlamaktadır. Madde hükmü bu iş ilişkisinin mutlaka kanundan doğması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır²⁷. İşMK görev açısından iş ilişkisinin bulunmasını zorunlu kılmakta ve fakat bu ilişkinin devam edip etmemesi varsayımlarını dikkate almamaktadır²⁸. Ayrıca iş hukukundan kaynaklanan ihtilafların çözümü bakımından Kanun koyucu kolay, ekonomik ve hızlı usul hükümlerini tercih ederek²⁹, genel yargılama kurallarından ayrılmıştır³⁰. TTK m. 5'te yer alan “aksine hüküm olmadıkça” ifadesi iş mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılacak şekilde yorumlanmalıdır. Çünkü iş mahkemelerinin hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uzmanlık (ihtisas) mahkemesi olduğu, TTK m. 5'in ticari davalarda görevi düzenlerken diğer ihtisas mahkemelerinin görevine “aksine hüküm bulunmadıkça” şeklindeki düzenlemesi ile öncelik tanıdığı açıktır³¹. Aynı

²² Pekdiğer-Toprakaya, “Rekabet Yasağından Doğan”, 4011.

²³ Hamdi Mollamahmutoğlu vd. *İş Hukuku Ders Kitabı: cilt 1* (Ankara: Lykeion, 2020),168; Nuri Çelik vd. *İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023), 50-51; Ercüment Özkaraca -Sema Deniz Özkan Koç, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme”. *Sicil İş Hukuku Dergisi* 45 (2021), 97 vd; Esra Kaşak, “Hizmet Sözleşmesi Sonrası Rekabet Yasağı Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk (TTK m. 4/1-c, 5/1, 5/a; İşMK m. 3, 5/1-a Bakımından Bir İnceleme)”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29/4 (2021), 3186; Bektaş Kar. *İş Yargılaması Usulü* (Ankara: Yetkin Kitabevi, 2021), 281; Ancak İş sözleşmesi devam ederken rekabet etmeme borcunun işçi tarafından ihlali işverene, hizmet sözleşmesini İşK m. 25/II/e'ye uygun şekilde fesih hakkı vereceği gibi TBK m. 400 hükmüne göre tazminat talep hakkı da verir. Mollamahmutoğlu vd, *İş Hukuku*, 168; Çelik vd., *İş Hukuku*, 299; Özkaraca-Özkan Koç, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden”, 97 vd.

²⁴ Diğer yandan iki bağımsız rakip tarafından akdedilen rekabet yasağı sözleşmeleri asli rekabet yasağı sözleşmesi (kartel sözleşmesi), herhangi bir sözleşmeye bağlı olan rekabet yasağı sözleşmeleri yan rekabet yasağı sözleşmesi (rekabet yasağı klotu) şeklinde adlandırılmaktadır. Kaşak, “Hizmet Sözleşmesi Sonrası”, 3182-3183; Doktrinde hizmet sözleşmesinde bulunan rekabet yasağı sözleşmelerinin yan edim yükümlülüğünde olduğu da ifade edilmekte ve ister asli rekabet sözleşmesi isterse yan rekabet yasağı sözleşmesi söz konusu olsun her iki sözleşme türünden doğan uyuşmazlıklar açısından iş mahkemesinin görevli olduğu söylenmektedir. Uşan, *İş Hukukunda İş Sırrının*, 65; Kaşak, “Hizmet Sözleşmesi Sonrası”, 3182-3183.

²⁵ Kar, *İş Yargılaması Usulü*, 281.

²⁶ Kar, *İş Yargılaması Usulü* s. 282; Gaye Baycık: “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 93; TBK m. 420'de yer alan ibranamenin de sonuçlarını sözleşme sona erdikten sonra doğurduğu, bunlarla ilgili ihtilafların iş mahkemesinde çözüleceği görüşünün hem doktrinde hem de Yargıtay uygulamasında kabul gördüğü, aynı kabulün hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı için de söz konusu olması gerektiği yönünde bkz. Özkaraca-Özkan Koç, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden”, 98; Kaşak, “Hizmet Sözleşmesi Sonrası”, 3190.

²⁷ Özkaraca-Özkan Koç, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden”, 98; Ayşe Köme Akpulat, *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018),139; Baycık, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması”, 193.

²⁸ Özkaraca-Özkan Koç, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden”, 98; Köme Akpulat, *İş Mahkemelerinde Yargılamanın*, 139; Kaşak, “Hizmet Sözleşmesi Sonrası”, 3190.

²⁹ İşMK m.7/1 iş mahkemesinde basit yargılama usulünün uygulanacağını hükme bağlarken, TTK m. 4/2 miktar veya değeri bir milyon Türk lirasını geçmeyen ticari davalarda basit yargılama usulünün uygulanacağını düzenlemektedir.

³⁰ Kar, *İş Yargılaması Usulü*, 282.

³¹ Özkaraca-Özkan Koç, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden”, 98; Börü-Koçyiğit, Ticari Dava, 41-42; Köme Akpulat, *İş Mahkemelerinde Yargılamanın*, 139; Ömer Ekmekçi vd. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 202.

öncelik tüketici uyusmazlıkları, Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK m. 156)³² ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (FSEK m. 76)³³ düzenlenen hususlardan kaynaklanan uyusmazlıklar için kabul edildiğine göre, özel/genel kanun veya önceki/sonraki kanun ilkelerinin *uygulanmasına* da gerek olmadan, iş uyusmazlıkları için de *uygulanmalı* ve iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmelidir³⁴.

Bu görüşü güçlendiren bir başka gerekçe ise rekabet yasağının ihlali durumunda işçinin ödeyeceği cezai şartın miktarının belirlenmesinin, öncelikle işçiye ödenen brüt ücretin tespitini gerektirmesidir ki, bu da iş mahkemesinin uzmanlık alanı içinde yer almaktadır³⁵. Ayrıca TBK m. 447 gereğince hizmet sözleşmesinin haklı neden olmadan işveren tarafından veya işverene atfedilebilen bir sebeple işçi tarafından feshedilmesi durumunda rekabet yasağı sona ermektedir. Bu durum ise hizmet sözleşmesinin feshinde işverene veya işçiye yüklenecek bir kusurun bulunup bulunmadığının tespitini zorunlu kılmaktadır ki, bu mesele de yine iş mahkemesinin uzmanlık alanı ile ilgilidir³⁶. Üstelik böyle bir fesih sebebinin asliye ticaret mahkemesinde ileri sürülmesi, konunun iş mahkemesince çözümlenene kadar bekletici sorun yapılmasını da gerektirebilecektir³⁷. Ayrıca işçi ile işveren arasındaki yegâne ihtilaf rekabet yasağından da doğmayabilir. Hatta işçinin rekabet yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle açılan davaya karşı işçi de kıdem tazminatının ödenmesi talebiyle dava açabilir ki, bu durumda ilk davanın ticaret ikinci davanın iş mahkemesinin uzmanlık alanına girdiği kabul edilirse, iki farklı mahkemece verilen birbirleriyle çelişen kararlar ortaya çıkabilir³⁸.

Son olarak doktrinde hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağından kaynaklanan uyusmazlıklarda iş mahkemesinin görevli olduğu görüşünü benimseyen yazarlar Alman hukukuna da işaret etmektedir. Alman hukukunda işçinin rekabet etmeme borcundan doğan uyusmazlıklarda görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu kabul edilmektedir. Alman İş Mahkemeleri Kanunu m. 2/1,3c uyarınca iş ilişkisinin sona ermesinden sonra (art/sonraki etki), belirtilen ilişkiyle ilgili ihtilaflar bakımından iş mahkemeleri görevlidir. O halde rekabet yasağı şartının hukuki niteliği de göz önünde bulundurularak Türk hukuku bakımından aynı sonuca ulaşılması gerekmektedir³⁹.

C. Mahkeme kararları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu rekabet yasağının ihlali nedeniyle açılan davalarda görevli mahkeme hususunda 2008⁴⁰ ve 2011⁴¹ yılında verdiği kararları ile iş mahkemelerinin görevli olduğuna, 2012⁴² ve 2013⁴³ yılında verdiği kararlarında ise rekabet yasağının ihlali sonucunu doğuran davranışın hizmet sözleşmesinin sona erdiği tarihten sonra gerçekleşmesi koşuluyla ticaret mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmiştir⁴⁴.

Fakat 25.10.2017 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren İşMK ile rekabet yasağı ihlaliinden doğan uyusmazlıklarda görevli mahkeme meselesine ilişkin tartışmalar yeniden canlanmıştır. Özellikle bölge adliye mahkemelerince birbiriyle çelişen çok sayıda karar tesis edilmiş olduğu görülmektedir. Nitekim

³² Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK), Resmî Gazete 2994 (10.01.2017), Kanun No.6769.

³³ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) Resmi Gazete 7981 (13.12.1951), Kanun No. 5846.

³⁴ Kaşak, "Hizmet Sözleşmesi Sonrası", 3191.

³⁵ Özkaraca-Özkan Koç, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinden", 100.

³⁶ Kar, *İş Yargılaması Usulü*, 281-282; Özkaraca-Özkan Koç, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinden", 100; Köme Akpulat, Köme Akpulat, *İş Mahkemelerinde Yargılamanın*, 139; Baycık, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması", 193; Kaşak, "Hizmet Sözleşmesi Sonrası", 3195.

³⁷ Sevil Doğan, *İşçinin Rekabet Yasağı, İş Sırrının Korunması*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.182; Ertan, *İş Sözleşmesinde Rekabet*, 461; Pekdiğer-Toprakaya, "Rekabet Yasağından Doğan", 4011-4012.

³⁸ Özkaraca-Özkan Koç, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinden", 101; Ertan, *İş Sözleşmesinde Rekabet*, 461.

³⁹ Özkaraca-Özkan Koç, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinden", 98; Kaşak, "Hizmet Sözleşmesi Sonrası", 3193.

⁴⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 2008/566 (22 Eylül 2008) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 10 Ekim 2024).

⁴¹ YHGK K. 2011/545 (21 Eylül 2011) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 10 Ekim 2024).

⁴² YHGK K. 2012/109 (29 Şubat 2012) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 10 Ekim 2024).

⁴³ YHGK K. 2013/292 (27 Şubat 2013) ve YHGK K.2013/1708 (25 Aralık 2013) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 10 Ekim 2024).

⁴⁴ Sarıkaya, "Küllerinden Doğan Tartışma", 656.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 8.⁴⁵, 9.⁴⁶, 20.⁴⁷, 30.⁴⁸ Hukuk Daireleri, İstanbul BAM 12.⁴⁹, 14.⁵⁰, 48.⁵¹ Hukuk Daireleri, İzmir BAM 20. Hukuk Dairesi⁵² ticaret mahkemesinin görevli olduğu yönünde, İstanbul BAM 13.⁵³, 32.⁵⁴, 43.⁵⁵ Hukuk Daireleri, İzmir BAM 11.⁵⁶ Hukuk Dairesi ise iş mahkemesinin görevli olduğu yönünde kararlar vermiştir.

İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin başvurusu ile İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleri Daireleri arasındaki görevli mahkemenin tespiti hususunda oluşan görüş farkının giderilmesi için yapılan başvuru neticesinde Yargıtay 11 Hukuk Dairesi 03.12.2021 tarihli⁵⁷ kararı ile rekabet yasağının hizmet sözleşmesinin unsuru olmadığına, yasağın hizmet sözleşmesinin sona ermesi ile hüküm ve sonuçlarını doğurduğuna, TTK m. 4/1,c'te belirtilen uyuşmazlıklardan doğan davaların mutlak ticari dava olarak düzenlendiğine, İşMK m. 5/1a'nın TTK m.4/1,c'yi örtülü olarak ilga etmediğine, tüm bu gerekçelerle asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmiştir⁵⁸.

Buna karşılık Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 21.12.2021 tarihli kararı ile TTK m.5'te yer alan "aksine hüküm" ibaresinin iş mahkemeleri bakımından da geçerli olduğunu, zira SMK ve FSEK'den doğan uyuşmazlıklar açısından aynı sonuca ulaşıldığını, fesih ve cezai şart gibi müesseselerin ihtisas mahkemesi olan iş mahkemesinde görülmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁹.

Öte yandan hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı bakımından görevli mahkeme hususu İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi'nin 04.04.2024 tarihinde verdiği kararda da değerlendirilmiş ve Anayasa Mahkemesi başvuru konusu hükümler açısından Anayasa'ya aykırılık olmadığına karar vermiştir⁶⁰. İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi rekabet yasağının ihlalden doğan davaların mutlak ticari dava olduğunu düzenleyen TTK m. 4/1,c ile TBK m. 444'ün Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürerek iptallerine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkeme; rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin çalışma ve sözleşme hürriyeti üzerinde doğrudan etkili olduğu, işçinin ekonomik hayatı ve geleceğine tesir edebileceği, yalnızca ticari işletme yararı dikkate alınarak bu sözleşmelerden kaynaklanan davaların mutlak ticari dava olarak nitelenmesinin hakkaniyete uygun olmadığı, görevli mahkeme tespiti açısından içtihat farklılıklarına sebep olan bir hükmün hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleriyle bağdaşmadığı, rekabet yasağına ilişkin hükmün geçerli olması için işverenin yüklenmesi zorunlu bir karşı edimin olmadığı, işçinin işverenden farklı olarak en iyi bildiği ve başkaca geçim kaynağı olmadan yalnızca işini yapmamayı yükümlenmesinin bundan vazgeçmesinin hakkaniyete uygun olmadığı, teknolojik gelişme ve özellikle e-ticaret uygulamaları nazar alındığında işletmelerin iştigal

⁴⁵ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 8 Hukuk Dairesi K. 2020/415 (20 Şubat 2020) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 01 Şubat 2025).

⁴⁶ Ankara BAM 9. HD K.2020/94 (23 Şubat 2020) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 01 Şubat 2025).

⁴⁷ Ankara BAM 20. HD K. 2021/1343 (26 Ekim 2021) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 01 Şubat 2025).

⁴⁸ Ankara BAM 30. HD K. 2020/513 (11 Kasım 2020) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 01 Şubat 2025).

⁴⁹ İstanbul BAM 12. HD K. 2021/1677 (11 Kasım 2021) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 01 Şubat 2025).

⁵⁰ İstanbul BAM 14. HD K. 2021/1482 (24 Aralık 2021), İstanbul BAM 14. HD K. 2021/1481 (02 Aralık 2021), İstanbul BAM 14. HD K. 2021/1429 (25 Kasım 2021), İstanbul BAM 14. HD K. 2021/1444 (25 Kasım 2021) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 01 Şubat 2025).

⁵¹ İstanbul BAM 48. HD K.2020/459 (10 Aralık 2020) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 01 Şubat 2025).

⁵² İzmir BAM 20. HD K. 2021/482 (03 Haziran 2021) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 01 Şubat 2025).

⁵³ İstanbul BAM 13. HD K. 2021/1498 (26 Ekim 2021), İstanbul BAM 13. HD K. 2021/1499 (26 Ekim 2021), İstanbul BAM 13. HD K. 2021/1501 (26 Ekim 2021), İstanbul BAM 13. HD K. 2021/1568 (04 Kasım 2021), İstanbul BAM 13. HD K. 2021/1561 (04 Kasım 2021) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 01 Şubat 2025).

⁵⁴ İstanbul BAM 32. HD K.2021/1033 (24.06.2021) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 01 Şubat 2025).

⁵⁵ İstanbul BAM 43. HD K.2021/1209 (14 Ekim 2021), İstanbul BAM 43. HD K.2021/760 (21 Haziran 2021) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 01 Şubat 2025).

⁵⁶ İzmir BAM 11. HD K. 2020/217 (12 Şubat 2020) için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim 01 Şubat 2025).

⁵⁷ Daha önceki tarihli diğer kararlar için bkz. Kaşak, "Hizmet Sözleşmesi Sonrası", 3175 vd.

⁵⁸ Yargıtay 11. HD K. 2021/6811 (03 Aralık 2021); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin sonraki tarihli kararları da aynı yönde olmuştur. Örneğin Y. 11. HD K. 2022/697 (27 Ocak 2022) bkz. www.lexpera.com.tr. (Erişim 10 Ekim 2024).

⁵⁹ Yargıtay 9. HD K. 2021/16748 (21 Aralık 2021); Yargıtay 9. HD'nin daha sonraki kararları da aynı yönde olmuştur. Örneğin Y. 9. HD. K. 2024/8758 (20 Mayıs 2024) bkz. www.legal.com.tr (Erişim tarihi: 01.10.2024).

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi (AYM) K. 2024/93 (04 Nisan) 2024 bkz. Resmi Gazete 32568 (06.06.2024).

yerleri ve işgal konuları bakımından sınırlama yapılabilmesinin güçleştiği, rekabet yasağına dair şartların işçi lehine sınırlandırılmasına dair hükümlerin yeterli olmadığı, coğrafi alan açısından rekabet yasağı öngörülmesinin işçinin yerleşme hakkına aykırılık teşkil ettiği, işçinin yaşamsal açıdan önem taşıyan maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile çalışma hakları bakımından ölçülü olmayan sınırlama getirildiği gerekçeleriyle başvuru konusu hükümlerin Anayasa'nın 2., 5., 17., 23. ve 48. maddelerine aykırı olduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise iptali istenen TTK m. 4/1,C yönünden; 6098 sayılı TBK'nın gerekçesinde⁶¹ hizmet sözleşmelerinin 4857 sayılı İşK'nın kapsamı dışında kalan işçileri kapsadığının belirtildiğine, üretim ve ticari sır ile haksız rekabetin ticari özelliğinin dikkate alınması gerektiğine, bu itibarla hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra rekabet yasağının ihlali nedeniyle açılan davanın ticari dava olmasının ve belirtilen davada ticaret mahkemesinin görevli kabul edilmesinin kamu yararıyla örtüşmeyen ve işçinin hak arama hürriyetini sınırlandıran bir tarafının olmadığına, bir mevzuat hükmünün mahkemeler nezdinde içtihat uyumsuzluklarına sebep olmasının yargılama hukukunun doğası ile ilgili olduğuna, tüm bu gerekçelerle Anayasa'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36. ve mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğine dair 142. maddelerine aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. Mahkeme iptali istenen TBK m. 444 yönünden; hizmet sözleşmesinin sona ermesinin ardından bu döneme dair işçinin işveren ile rekabet etmemeyi yazılı şekilde yükümlenebileceğine, rekabet yasağının belirli bir yer, süre ve işlerin türü açısından sınırlandırıldığına, sınırlamalara aykırı olarak kararlaştırılan rekabet yasağının kapsam ve içeriğine hâkimin müdahale edebileceğine, işçi için karşı edim kararlaştırılmasının sözleşmenin geçerliliği için zorunlu olmadığına, ancak bu yönde bir hükmün hizmet sözleşmesine her zaman konabileceğine, tüm bu gerekçelerle anılan düzenlemelerin Anayasa'nın devletin temel amaç ve görevleri başlıklı 5. ve çalışma hürriyeti başlıklı 48. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Çalışmamızın bu kısmında hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağından doğan davalarda görevli mahkeme meselesini Fransız hukuku bakımından incelemeden evvel kısaca görüşümüzü ifade etmek isteriz. Bizce hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı ihlalinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. TTK m. 4/1,c hükmü yalnızca rekabet yasağının ihlalinden doğan davaların mutlak ticari dava olduğunu düzenlemekte, İşK m. 5/1,a işçi ve işveren arasındaki tüm ihtilaflar için görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu hükmünü içermektedir. TTK m. 4/1,c özel hüküm niteliğindedir. Sonraki tarihli de olsa İşK m. 5/1,a ise genel hüküm niteliğindedir. Kanun koyucunun önceki tarihli özel hükmün ilga edilmesine ilişkin açık bir iradesi de anlaşılamadığından, sonraki tarihli genel hükmün, önceki tarihli özel hükmün yerini alabilmesi mümkün değildir⁶². Dolayısıyla SMK m. 156 ve FSEK m. 76'ya ilişkin varılan sonucun hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağından doğan davalar bakımından geçerli olması mümkün değildir. Ayrıca hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı ile korunmak istenen menfaat işletmenin menfaatidir. İşletmeler son derece riskli yatırım süreçlerinin akabinde kurulduğundan, uzun bir süreç içinde oluşan sır niteliğindeki bilgilerin korunması önem arz etmektedir⁶³. Müşteri çevresi, üretim sırrı, iş sırrı, ticari sır niteliğindeki bilgilerin tespiti ve değerlendirilmesi de en iyi şekilde bu konuda uzmanlaşmış olan asliye ticaret mahkemesince yapılabilir. Saydığımız gerekçelerle doktrin ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından ileri sürülen aksi yöndeki görüşlere katılamıyoruz.

⁶¹ <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c050/tbmm23050003ss0321.pdf> (Erişim 10 Ekim 2024).

⁶² Pekdinçer-Toprakaya, "Rekabet Yasağından Doğan", 4011; Sarıkaya, "Küllerinden Doğan Tartışma", 665; TTK m. 5/1'de yer alan "aksine hüküm bulunmadıkça" ifadesinin nazara alınması, bu hüküm ile kanun hükümleri arasındaki çelişkilerin kanun koyucu tarafından ortadan kaldırıldığı, tüm bu sebeplerle iş mahkemesinin görevli olduğu yönünde bkz. Kaşak, "Hizmet Sözleşmesi Sonrası", 3192-3193; 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren İşMK'nın bu görüşün reddedilmesini sağladığı, sonraki tarihli kanun ile işçi ve işverenler arasındaki iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan tüm uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olduğu yönünde bkz. Özkaraca ve Özkan Koç, s. 101.

⁶³ Pekdinçer-Toprakaya, "Rekabet Yasağından Doğan", 4008; Sarıkaya, "Küllerinden Doğan Tartışma", 666.

II. Fransız Hukukunda

A. Ticaret mahkemelerinde görev

Ticaret mahkemelerinde (tribunal commerce) görev hususu temel olarak Fransız Ticaret Kanunu'nun⁶⁴ (C. com.) L. 721-3. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; tacirler, esnaflar⁶⁵ ile kredi kuruluşları, finansman şirketlerinin kendi aralarındaki veya bunların birbirleriyle ilgili yükümlülüklerine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından ticaret mahkemesi görevlidir. Ayrıca ticaret şirketleri ve ticari işlemlere⁶⁶ ilişkin uyuşmazlıklar da ticaret mahkemesince karara bağlanır.

Madde metninden anlaşıldığı üzere Türk hukukundan farklı olarak Fransız hukukunda hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı ile ilgili olarak C. com art. L. 721-3'te herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Esasen Fransız Kanun koyucusu konuya ilişkin olarak başka bir kanun hükmü de sevk etmemiştir.

Rekabet yasağı ile sıkça karıştırılan ticari nitelik⁶⁷ arz eden haksız rekabet uygulamaları bakımından da temel olarak Fransız Medeni Kanun'un (CC)⁶⁸ 1240. maddesinde yer alan *"kusuru ile başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür"* ve 1241. maddesinde yer alan *"herkes yalnızca filleri ile değil, ihmâl veya tedbirsizliği ile sebep olduğu zarardan da sorumludur"* hükümleri dikkate alınmakta ve bu uygulamalardan zarar görenlere zararın giderilmesi imkanı tanımaktadır.

Bu bağlamda işçinin hizmet sözleşmesinin ifası sırasında öğrendiği müşteri çevresine ilişkin bilgiler ile üretim sırrı, ticari sır niteliğindeki diğer bilgileri kullanmak suretiyle bir esnaf işletmesi veya ticari işletme işletmeye başlaması veya yeni bir ticaret şirketinin kuruluşuna katılması⁶⁹ ⁷⁰ yahut yeni işverenin bu bilgileri ele geçirmek amacıyla işçileri işten ayrılmaya teşvik etmesi, işletmenin çalışma

⁶⁴ Fransız Ticaret Kanunu (Code de Commerce, C. com) için bkz https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000006113738/#LEGISCTA000006113738 (Erişim 01 Eylül 2024).

⁶⁵ C com art. L. 721-3 maddesini değiştiren 18.11.2016 tarihli ve 2016-1547 sayılı Kanun'un 114. maddesi 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten itibaren esnafların kendi aralarındaki veya bir esnaf veya tacir arasındaki uyuşmazlıklar da ticaret mahkemesince karara bağlanmaktadır. Antoine Bolze, "Synthèse:Tribunaux De Commerce", Jurisclasseur, www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01.09.2024), n.13.

⁶⁶ Ticari işlemler C. com art. L. 110-1 ve art. L. 110-2 tahdidi olarak sayılmıştır. Dolayısıyla maddede sayılan yeniden satış için yapılan taşınır veya taşınmaz satım işlemleri, kambyo senetlerine ilişkin işlemler, taşınmaz, ticari işletme, şirket paylarının devri işlemleri, tedarik sözleşmeleri, acentelik sözleşmeleri, elektronik para ve ödeme hizmetleri gibi işlemlerle ilgili uyuşmazlıklar ticaret mahkemelerinde görülmektedir. Hervé Croze, "Tribunal De Commerce. Organisation Et Compétence", Fasc. 10, *Jurisclasseur Procédure Formulaire*, www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01 Eylül 2024), n. 65.

⁶⁷ Fransız Tüketici Kanunu'nun (Code de la consommation, C. con.) L. 121-1. maddesinde; haksız ticari uygulamaların yasak olduğu, mesleki özen yükümlülüğüne aykırı ve orta ölçüde bilgili, dikkatli, özenli tüketicinin herhangi bir mal veya hizmet ile ilgili ekonomik davranışını önemli ölçüde bozan veya bozma olasılığı bulunan uygulamaların haksız olduğu belirtiltikten sonra, Kanun'un devamı maddelerinde kötüleme suretiyle veya aldatıcı veya saldırgan nitelik taşıyan ticari uygulamalara dair örnekler sayılmıştır. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006069565/LEGISCTA000032220949/#LEGISCTA000032227303 (Erişim 01 Eylül 2024); Ancak tacirler ve esnaflar arasındaki haksız rekabetten doğan zararın giderilmesi talepleri bakımından CC. art. 1240-1241 hükümleri uygulanmakta ve C.com. art. L. 721-3 uyarınca ticaret mahkemeleri görevli olmaktadır. Philippe Le Tourneau, Fasc. 255-10: Parasitisme. Régime Juridique, Jurisclasseur Commercial, www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01 Eylül 2024), n. 36.

⁶⁸ Fransız Medeni Kanun'u (Code civil, CC) https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/ (Erişim 01 Eylül 2024).

⁶⁹ Cour de Cassation Chambre commerciale (Cass com.) 07 décembre 2022, n. 21-19.860, www.dalloz.com.fr (Erişim 01 Eylül 2024).

⁷⁰ C.com. art. L. 721-3 gereğince bir uyuşmazlığın ticaret mahkemesince çözülebilmesi için taraflarının her ikisinin de tacir veya esnaf olması gerekmektedir. İşçinin esnaf veya tacir sıfatına sahip olmaması eski işveren ve işçi arasındaki uyuşmazlığın C.com. art. L. 721-3 kapsamında olmadığı anlamına gelmektedir ki, bu durumda adli mahkemeler (tribunal judiciaire) görevlidir. Dolayısıyla işçinin hizmet sözleşmesi ile başka bir ticaret şirketinde çalışmaya başlaması halinde işçiye karşı açılacak haksız rekabet davasının adli mahkemede (tribunal judiciaire) görülmesi gerekir iken, eğer yeni işveren tacir veya esnaf ise kendisine karşı açılacak davanın ticaret mahkemesinde görülmesi gerekmektedir; Yargı reformu kapsamında 01.01.2020 tarihi itibarıyla yapılan değişiklik ile ilk derece mahkemelerinden asliye hukuk (tribunal de grande instance) ve sulh hukuk (tribunal d'instance) mahkemeleri birleştirilmiş ve "tribunal judiciaire" adını almıştır. Söz konusu mahkemenin bir dairesi olan "tribunal proximité" ise değeri 10.000 avroyu geçmeyen uyuşmazlıkların çözümünde görevli hale getirilmiştir. Reform Kanunu için bkz. (LOI n° 2019-222'du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice) için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000038262718/2019-03-25/> (Erişim 01 Eylül 2024).

düzenini bozan (désorganisation d'une entreprise) davranışlar olması sebebiyle haksız rekabet teşkil etmekte ve bu uyuşmazlıkların çözümünde C.com art. L. 721-3 gereğince ticaret mahkemeleri görevli olmaktadır⁷¹.

Öte yandan Fransız hukukunda ivedi yargılama usulü (la procédure de référé) uyuşmazlığın türüne göre hukuk mahkemelerinin (Medeni Usul Kanunu⁷² CPC art. 835), ticaret mahkemelerinin (CPC art. 872) veya iş mahkemelerinin görev alanına (İş Kanunu⁷³ C trav. art. R. 1455-6) giren bir hususa ilişkin olarak meydana gelmesi muhtemel yakın bir zararın veya hukuka aykırı bir davranışın önlenmesi amacıyla koruyucu tedbirlerin alınmasına hizmet ettiğinden, ivedi yargılama hâkimi de (juge des référés commercial)⁷⁴ haksız rekabet uyuşmazlıkları ile ilgili hususlarda karar almaktadır.

B. İş mahkemelerinde görev

Fransız hukukunda iş mahkemelerinde (Conseil de prud'hommes) görev temel olarak C. trav. art. L. 1411-1 ve art. L.1411-6 arasında düzenlenmiştir. C. trav. art. L. 1411-1'e göre; işçi ve işveren arasındaki bir hizmet sözleşmesi ile ilişkili uyuşmazlıklar bakımından iş mahkemesi görevlidir. Dolayısıyla iş mahkemesi; bir hizmet sözleşmesinin bulunduğu, bu hizmet sözleşmesinden kaynaklanan ve bireysel nitelikteki iş uyuşmazlıklarına bakmaktadır⁷⁵. Hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra meydana gelen veya hiçbir koşulda bu sözleşmeye bağlanmayan ihtilaflarda iş mahkemesi görevli değildir⁷⁶.

Diğer yandan C. trav. art. L.1411-4 ile iş mahkemeleri bakımından mutlak nitelikte bir görev kuralı öngörülmüştür. Maddeye göre; "İş Kanunu'nun bu bölümünde belirtilen uyuşmazlıklar ile ilgili olarak iş mahkemesi tek görevli mahkemedir. Aksine sözleşme hükümleri yazılmamış sayılır". İş mahkemesinin hizmet sözleşmeleri ile ilişkili uyuşmazlıklarda "tek görevli mahkeme" olması, münhasır yargılama yetkisine (compétence exclusive) sahip olduğu ve söz konusu düzenlemenin de kamu düzenine ilişkin olduğu anlamına gelmektedir⁷⁷.

Ayrıca CPC art. 49 "mahkemeler herhangi bir sözleşmenin yorumlanması ile ilgili talepler de dahil olmak üzere, görevli olduğu hususlarla ilgili tüm iddia ve savunmalar hakkında karar verir. Başka bir mahkemenin münhasır yargılama yetkisinde (compétence exclusive) olan hususlar istisna teşkil eder" hükmü de iş mahkemelerinde görev bakımından önem arz eden hükümlerden biri olarak gösterilmektedir. Zira söz konusu madde hizmet sözleşmelerinin yorumlanmasının da iş mahkemesinin münhasır yargılama yetkisi dahilinde olduğu anlamına gelmektedir⁷⁸.

C. Rekabet yasağı şartı bakımından görevli mahkeme

⁷¹ Matthieu Poumarède, "La Sanction De L'embauche Déloyale D'un Salarié D'une Entreprise Concurrente: Aux Confins Du Droit Des Affaires Et Du Droit Du Travail", RTD Com, 2012, www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024), s. 652.

⁷² Fransız Medeni Usul Kanunu (Code de Procédure Civile, CPC) [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/\(Erişim 01 Eylül 2024\)](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/(Erişim%2001%20Eylül%202024).).

⁷³ Fransız İş Kanunu (Code du Travail, C trav) [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/\(Erişim 01 Eylül 2024\)](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/(Erişim%2001%20Eylül%202024).).

⁷⁴ Bolze, "Tribunaux de commerce", n. 37.

⁷⁵ C. trav., art. L. 1134-10 gereğince toplu iş uyuşmazlıklarında iş mahkemeleri değil adli mahkemeler görevlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Frédéric Aknin-Amandine Tyssandier, "Conseils De Prud'hommes. Compétence Matérielle", Fasc.1200-50, Jurisclasseur Travail Traité, www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01 Eylül 2024), n.4; Frédéric Aknin- Amandine Tyssandier, "Conseils De Prud'hommes. Compétence Matérielle", "Fasc.81-20, Jurisclasseur Travail Traité, www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01 Eylül 2024), n.79.

⁷⁶ Ayrıca hakkında bir kanun hükmü ile istisna getirilen uyuşmazlıklar da iş mahkemelerinde karara bağlanamaz. Örneğin iş kazaları, meslek hastalıkları ve sosyal güvenlik (C. trav. art. L. 1411-2) ile ilgili uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülmemektedir. Yine tacirler ile onların işçisi niteliğindeki yöneticileri arasındaki işletmeye bağlı şubenin yönetilmesi ile ilgili uyuşmazlık bakımından da iş mahkemesi değil ticaret mahkemesi görevlidir (C. trav. art. L. 7321-1). Jérémy Vidal, "Conseil De Prud'hommes. Contentieux Du Travail", Fasc.1200-40, Jurisclasseur Travail Traité, www.lexis360intelligence.fr, (Erişim 01 Eylül 2024), n.16.

⁷⁷ Yves Picod- Nicolas Dorandeu, "Concurrence Déloyale", Répertoire De Droit Commercial, www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024), n. 249.

⁷⁸ Poumarède, "La Sanction De L'embauche Déloyale", 654.

Fransız hukukunda hizmet sözleşmesinin bitiminden itibaren geçerli olacak şekilde rekabet yasağı şartı (clause de non concurrence) öngörülebilmesine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak emredici hükümlere aykırı olmaması koşuluyla böyle bir şartın sözleşmeye konulabileceği kabul edilmektedir. “İş sözleşmesinin geçerli olması için genel kısımda yer alan kurallara uyulması kaydıyla sözleşmeye başka hükümler konulabileceğine” dair C. trav. art L. 1221-1 hükmünün rekabet yasağı şartına da olanak tanıdığı ifade edilmektedir⁷⁹. Öte yandan rekabet yasağına ilişkin özel bir kanun hükmünün bulunmaması şartın geçerliliği, kapsam ve muhteviyatının daha çok yargı kararları ile şekillenmesini sağlamaktadır⁸⁰.

Fransız Yargıtay’ı Sosyal Dairesi rekabet yasağı şartının belirli bir zaman ve belirli yer ile (bir coğrafi alan) sınırlı olması, ticari faaliyet alanının (taşıma, dekorasyon vs) gösterilmesi, şartın işletmenin ekonomik menfaatlerinin korunması için zorunlu olması ve bu menfaatlerin korunmasını sağlayacak ölçüde olması, işverene yüklenebilen bir karşı edimin (contrepartie financière) bulunması gerektiğini belirtmektedir⁸¹. Saydığımız beş koşuldan herhangi birinin (zaman, yer, belirli faaliyet alanı, işletmenin ekonomik menfaatinin korunması için zorunlu olma, karşı edim) olmaması rekabet yasağı şartının geçersizliğine yol açmaktadır⁸².

Diğer taraftan rekabet yasağı şartı sözleşmeye bağlı ferî nitelikte bir şart (clause accessoire) olarak nitelendirilmekte, şartın temel sözleşme ile ilişkili ve ona bağlı olduğu söylenmektedir. Bu sebeple sözleşmenin geçersizliği rekabet yasağının da geçersiz addedilmesine neden olmaktadır⁸³.

Rekabet yasağına aykırı hareket eden işçiye karşı açılacak dava bakımından ise C. trav. art. L. 1411-1 ve art. 1411-4 birlikte değerlendirilmekte ve iş mahkemesinin işçi ve işveren arasındaki hizmet sözleşmesi ile ilişkili tüm uyuşmazlıkları karara bağlama hususunda tek görevli mahkeme olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁸⁴. Esasen Türk hukukundan farklı olarak Fransız hukukunda rekabet yasağı şartının ihlalden doğan uyuşmazlıklarda iş mahkemesinin görevli olduğu/olması gerektiği hususunda herhangi bir tereddüt/ tartışma bulunmamaktadır.

Asıl tartışma yeni işverene karşı açılan haksız rekabet davasında işçinin rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğinin ticaret mahkemesi tarafından değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ile ilgilidir. Zira yukarıda açıkladığımız üzere ticari nitelik arz eden haksız rekabet davalarında görevli mahkeme ticaret mahkemesidir. Ancak ticaret mahkemesinin haksız rekabet davasında “rekabet yasağı şartını” da yorumlama, bunun sonucuna göre karar tesis etme hususunda görevli olup olmadığı tartışmalıdır.

Fransız doktrininde ileri sürülen bir görüşe göre C. trav. art. L. 1411-1 ve art. 1411-4’ün emredici niteliğinin bu hususta da dikkate alınması ve iş mahkemesinin tek görevli mahkeme olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira CPC art. 49 da; mahkemelerin herhangi bir sözleşmenin yorumlanması ile ilgili talepler de dahil olmak üzere, görevli olduğu hususlarla ilgili tüm iddia ve savunmalar hakkında karar vereceğini, başka bir mahkemenin münhasır yargılama yetkisinde (compétence exclusive) olan hususlar istisna teşkil ettiğini hükme bağlamaktadır⁸⁵.

Bir başka görüşe göre; uygulamada ticaret mahkemelerinin verdiği bazı kararlar ile işçinin rekabet yasağına aykırı davranışına yeni işverenin de katılımının olduğu, bir başka deyişle yeni işverenin işçinin rekabet etmeme yükümlülüğü ile “bağlı olduğunu bildiği” ve buna rağmen işçi ile yeni bir hizmet

⁷⁹ Isabelle Beyneix, “Clause De Non-Concurrence”, Fasc. 18-25, *Juriclasser Travail Traité*, www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01 Eylül 2024), n.21.

⁸⁰ Beyneix, “Clause De Non-Concurrence”, n.21.

⁸¹ Cour de Cassation chambre sociale (Cass. soc.), 10 juillet 2002, n. 00-45.135, www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024).

⁸² Beyneix, “Clause De Non-Concurrence”, n. 33

⁸³ Nicolas Dissaux, “Clause De Non-Concurrence”, Fasc. 256, *Juriclasser Commercial*, www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01 Eylül 2024), n.19-20.

⁸⁴ Beyneix, “Clause De Non-Concurrence”, n. 98; Picod- Dorandeu, “Concurrence Déloyale”, n. 249; Aknin- Tyssandier, Fasc.1200-50, n.56; Aknin-Tyssandier, Fasc.81-20, n.56; Vidal, “Conseil De Prud’hommes”, n. 41; Frédérique Ferrand, “Appel: Effets De L’appel”, *Répertoire De Procédure Civile*, www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024), n. 310.

⁸⁵ Picod- Dorandeu, “Concurrence Déloyale”, n. 246; Alexis Bugada, “Le Contentieux De La Clause De Non-Concurrence Au Travers Des Chambres Sociales Et Commerciales” 1154, *Recueil Dalloz*, D. 2004, www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024), s. 1154.

sözleşmesi akdettiği hallerde, yeni işverenin haksız rekabet nedeniyle sorumluluğuna hükmettiği görülmektedir⁸⁶. Ticaret mahkemeleri eski işverenin zararının giderilmesi talebi ile rekabet yasağı şartının ihlal edilmiş olduğunun tespiti talebinin bağlantılı olduğunu belirterek açılan davaların kabulüne karar vermektedir⁸⁷. Oysa yeni işverenin işçinin davranışından kendisinin sorumlu olmadığı veya geçerli bir rekabet yasağının bulunmadığı yönündeki savunmasının ve buna ilişkin tespitin iş mahkemesinin görev alanı ile de ilgili olduğu açıktır. Bu sebeple ticaret mahkemesinin hizmet sözleşmesinde yer alan şart hakkında karar vermekten kaçınması, bu hususu bekletici mesele yaparak, rekabet yasağı şartının geçerliliği hakkında karar verilene kadar elini davadan çekmesi gerektiği belirtilmektedir⁸⁸. Böylece aralarında bağlantı olan talepler hakkında iki ayrı mahkeme tarafından birbiriyle çelişen kararların verilmesinin önüne geçilebileceği söylenmektedir⁸⁹.

Diğer taraftan bir ihtiyati tedbir kararı verilmesi talebi ile kendisine başvurulana ivedi ticari yargılama hâkiminin (juge des référés commercial), iş mahkemesince rekabet yasağının akıbeti hakkında karar verilmesini beklemek zorunda olmadığı da kabul edilmektedir⁹⁰.

Rekabet yasağı şartının geçerli sayılabilmesi için gereken koşulların bulunmaması, şartın mutlak butlan (la nullité absolue)⁹¹ ile geçersizliğine yol açmaktadır. Örneğin işçiye ödenecek karşı edimin belirli olmadığı veya işçinin ticari faaliyet yürütmesine veya herhangi bir işveren ile hizmet sözleşmesi akdetmesine uzun yıllar mâni olacak ölçüde sınırlamalar getiren rekabet yasağı şartı geçersizdir. Dolayısıyla yalnızca yeni işverene karşı açılan haksız rekabet davasında rekabet yasağı şartının yer aldığı sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen, şartın mutlak butlan ile geçersiz olduğu iddiasını herkes gibi yeni işveren de ileri sürülebilecektir⁹².

Sonuç olarak işçinin ve/veya yeni işverenin davranışı aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiğinde taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde ticaret mahkemesi görevli olmaktadır. Ancak ticaret mahkemesi nihai kararını vermeden önce rekabet yasağının; zaman, yer, belirli faaliyet alanı, işletmenin faaliyetini sürdürmesi için zorunlu olma, karşı edimin kararlaştırılmış olması gibi koşullar bakımından geçerli olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir ki, belirtilen hususta iş mahkemesi görevlidir. Örneğin daha önce sekreter olarak çalışmış olan işçinin, eski işverene ait müşteri bilgilerini de temin ederek bunları yeni işveren ile paylaştığı, bu durumun eski işverenin müşteri portföyünün azalmasına yol açtığı, aynı zamanda rekabet yasağının da ihlal edilmiş olduğu iddiaları ile açılan davada⁹³ ticaret mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmekte, ancak ön sorun olarak rekabet yasağının akıbeti hakkında iş mahkemesince karar verilmesi gerektiği söylenmektedir⁹⁴.

Her ne kadar Fransız Yargıtay'ı Ticaret Dairesi 2013 yılında verdiği kararında C.com. art L. 721-3 gereğince; davacının talebinin haksız rekabet eylemini gerçekleştiren yeni işverene yönelik olduğuna, yeni işverenin savunması kapsamında yer alan rekabet yasağı şartının ticaret mahkemesinin görevli

⁸⁶ Poumarède, "La Sanction De L'embauche Déloyale", 651.

⁸⁷ Nitekim bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketine karşı açtığı haksız rekabet davasında, yeni işverenin yöneticisinin eski işverenin çalışanı olması sebebiyle Paris İstinaf Mahkemesi davalıların *in solidum* sorumluluğunun bulunduğu, taleplerin bölünemez nitelikte olduğuna, ilk derece mahkemesinin davayı karara bağlamasında hukuka aykırı bir yön bulunmadığına karar vermiştir. Ancak bu karar isabetli değildir. Fransız doktrini de söz konusu kararın yerinde olmadığını, davacının talepleri arasında bağlantının olduğunu, ancak söz konusu taleplerin bölünemez nitelikte olduğundan bahsedilemeyeceğini vurgulamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yves Serra "Indivisibilité Et Compétence En Matière De Concurrence Déloyale", 79, *Recueil Dalloz*, D. 1990. www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024), s. 79.

⁸⁸ Poumarède, "La sanction De L'embauche Déloyale", s. 653; Bugada, "Le Contentieux De La Clause de Non-Concurrence s. 1154; Picod- Dorandeu, "Concurrence Déloyale", n. 250.

⁸⁹ Picod- Dorandeu, "Concurrence Déloyale", n. 250.

⁹⁰ Picod- Dorandeu, "Concurrence Déloyale", n. 250.

⁹¹ C. trav. art. L. 1121-1 gereğince hizmet sözleşmesine konulacak bir hüküm ile kişilik hakları ile bireysel ve kolektif özgürlüklere aykırı olan, yerine getirilecek görevin niteliği ile gerekçelendirilmeyen veya izlenen amaçla ve mesleki bir faaliyeti sürdürme özgürlüğü temel ilkesiyle orantılı olmayan kısıtlamalar getirilemez. Bu hükme aykırı sözleşmeler mutlak butlan ile geçersizdir. Poumarède, "La Sanction De L'embauche Déloyale", 657.

⁹² Poumarède, "La Sanction De L'embauche Déloyale", 657.

⁹³ Cass. com., 14 mai 2013, n.12-19.351, www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024).

⁹⁴ Poumarède, "La Sanction De L'embauche Déloyale", 665.

sayılmamasına dayanak teşkil etmediğine, mahkemenin hizmet sözleşmesini yorumlayabileceğine hükmetmiş olsa da⁹⁵, bu yaklaşımından 2021 yılında verdiği bir başka karar ile ayrıldığı, söz konusu kararda C. trav. art. L. 1411-1 ve art. 1411-4 gereğince iş mahkemesinin rekabet yasağı şartı ile ilgili uyuşmazlıklarda tek görevli mahkeme olduğuna, C. com. art. L. 721-3 gereğince yeni işverene karşı açılan haksız rekabet davasında ticaret mahkemesi görevli ise de CPC art. 49 al. 2 dikkate alınarak ticaret mahkemesinin iş mahkemesince verilecek kararı beklemesi gerektiğine hükmetmiştir⁹⁶.

III. Değerlendirme ve Öneriler

Öncelikle Fransız hukukunda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte hizmet sözleşmesi sonrasındaki rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklar bakımından iş mahkemesinin görevli kabul edildiğini belirtmek isteriz. İş Kanun'unda yer alan hükümlere aykırı olmamak kaydıyla tarafların hizmet sözleşmelerine başka hükümler koyabileceklerine dair C. trav. art. L.1221-1 hükmü, hizmet sözleşmesi ile ilişkili uyuşmazlıkların iş mahkemesinde görüleceğine dair C. trav. art. L. 1411-1, iş mahkemesinin İş Kanunu'nda belirtilen hususlarla ilgili olarak tek görevli mahkeme olduğunu düzenleyen C. trav. art.1411-4 hükmü birlikte değerlendirilmekte ve rekabet yasağı şartının ihlali ister hizmet sözleşmesi sırasında ister sonrasında gerçekleşmiş olsun iş mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlığı çözeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Ancak buna rağmen işçinin ve/veya yeni işverenin davranışının haksız rekabet teşkil etmesi, haksız rekabet nedeniyle meydana gelen maddi veya manevi zararın tazmininin talep edildiği hallerde ticaret mahkemelerinin de görevli olduğu ve fakat ticaret mahkemesinin iş mahkemesince hizmet sözleşmesinin geçerliliği hususunda vereceği kararı beklemesi gerektiği söylenmektedir.

Kanaatimizce Türk hukuku bakımından hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı ihlalinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Zira TTK m. 4/1,c hükmü yalnızca rekabet yasağının ihlalinden doğan davaların mutlak ticari dava olduğunu hükme bağlarken, İşK m. 5/1,a işçi ve işveren arasındaki tüm uyuşmazlıklar için görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğunu düzenlemekte, bu yönüyle ilk hüküm özel hüküm niteliğinde iken, sonraki tarihli de olsa ikinci hüküm genel hüküm niteliğinde olmaktadır. Kanun koyucunun önceki tarihli özel hükmün ilga edilmesi yönünde açık bir iradesi olduğu anlaşılmadığı sürece, sonraki tarihli genel hükmün, önceki tarihli özel hükmün yerini alamayacağı kabul edildiğinden⁹⁷ asliye ticaret mahkemelerinin belirtilen uyuşmazlıklar açısından görevli olduğu sonucuna ulaşılması gerekmektedir. Üstelik Kanun koyucu 6762 sayılı eTTK'nın yürürlüğe girmesinden günümüze kadar olan süreçte, göreve ilişkin belirtilen hükmün Kanun'da muhafaza edilmesini arzu etmiş ve böylece asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu hususundaki iradesini ortaya koyarak, bu yöndeki kararlılığını devam ettirmiştir.

Ayrıca hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı ile korunan menfaatin işçinin değil işletmenin menfaati olduğu, işletmelerin riskli yatırım süreçleri sonrasında kurulduğu, zamanla oluşturdukları sır niteliğindeki bilgi ve birikimlerin korunmasının önem arz ettiği, müşteri çevresi, üretim sırrı, iş sırrı, ticari sır niteliğindeki bu bilgilerin emek, yetenekle ve çaba ile ortaya çıkabildiği, sırların işletme ve işletmeyi işleten tacir ile yakından bağlantılı olduğu⁹⁸ ve saydığımız hususlar ile ilgili uyuşmazlıkları en iyi şekilde çözecek mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu açıktır. Benzer şekilde işçinin hizmet

⁹⁵ Cass. com. 14 mai 2013, n.12-19.351, www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024); Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesinin yaklaşımı doktrinde eleştirilirken ticaret mahkemelerinin eski ve yeni işveren ile işçinin menfaatlerini birlikte değerlendirerek hakkaniyete ve iş hukukuna egemen olan ilkelere uygun biçimde karar tesis etmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Marie Malaurie-Vignal, "Clause De Non-Concurrence, Embauche Déloyale D'un Salarié Lié Par Une Clause De Non-Concurrence: Compétence De La Juridiction Commerciale - Contrats Concurrence Consommation n. 8-9, août-septembre 2013, comm. 181, www.lexisintelligence360.fr (Erişim 01 Eylül 2024); Ferrand, "Appel: Effets De L'appel", n. 310; Poumarède, "La Sanction De L'embauche Déloyale", 654.665.

⁹⁶ Cass. com. 09 juin 2021, n. 19-14.485, www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024).

⁹⁷ Pekdiğer-Toprakkaya, "Rekabet Yasağından Doğan", 4011; Sarıkaya, "Küllerinden Doğan Tartışma", 665; Aksi yöndeki görüşler için bkz. Kaşak, "Hizmet Sözleşmesi Sonrası", 3192-3193; Özkaraca ve Özkan Koç, s. 101.

⁹⁸ Pekdiğer-Toprakkaya, "Rekabet Yasağından Doğan", 4008; Sarıkaya, "Küllerinden Doğan Tartışma", 666.

sözleşmesini feshederek başka bir ticaret şirketinde ortak/pay sahibi/yönetici olmasının hüküm ve sonuçları ile işverenin bu sebeple uğradığı zararı ve şirketler topluluğunda yer alan bir şirkette çalışan işçi için yapılan rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamını⁹⁹ da en iyi şekilde asliye ticaret mahkemeleri belirleyecektir.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin TTK m. 5/1,c ve TBK m. 444-447'nin iptali talebi hakkında verdiği kararın da yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak kararda yer alan; işçi açısından karşı edim belirlenmesinin sözleşmenin geçerliliği için zorunlu olmadığı, bu yönde bir hükmün hizmet sözleşmesine her zaman konulabileceği yönündeki gerekçesine katılamıyoruz. Rekabet yasağı şartı ile ilgili sözleşmenin yapılış amacı, daha önce bir hizmet sözleşmesi ile işverene bağlı olarak çalışan işçinin edindiği bilgileri, sözleşmenin sona ermesinden sonra işverenin üretim sırlarının veya müşteri çevresinin kaybına neden olacak şekilde kullanmasına mâni olmaktır. Fakat şartın işçinin ekonomik menfaatlerini önemli ölçüde sınırlamaması, işçinin çalışma hürriyetini ortadan kaldırmaması gerekmekte olup, bunun için işçiye geçimine yetecek miktarda karşı edimin sunulmasını zorunlu kılan bir kanun hükmüne ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle rekabet yasağı sözleşmesinin şartlarını düzenleyen TBK m. 444/2'nin iptaline karar verilerek, karşı edimi de sözleşmenin geçerlilik şartları arasında sayan bir hükmün ihdas edilmesine olanak sağlanması yerinde olurdu. Gerek kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun (CO) 340-340c maddelerinde gerekse TBK m. 444-447'de hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağının aynı şekilde düzenlenmiş olduğu ve yapılan değişikliklere rağmen belirtilen maddelerin kanunlardaki yerlerini korumuş olduğu görülmektedir. Oysa Fransız hukukunda bu yönde herhangi bir düzenleme bulunmamakta, fakat buna rağmen sözleşme özgürlüğü ilkesi bağlamında işçi ve işverenin bir araya gelerek C. trav. art. L.1121-1'de yer alan sınırlamalara da aykırı olmamak şartıyla rekabet yasağı kararlaştırabilecekleri kabul edilmektedir. Süre, yer, belirli ticari faaliyet alanı, işletmenin ekonomik menfaatlerinin korunması için zorunlu olma gibi şartlara ek olarak işverene yüklenecek bir karşı edimin olması ile geçerli bir sözleşme akdedilebilmektedir¹⁰⁰. O halde Türk hukuku bakımından TBK m. 444-447 hükümlerinin muhafaza edilmesi tercih ediliyor ise, en azından sözleşmenin geçerli olması için işçi lehine karşı edim belirlenmesi koşulunun getirilmesi, bunun için gerekli yasal düzenlemenin yapılması uygun olacaktır.

Bir an için Anayasa Mahkemesi'nin TBK m. 444-447 ile TTK m. 5/1,c maddelerinin iptaline karar verdiğini veya yürürlüğe giren yeni bir kanun ile bu maddelerin ilga edildiğini varsayalım. Böyle bir varsayımda tıpkı Fransız hukukunda olduğu gibi işçi ve işveren taraflarının bir araya gelerek sözleşme özgürlüğü ilkesine (TBK m.26) dayanmak suretiyle rekabet yasağı şartı kararlaştırmaları mümkündür. Bu noktada söz konusu şartın Anayasa'nın çalışma ve sözleşme yapma hürriyetine ilişkin hükmüne, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, adaba, kişilik haklarına, İşK ile özellikle iş hukuku ile ilgili uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil etmemesi gerekeceği açıktır. Gerek Anayasa m. 48, TMK m. 23, TBK m. 26-27, İşK'nda yer alan çeşitli hükümler (örneğin yaş küçüklüğü m. 71-73) ile rekabet yasağına dair şartın denetlenmesi mümkün olacaktır. Bu denetimde günümüze değin oluşmuş doktrin görüşleri ve içtihatlardan da yararlanılabilecektir. Ayrıca böyle bir varsayımda TTK m. 5/1,c'nin gerekçe gösterilmesinin önüne geçileceğinden bu uyumsuzluklar bakımından iş mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılabilecek ve asliye ticaret mahkemelerince verilen görevsizlik kararlarının sayısında büyük bir artış olabilecektir. Fakat tıpkı Fransız hukukunda olduğu gibi asliye ticaret mahkemelerinin davacı tarafın taleplerini dikkate almak suretiyle verdikleri aksi yönde kararlarına da rastlanılabilecektir.

⁹⁹ Kaşak, "Hizmet Sözleşmesi Sonrası", 3194-3195; Şirketler topluluğunda kural olarak, şirketlerden biri ile işçi arasındaki hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağına ilişkin hükümler yalnızca işveren şirket bakımından geçerli olmaktadır. Fakat işçinin diğer şirketlerin müşteri çevresi, ticari ya da iş sırrına vakıf olduğu haller istisnadır. Savaş Taşkent- Mahmut Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi* 4/17 (2009), 26; Aybüke Karaca Yağcı, *Bireysel İş Hukukunda Şirketler Topluluğu*, (İstanbul: Oniki Levha yayıncılık, 2022), 148; Dolayısıyla şirketler topluluğuna dahil olan şirketlerin, işveren şirketin, ticari sır, müşteri çevresine ilişkin bilgilerin, işçinin bu bilgilere hâkim olup olmadığının tespiti en iyi şekilde ticaret mahkemesince yapılacaktır.

¹⁰⁰ Beyneix, "Clause De Non-Concurrence", n. 33; Poumarède, "La Sanction De L'embauche Déloyale", 657; Cour de Cassation chambre sociale (Cass. soc.), 10 juillet 2002, n. 00-45.135, www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024).

Bir başka deyişle Anayasa Mahkemesi TBK m. 444-447 ile TTK m. 5/1,c maddelerinin iptaline ilişkin talebi reddederek, hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan davalarda ticaret mahkemelerinin görevli olduğu yönünde karar vermiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi başvuru konusu maddelerin iptaline karar vermiş olsaydı dahi yine de ticaret mahkemeleri rekabet yasağından doğan davaları karara bağlamaya devam edebilirdi. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan davalar bakımından Fransız hukukundaki temel düzenlemeler Türk Hukukundaki düzenlemenin tam aksi yöndedir. Buna rağmen Fransız ticaret mahkemelerinin ve Fransız Yargıtay Ticaret Dairesi'nin, yeni işverene karşı açılan davada işçinin rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğinin de denetlenebileceğine ilişkin kararları bulunmaktadır. Bizim bu çalışmayı kaleme almaktaki temel amaçlarımızdan biri de Fransız mahkemelerinin bu kararlarına işaret etmektir. Esasen her iki hukuk sistemi arasındaki önemli farklılıklara rağmen hukuk daireleri arasındaki görüş ayrılıkları benzerdir. Bu sonucun ortaya çıkmasının temel sebebi davacının rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan talebi ile haksız rekabetin tespiti, men'i, maddi veya manevi zararın giderilmesi, ihtiyari tedbir talebinin bulunup bulunmadığı ile de yakından ilişkilidir¹⁰¹.

Türk hukuku bakımından işverenin işçiye karşı açtığı rekabet yasağından doğan cezai şartın tahsil edilmesine dair talebi ile birlikte haksız rekabetin tespiti, men'i, maddi veya manevi zararın giderilmesi (TTK m. 56), ihtiyari tedbir (TTK m. 61) talebi TTK m. 4/1,a gereğince mutlak ticari davanın konusunu oluşturduğundan asliye ticaret mahkemesi belirtilen uyuşmazlık bakımından görevli olacaktır. Örneğin işçinin diğer işçileri işverene zarar verecek şekilde işten ayrılmaya teşvik etmesi, sosyal medyada işvereni ve işletmesini kötüleyen ibareler kullanması, üretim veya iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmesi (TTK m. 55/1,d) halinde işçinin rekabet yasağı sözleşmesi olsa da, davranış aynı zamanda haksız rekabet teşkil edecek¹⁰² ve bu örnek bakımından asliye ticaret mahkemesi görevli olacaktır. Ayrıca işçi ve işveren arasındaki rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşullarını taşımadığı varsayımında dahi, işçinin davranışının haksız rekabet teşkil edebilmesi mümkündür¹⁰³. Bu örnekte rekabet yasağının geçersiz olduğu sonucuna ulaşılsa dahi, haksız rekabet nedeniyle davalı tarafın sorumluluğu söz konusu olacaktır. Dolayısıyla haksız rekabet ve hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağına ilişkin taleplerin birlikte ileri sürüldüğü davaların asliye ticaret mahkemesince karara bağlanması yerindedir.

Benzer şekilde yeni işverenin rakip şirketin çalışanını dürüstlük kuralına aykırı olarak ayartması halinde de (TTK m. 55/1,b,2-3) işçinin rekabet yasağı olsun ya da olmasın, davranış aynı zamanda haksız rekabet teşkil edecektir¹⁰⁴. Dolayısıyla bu son örnek bakımından da asliye ticaret mahkemesi görevlidir.

Ancak hizmet sözleşmesinin haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedildiği (TBK m. 447) bir başka ifadeyle rekabet yasağının sona erdiği hususu ile ilgili olarak daha önce açılmış bir dava bulunduğu takdirde iş mahkemesi kararı asliye ticaret mahkemesi tarafından bekletici sorun yapılmalıdır (HMK m. 165)¹⁰⁵.

Yargıtay 11 Hukuk Dairesi 03.12.2021 tarihli kararı ile, bölge adliye mahkemelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki görüş ayrılıklarını gidermek üzere hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmiştir. Fakat Yargıtay 9. ve 11. Hukuk Daireleri arasındaki çelişkili kararlar halen mevcudiyetlerini sürdürmektedir. Bu kararlar

¹⁰¹ İşçinin bu davranışları hizmet sözleşmesinin devamı sırasında başlamış olsa da ticaret mahkemesinin görevli olduğu yönünde bkz. Sarıkaya, "Küllerinden Doğan Tartışma", 667; Hizmet sözleşmesinin devamı sırasında sadakat yükümlülüğüne aykırılık aynı zamanda TTK m. 54 vd. kapsamında haksız rekabet teşkil ettiğinde, işverenin sadakat yükümlülüğüne aykırılıktan doğan talepleri ile (İş K. m.25 f.2) haksız rekabetten doğan talep hakları arasında hakların yarışmasının söz konusu olacağı, işverenin dilerse iş mahkemesi dilerse asliye ticaret mahkemesinde dava açabileceği yönünde bkz. Pekdincer-Toprakkaya, "Rekabet Yasağından Doğan", 4010.

¹⁰² Pekdincer-Toprakkaya, "Rekabet Yasağından Doğan", 4012-4013.

¹⁰³ Sarıkaya, "Küllerinden Doğan Tartışma", 667.

¹⁰⁴ Pekdincer-Toprakkaya, "Rekabet Yasağından Doğan", 3969.

¹⁰⁵ Ertan, *İş Sözleşmesinde Rekabet*, 461; Pekdincer-Toprakkaya, "Rekabet Yasağından Doğan", 4011-4012.

arasındaki çelişkinin de giderilmesi için Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca içtihadı birleştirme kararı (Yargıtay Kanunu¹⁰⁶ m. 16/1,c) verilmesi elzemdir.

Sonuç

Fransız hukukunda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, C. trav. art. L.1221-1, C. trav. art. L. 1411-1 ve C. trav. art.1411-4 hükmü birlikte değerlendirilmek suretiyle hizmet sözleşmesinin devamında ve sonrasındaki rekabet yasağından kaynaklanan tüm uyuşmazlıkları iş mahkemesinin çözeceği kabul edilmektedir. Ancak işçinin ve/veya özellikle yeni işverenin davranışının haksız rekabet teşkil etmesi, haksız rekabet nedeniyle meydana gelen maddi veya manevi zararın tazmininin talep edildiği hallerde ticaret mahkemesi görevli olmakla birlikte, iş mahkemesinin hizmet sözleşmesinin geçerliliği hususunda vereceği kararını beklemesi gerektiği kabul edilmektedir.

Türk hukukunda ise hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağından kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olarak kabul edilmelidir. TTK m. 4/1,c hükmü yalnızca rekabet yasağının ihlalden doğan davaların mutlak ticari dava olduğunu hükme bağlarken, İşK m. 5/1,a işçi ve işveren arasındaki tüm uyuşmazlıklar için görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğunu düzenlemektedir. Bu bağlamda TTK m. 4/1,c özel hüküm niteliğinde olup, sonraki tarihli genel hüküm önceki tarihli özel hükmün yerini alamamaktadır. Hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı ile korunmak istenen menfaat işletmeye ilişkindir. İşletmeye dahil olan müşteri çevresine ilişkin bilgilerin, üretim sırrı, iş sırrı, ticari sır niteliğindeki bilgilerin korunması uzun bir süreçte emek, yetenek ve çabanın birlikteliği ile ortaya çıkmaktadır ki, Kanun koyucunun asıl amacı hizmet sözleşmesinin zayıf konumunda olan işçinin durumunu daha da zorlaştırmak değil, saydığımız bilgilerin gizliliğini güvence altına almaktır. Asliye ticaret mahkemesinin uzmanlık alanı içinde ticaret şirketleri, şirketler topluluğu ile bu şirketlerde ortak, pay sahibi, yönetici sıfatıyla bulunan kişilerin hak ve yükümlülükleri de yer almaktadır ki, işçinin hizmet sözleşmesini feshederek başka bir ticaret şirketinde ortak/pay sahibi/yönetici olmasının hüküm ve sonuçları ile işverenin bu sebeple uğradığı zararı ve şirketler topluluğunda yer alan bir şirkette çalışan işçi için yapılan rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamını en iyi şekilde asliye ticaret mahkemeleri değerlendirecektir. Hizmet sözleşmesinin haklı bir sebep olmaksızın feshedildiğine dair daha önce açılmış bir dava bulunduğu takdirde, iş mahkemesi kararı, ticaret mahkemesi tarafından bekletici sorun yapılmalıdır (HMK m. 165). Gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan davalarda görevli mahkeme hususunda görüş birliğine varılamadığı görülmektedir. Oysa kamu düzenine ilişkin görev kurallarının görüş ayrılıklarını önleyecek açıklıkta olması önem arz ettiği gibi, Yargıtay Hukuk Dairelerinin birbiriyle çelişen kararlarının son bulması için Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca içtihadı birleştirme kararı alınması da zorunludur.

¹⁰⁶ Yargıtay Kanunu, Resmî Gazete 17953 (08.02.19833), Kanun No. 2797.

Kaynakça

- Akdoğan, İbrahim. *İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Aknin, Frédéric - Tyssandier, Amandine. "Conseils De Prud'hommes. Compétence Matérielle", Fasc.1200-50, *JurisClasseur Travail Traité*. www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01 Eylül 2024).
- Aknin, Frédéric – Tyssandier, Amandine. "Conseils De Prud'hommes. Compétence Matérielle", Fasc.81-20, *JurisClasseur Travail Traité*. www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01 Eylül 2024).
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: BTHAE Yayınları, 28. Baskı, 2022.
- Ayhan, Rıza- Çağlar, Hayrettin- Özdamar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 14. Baskı, 2022.
- Bahtiyar, Mehmet vd. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1. Baskı, 2022.
- Baycık, Gaye. "Bireysel İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016*, 191-201, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Beyneix, Isabelle. "Clause De Non-Concurrence", Fasc. 18-25, *JurisClasseur Travail Traité*, www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01 Eylül 2024).
- Bolze, Antoine. "Synthèse:Tribunaux De commerce". *Jurisclasseur*. www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01 Eylül 2024).
- Bozkurt, Tamer. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2022.
- Börü, Levent- Koçyiğit, İlker. *Ticari Dava*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2021.
- Bugada, Alexis. "Le Contentieux De La Clause De Non-Concurrence Au Travers Des Chambres Sociales Et Commerciales". 1154, *Recueil Dalloz*, D. 2004. www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024).
- Croze, Hervé. "Tribunal De Commerce, Organisation Et Compétence". Fasc. 10, *Jurisclasseur Procédures Formulaire*. www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01 Eylül 2024).
- Çelik, Nuri vd. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 36. Baskı, 2023.
- Dissaux Nicolas. "Clause De Non-Concurrence", Fasc. 256, *Jurisclasseur Commercial*, www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01 Eylül 2024).
- Doğan, Sevil. *İşçinin Rekabet Yasağı, İş Sırrının Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2023.
- Ekmekçi, Ömer vd. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, 2019.
- Ertan, Emre. *İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora tezi, 2012.
- Ferrand, Frédérique. "Appel: Effets de L'appel", *Répertoire de Procédure Civile*. www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024).
- Kar, Bektaş. *İş Yargılaması Usulü*. Ankara: Yetkin Kitabevi, 3. Bası, 2021.
- Kara, Hacı. "Yargıtay'ın Rekabet Yasağında Görevli Mahkeme Konusunda Verdiği Bir Karar Üzerine Değerlendirme". *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/11 (2021), 45-60.
- Karaca Yağcı, Aybüke. *Bireysel İş Hukukunda Şirketler Topluluğu*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2022.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret hukuku I, Giriş, Ticari İşletme*. Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 3. Baskı, 1968.

- Kaşak, Esra. "Hizmet Sözleşmesi Sonrası Rekabet Yasağı Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk (TTK m. 4/1-c, 5/1, 5/a; İŞMK m. 3, 5/1-a Bakımından Bir İnceleme)". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29/4 (2021), 3182-3183.
- Kortaş, Arda. *Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Köme Akpulat, Ayşe. *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2018.
- Le Tourneau, Philippe. "Parasitisme. Régime Juridique", Fasc. 255-10. *Jurisclasseur Commercial*. www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01 Eylül 2024).
- Malaurie-Vignal, Marie. "Clause De Non-Concurrence, Embauche Déloyale D'un Salarié Lié Par Une Clause De Non-Concurrence: Compétence De La Jurisdiction Commerciale, N. 8-9, Août-Septembre 2013. *Contrats Concurrence Consommation*. www.lexisintelligence360.fr (Erişim 01 Eylül 2024).
- Mollamahmutoğlu, Hamdi vd. *İş Hukuku Ders Kitabı: cilt 1*. Ankara: Lykeion, 4. Baskı, 2020.
- Özkaraca,ERCÜMENT vd. "Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme". *Sicil İş Hukuku Dergisi* 45 (2021), 75-104.
- Pekdinçer, Tamer - Toprakkaya, İrem. "Rekabet Yasağından Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin 7036 Sayılı Kanun'un Yürürlüğe Girmesi Sonrasında Değerlendirilmesi". *Legal Hukuk Dergisi* 19/225 (2021), 3965-4020.
- Picod, Yves - Nicolas Dorandeu, "Concurrence Déloyale", *Répertoire De Droit Commercial*. www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024).
- Poroy, Reha – Hamdi, Yasaman. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 19. Basım, 2022.
- Poumarède, Matthieu. "La Sanction De L'embauche Déloyale D'un Salarié D'une Entreprise Concurrente: Aux Confins Du Droit Des Affaires Et Du Droit Du Travail", *RTD Com*, 2012, www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024).
- Sarıkaya, Sinan. "Küllerinden Doğan Tartışma: Rekabet Yasağı Sözleşmesinden (TBK m. 444 vd.) Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Tespitinde Ne Değişti Ne Değişmedi?". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/2 (2021), 654-670.
- Serra, Yves. "Indivisibilité Et Compétence En Matière De Concurrence Déloyale", *Recueil Dalloz*, 1990. www.dalloz.fr (Erişim 01 Eylül 2024).
- Soyer, Polat. "'Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Karşısında Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu". *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 15/60 (2018), 1259-1272.
- Şener, Oruç Hami. *Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Taşkent, Savaş - Kabakçı, Mahmut. "Rekabet Yasağı Sözleşmesi". *Sicil İş Hukuku Dergisi* 4/17 (2009), 21-46.
- Uşan, Fatih. *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003.
- Ülgen, Hüseyin vd. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 6. Baskı 2019.
- Vidal, Jérémy. "Conseil De Prud'hommes. Contentieux Du Travail", Fasc.1200-40, *Jurisclasseur Travail Traité*, www.lexis360intelligence.fr (Erişim 01 Eylül 2024).

Zengin, İbrahim Çağrı. "Pazarlamacının ve İşçinin Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXXV/2 (2017), 792-812.

Mahkeme Kararları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 2008/566 (22 Eylül 2008), www.lexpera.com.tr

YHGK K. 2011/545 (21 Eylül 2011), www.lexpera.com.tr

YHGK K. 2012/109 (29 Şubat 2012), www.lexpera.com.tr

YHGK K. 2013/292 (27 Şubat 2013), www.lexpera.com.tr

YHGK K.2013/1708 (25 Aralık 2013), www.lexpera.com.tr

Yargıtay (Y) 11. HD K. 2021/6811 (03 Aralık 2021), www.lexpera.com.tr

Y. 11. HD K. 2022/697 (27 Ocak 2022), www.lexpera.com.tr

Y. 9. HD K. 2021/16748 (21 Aralık 2021), www.legal.com.tr

9. HD. K. 2024/8758 (20 Mayıs 2024), www.legal.com.tr

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 8 Hukuk Dairesi (HD) K. 2020/415 (20 Şubat 2020), www.lexpera.com.tr

Ankara BAM 9 HD K.2020/94 (23 Şubat 2020), www.lexpera.com.tr

Ankara BAM 20 HD K. 2021/1343 (26 Ekim 2021), www.lexpera.com.tr

Ankara BAM 30 HD K. 2020/513 (11 Kasım 2020), www.lexpera.com.tr

İstanbul BAM 12 HD K. 2021/1677 (11 Kasım 2021), www.lexpera.com.tr

İstanbul BAM 14 HD K. 2021/1482 (24 Aralık 2021), www.lexpera.com.tr

İstanbul BAM 14 HD K. 2021/1481 (02 Aralık 2021), www.lexpera.com.tr

İstanbul BAM 14 HD K. 2021/1429 (25 Kasım 2021), www.lexpera.com.tr

İstanbul BAM 14 HD K. 2021/1444 (25 Kasım 2021), www.lexpera.com.tr

İstanbul BAM 48 HD K.2020/459 (10 Aralık 2020), www.lexpera.com.tr

İzmir BAM 20 HD K. 2021/482 (03 Haziran 2021), www.lexpera.com.tr

İstanbul BAM 13 HD K. 2021/1498 (26 Ekim 2021), www.lexpera.com.tr

İstanbul BAM 13 HD K. 2021/1499 (26 Ekim 2021), www.lexpera.com.tr

İstanbul BAM 13 HD K. 2021/1501 (26 Ekim 2021), www.lexpera.com.tr

İstanbul BAM 13 HD K. 2021/1568 (04 Kasım 2021), www.lexpera.com.tr

İstanbul BAM 13 HD K. 2021/1561 (04 Kasım 2021), www.lexpera.com.tr

İstanbul BAM 32 HD K.2021/1033 (24 Haziran 2021), www.lexpera.com.tr

İstanbul BAM 43 HD K.2021/1209 (14 Ekim 2021), www.lexpera.com.tr

İstanbul BAM 43 HD K.2021/760 (21 Haziran 2021), www.lexpera.com.tr

İzmir BAM 11 HD K. 2020/217 (12 Şubat 2020), www.lexpera.com.tr

Anayasa Mahkemesi (AYM) K. 2024/93 (04 Nisan 2024), Resmî Gazete 32568 (06.06.2024).

Cass com. 07 décembre 2022, n. 21-19.860, www.dalloz.com.fr

Cass. soc. 10 juillet 2002, n. 00-45.135, www.dalloz.com.fr

Cass. com. 14 mai 2013, n.12-19.351, www.dalloz.com.fr

Cass. com. 09 juin 2021, n. 19-14.485, www.dalloz.com.fr

Veri tabanları

www.dalloz.com.fr

www.legal.com.tr

www.lexis360intelligence.fr

www.lexpera.com.tr

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

The Case of Jamal Khashoggi and the Right to Life

Murat Balcı¹
Kerim Çakır^{2*}

¹ President of Police Academy,
Ankara, Türkiye,
balci53@hotmail.com,
ror.org/03p6h3k49

² Marmara University Faculty of
Law, Department of Criminal and
Criminal Procedural Law, İstanbul,
Türkiye,
kerimcakir@marmara.edu.tr,
ror.org/02kswqa67

* Corresponding Author

Received: 19.05.2024
Accepted: 08.02.2025
Available Online: 22.05.2025

Abstract: The right to life imposes two main responsibilities on states. On one hand, states are charged with a negative obligation, which implies that states shall refrain from violating the right to life of the people in their territories. On the other hand, states have the positive obligation to ensure effective security that allows people to enjoy their right to life. In other words, states are obligated to protect the people in their territory from fatal acts of aggression. Türkiye's handing of the Khashoggi case over to Saudi Arabia raised the argument that, as a party to the European Convention on Human Rights (ECHR), it had violated the right to life by acting against procedural obligations in the case of the murder of Jamal Khashoggi. This study will briefly discuss the right to life and how states protect it and then examine whether Türkiye and Saudi Arabia had violated Khashoggi's right to life by acting against their procedural obligations regarding investigations and prosecutions that had taken place in Türkiye and Saudi Arabia by Türkiye transferring the Khashoggi case to Saudi Arabia after Jamal Khashoggi's murder.

Keywords: Jamal Khashoggi, Right to Life, Positive Procedural Obligation, Efficient Investigation, Transfer of Proceedings

Introduction

All eyes turned to Türkiye after the dissident Saudi journalist Jamal Khashoggi was heinously murdered in the Saudi Consulate in Istanbul on October 2, 2018. Although he had been known as a supporter of the Saudi regime, Khashoggi's opposition to the Saudi regime deepened after publishing his articles in support of the Arab Spring protests. In 2017, he moved to the U.S. and started writing articles in the *Washington Post* generally criticizing the Saudi regime, especially King Salman.¹ Accessed 17.05.2024. Khashoggi had gone to the Saudi Consulate in Istanbul in the afternoon of September 2, 2018 to obtain official documents for getting married. Once many hours had passed with Khashoggi not coming out of the Consulate after entering, his fiancé Hatice Cengiz informed the authorities. Türkiye and the Consulate attracted the attention of the whole world once Khashoggi was revealed to have been heinously murdered in the Saudi Arabia Consulate.

While the Turkish Presidential Spokesman İbrahim Kalın said that Jamal Khashoggi was still in the Consulate building on September 3, 2018, the Saudi Arabia Government stated that Khashoggi had left the building from the back door² Turkish officials stated that 15 Saudi agents had arrived at the Consulate residence on September 2, 2018, with 10 of them having headed to the Consulate building and some of the conversations among them having been recorded. The recordings involved a suspicious conversation about an assumed premeditated murder.³ In the recordings, Saudi agents were heard

¹ Türkiye Radyo Televizyon Kurumu (TRT) 'Portre: Suudi Arabistan Başkonsolosluğunda katledilen Cemal Kaşıkçı' (TRT Haber, 2020) (accessed 17 May 2024)

² Fatih Selami Mahmutoglu, Türk Ceza Hukuku Derneği "Kovuşturulması Suudi Arabistan'a Nakledilen Cemal Kaşıkçı Dosyasının Adli Yardım Bağlamında Değerlendirilmesi", 1 (accessed 17 May 2024)

³ United Nations High Commissioner for Human Rights (UN HRC), (UN HRC Annex to the Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: Investigation into the unlawful death of Mr. Jamal Khashoggi, 19 June 2019), 20: "At 13:02, inside the Consulate, Mr. Mutreb and Dr. Tubaigy had a conversation just minutes before Mr. Khashoggi entered. Mr. Mutreb asked whether it will "be possible to put the trunk in a bag?" Dr. Tubaigy replied "No. Too heavy." He expressed hope that it would "be easy. Joints will be separated. It is not a problem. The body is heavy. First time I cut on the ground. If we take plastic bags and cut it into pieces, it will be finished. We will wrap each of them." "Leather bags." There was a reference to cutting skin. Dr. Tubaigy also expressed concerns: "My direct manager is not aware of what I am doing. There is nobody to protect me." At the end of the conversation, Mr. Mutreb asked whether "the sacrificial animal" has arrived. At 13:13, a voice said "he has arrived." In these recordings heard by the Special Rapporteur, Mr. Khashoggi's name was not mentioned."

Cite as (ISNAD): Balcı, Murat – Çakır, Kerim. "Cemal Kaşıkçı Davası ve Yaşam Hakkı". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/1 (2025), 267-329. <https://doi.org/10.56701/shd.1486671>

planning to bring Khashoggi back to Saudi Arabia; however, he refused to go back. Afterward, Saudi agents told Khashoggi to text his son, but he nevertheless also refused this offer. Later on, Khashoggi asked, “There is a towel, will you drug me?” to which Saudi agents responded, “We are going to anaesthetize you.” Then the recordings reveal the noise of a commotion, movement, and heavy breathing, as well as a sound indicating the use of a plastic bag.⁴ Although unable to be precisely determined, the hour of Khashoggi’s death is thought to have occurred 10 minutes after entering the Consulate building.⁵

Article 35 of the Vienna Convention on Consular Relations dated April 24, 1963 should be mentioned here as it concerns freedom of communication. According to this provision, “The official correspondence of the consular post shall be inviolable. Official correspondence means all correspondence relating to the consular post and its functions.” Some of the conversations in the Consulate building had been recorded and obtained by Turkish intelligence. This gave rise to a discussion regarding the legality of using these recordings as evidence, despite having been produced for official consular purposes.⁶ Again, the investigation revealed on September 4, 2018 that smoke had been coming out of the backyard of the Consulate building. Witness statements submitted that Saudi agents had burned some documents. After Saudi Arabian authorities declared that meetings about entering the Consulate could start on September 9, Turkish and Saudi agents consulted each other on how the search would take place. On September 11, five Saudi agents were identified as have arrived in Istanbul, three of whom went to the Consulate building on September 12 and left the building on September 13.⁷

After a search warrant was finally issued on September 15, 2018, Turkish officials were allowed to enter the Consulate building to conduct an investigation of the crime scene. A group consisting of Saudi agents accompanied Turkish officials during the investigation. The results of the investigation demonstrated no trace to have been found left at the crime scene of the incident.⁸ On September 19, Saudi authorities claimed that a commotion had occurred between Khashoggi and the agents with regard to Khashoggi being sent back to Saudi Arabia and that Khashoggi had died during this commotion in the Consulate. The investigation conducted by the Office of the Chief Prosecutor of Saudi Arabia charged 11 of the 21 suspects with the offence, five of whom were sentenced to death.⁹ On January 3, 2019, the case was concluded against the 11 individuals, and the hearing was closed. The hearing date hadn’t been announced to the delegates from Türkiye, the United States of America, England, Russia, or China within due time, and translators were not allowed to be brought to the hearings. The date of the second hearing was January 31, and the statements asserted the Khashoggi’s murder to have been an accident.¹⁰ Upon the claim regarding the case being transferred to the Saudi Arabian Courts in the hearing dated April 7, 2022, the Turkish Court decided to transfer the case regarding Jamal Khashoggi’s murder to the Saudi Judicial Authorities.¹¹ The Saudi Arabian Riyadh Criminal Court of the 1st Joint Chamber handed down sentences to eight of the defendants and acquitted others on May 30, 2022. On June 17, 2022, the 11th Assize Court of Istanbul issued judgment of non-suit due to the case of Jamal Khashoggi having been concluded in Saudi Arabia.

⁴ United Nations (UN) High Commissioner for Human Rights, 20.

⁵ United Nations (UN) High Commissioner for Human Rights, 20, gl 39: “The exact time of Mr. Khashoggi’s death could not be confirmed with certainty. The ten minutes reference is based on the fact that after ten minutes, Mr. Khashoggi voice was not heard.”

⁶ Sadullah Özel, “Uluslararası Hukuk Açısından Cemal Kaşıkçı Cinayeti”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DÜHFD) 27/46 (2022, June), 180.

⁷ One of the members of this group was a toxicologist. See. Mahmutoglu, “Kovuşturulması ...”, 4.

⁸ Mahmutoglu, “Kovuşturulması ...”, 4.

⁹ Anadolu Ajansı (AA), ‘Kaşıkçı cinayeti 2’nci yılı geride bıraktı’ (AA, 2020) (Accessed 17 May 2024).

¹⁰ Mahmutoglu, “Kovuşturulması ...”, 5.

¹¹ Anadolu Ajansı (AA), ‘Kaşıkçı cinayeti dava dosyasının Suudi Arabistan’a devrine itiraz reddedildi’ (AA, 2020) (Accessed 17 May 2024).

This paper discusses below whether Khashoggi's right to life had been violated due to the murder resulting from violation of the procedural obligations in relation to the right to life. For this purpose, the paper will briefly explain the right to life below before elaborating on the facts of the Khashoggi case and the relevant legal rules in detail. The last three sections will discuss specific situations that raise concerns as to the procedural rights of victims in order to assess whether transferring the Khashoggi's criminal case to the Saudia Arabia in itself constitutes a violation of Article 2 of the ECHR.

I. The Right to Life

Protecting people's right to life is a state obligation. Other fundamental rights cannot be enjoyed without the right to life, thus effectively protecting that right occupies a prominent place in the human rights pyramid. In parallel with this, criminal law ultimately aims to protect the right to life in accordance with its importance based on this principle. The existence of a human being is an indispensable component of social life and becomes possible simply by safeguarding effective protections for the right to life. Arbitrarily depriving this right renders all the other fundamental rights meaningless and useless.

Protecting the right to life is also critical in terms of social phenomenon. One of the most important responsibilities states have is to guarantee fundamental rights and freedoms, and this responsibility comes to the fore in terms of this particular right. Likewise, creating a sense of confidence is essential in society regarding individuals' lives being under the unconditional protection of the state. Feeling safe in a society is an inherent condition for individuals to be able to exercise their liberties. Imposing sanctions for murder, even in cases where the victim consents to not punishing the offender, reveals the absolute social value of human life.

Article 2 of the ECHR emphasizes the significance of this right in its case law:

*Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of one's life intentionally save in the execution of a sentence of a court following one's conviction of a crime for which this penalty is provided by law.*¹²

A state's obligation as a party to the ECHR is not satisfied by only refraining from the intentional and unlawful taking of life.¹³ It also includes the obligation to protect the life of individuals in its territory against fatal acts of aggression.¹⁴ This obligation also has a procedural aspect. Within the scope of this obligation, States are obliged to conduct an effective investigation into murder cases.¹⁵ States that are a party to the ECHR should adopt the rules of law that seek effective protection for the right to life in practice and should also fulfill their obligation in terms of penalties.¹⁶ Although a conviction is not always expected as a result of an investigation, an investigation is expected to be sufficient enough to identify those who

¹² Protocol No. 13 of the European Convention on Human Rights (ECHR) prohibits imposing the death penalty as a judicial sanction.

¹³ Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2003), 156; Durmuş Tezcan vd., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 204; Kresimir Kamber, *Prosecuting Human Rights Offences*, Brill/Nijhoff, 2017, 218.

¹⁴ Linos-Alexandre Sicilianos, "Preventing Violations of the Right to Life: Positive Obligations under Article 2 of the ECHR", *Cyprus Human Rights Law Review* 3/2 (2014, June), 118; Dimitris Xenos, "Asserting the Right to Life (Article 2, ECHR) in the Context of Industry", *German Law Journal*, 8/3 (March 2007), 231; Kamber, *Prosecuting ...*, 219.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi (AYM), *Serpil Kerimoğlu and others*, Application Application No: 2012/752, (17 June 2013), §54; Natasa Mavronicola, "Taking Life and Liberty Seriously: Reconsidering Criminal Liability under Article 2 of the ECHR", *Modern Law Review* 80/6 (November 2017), 1032; Martine Durocher, "United Nations Mission to Kosovo: In Violation of the Right to Life?", *Criminal Law Forum*, 27/4 (2016, December), 397; Marko Milanović, "The Murder of Jamal Khashoggi: Immunities, Inviolability and the Human Right to Life", *Human Rights Law Review* 20/1 (2020, March), 10.

¹⁶ Theodora Christodoulidou, "The Duty to Investigate and Punish those Responsible for the Deaths of Missing Persons and Its Limits: European Court of Human Rights (ECHR) the Cases of Gurtekin, Akay and Eray and others v Cyprus", *Cyprus Human Rights Law Review* 3/1 (2014, May), 65. See. Anayasa Mahkemesi (AYM), *Binali Camgöz and others*, Application No: 2019/36978, (26 May 2022), §42. Anayasa Mahkemesi (AYM), *Müberra Yılmaz*, Application No: 2019/18532, (16 March 2022), §46.

are responsible for an incident.¹⁷ In addition, Article 17 of the Constitution of the Republic of Türkiye foresees the State as being obligation to take effective measures regarding judicial and administrative means and to examine incidents in order to ensure that the legal system is properly designed to protect the right to life and that the system is duly implemented and applied.¹⁸

As a member state of the UN and a party to the Arab Charter on Human Rights, Saudi Arabia must also respect the right to life.¹⁹ Article 5 of the Arab Charter on Human Rights stipulates: “1. Every human being has the inherent right to life. 2. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.”²⁰

On the other hand, human rights violations in Saudi Arabia and the illegalities in the investigation and prosecution of these violations have been the subject of many reports. These reports provide detailed information about freedoms and rights in Saudi Arabia. For example, Amnesty International publishes reports documenting serious human rights violations and unfair judicial processes in Saudi Arabia. There are detailed documents about the oppression, torture and forced confessions, especially against arrested human rights defenders, journalists and political activists. The organization constantly reports the lack of judicial independence and violation of the right to a fair trial in Saudi Arabia.²¹

The United Nations also monitors the human rights situation in Saudi Arabia and publishes reports.²² In 2017, the United Nations Human Rights Council expressed concern about Saudi Arabia's practices on alcohol prohibition, freedom of expression and fair trials. Although the Saudi Arabian government regularly publishes human rights reports, these reports are generally prepared to defend the government's reforms and avoid external audits.

Illegalities in the investigation and prosecution of human rights violations in Saudi Arabia generally arise from the following factors.

- Fair trial deficiencies: Courts in Saudi Arabia do not comply with international fair trial standards. Often, there is no independence of the judiciary and defenses to the charges are ignored. Additionally, trials are held in secret and defendants have limited access to their lawyers.
- Torture and forced confessions: It is common for security forces to torture detainees. Torture practices in Saudi Arabia often go undetected and unpunished due to the lack of legal controls.
- Lack of international oversight: Saudi Arabia often resists independent oversight by the United Nations and other human rights organizations. This situation creates serious difficulties in the investigation and prosecution of crimes.²³

¹⁷ Levent Emre Özgüç, Bireysel Başvuru İçtihatlarında Yaşam Hakkının Usuli Boyutu: Etkili Soruşturma Yükümlülüğü, 2. (accessed 17 May 2024).

¹⁸ Anayasa Mahkemesi (AYM), *Rahil Dink and others*, Application No: 2012/848, (17 July 2014), §103.

¹⁹ Özel, “Uluslararası ...”, 183.

²⁰ Milanović, “*The Murder*”, 6.

²¹ Featured reports: “The Death Penalty in Saudi Arabia”: Discusses Saudi Arabia's extensive practice of imposing the death penalty. The government's responsibility for the deficiencies in the courts and the violation of the right to defense is emphasized. “Saudi Arabia: The Dark Reality of the Legal System”: This report examines in depth the lack of transparency of judicial processes and the independence of the courts in Saudi Arabia. “Saudi Arabia: A Dark Era for Human Rights”: The steps taken by the government to suppress dissent in 2017 and beyond are detailed. Particular emphasis is placed on the arrest and punishment of women's rights defenders.

²² United Nations, A/RES/60/251; A/HRC/RES/39/6.

²³ The International Service of Human Rights (ISHR) Saudi Arabia: Kingdom must be held to account for suppression of dissent, following murder of journalist and widespread arrest of women's right of defenders (2018, October) (accessed 14 January 2025).

II. Violation of the Right to Life as a Result of Violating Procedural Obligations Regarding

Khashoggi's Murder

A. The general case

If a person dies as a result of an unnatural death as in the Khashoggi murder, the public prosecutor should conduct an investigation to reveal the cause of death and unearth the material facts. Those responsible for the incident who will be prosecuted should be identified before the trial through an effective investigation, and the relatives as well as the public should be satisfied with the decision that are given.

Article 1 of the ECHR provides the legal groundwork for effective investigation. According to this provision, states who are signatories to the ECHR shall secure the rights and freedoms defined in the ECHR, including the right to life (see Art. 2), for everyone within its jurisdiction. Indeed, a state that is party to the ECHR cannot be deemed to have protected the right to life when it does not investigate a suspicious death properly or in some cases where it does not even investigate the incident at all.²⁴ Furthermore, states' obligations to conduct an effective investigation differ from their procedural obligations. The European Court of Human Rights (ECtHR) accepts applications that are made on the grounds no effective investigation has occurred in order to assess whether a state has complied with its procedural obligations.²⁵

In cases involving an unnatural death, the decision can be made that the right to life has been violated as a result of a State not fulfilling its procedural obligations as listed under Article 2 of the ECHR and thus failing to have conducted an effective investigation.²⁶ From the perspective of the ECtHR, the concept of an investigation should not be narrowly interpreted as in national laws because it should cover all the procedural steps carried out by the relevant authorities (i.e., all the stages of the proceedings including the final decision).²⁷

While the ECtHR frequently examine cases where state officials have killed an individual unlawfully, this does not mean a state's procedural obligation to conduct an effective investigation is limited to incidences where an official has caused someone's death unlawfully.²⁸ Therefore, the question about whether Türkiye had conducted an effective investigation into the Khashoggi case will and should be interpreted within the framework of Article 2 of the ECHR.

Türkiye transferred the Khashoggi case to Saudi Arabia, a non-party to the ECHR. For this reason, a problem occurs with regard to assessing liability in case of a breach of a provision of the ECHR. As a contracting state to the ECHR, Türkiye has to take into account its international obligations when transferring a case regarding extradition decisions.²⁹ In the case of a breach of the procedural obligations for conducting an effective investigation into Saudi Arabia as a party of the ECHR, Türkiye would be found responsible for having committed a violation under Article 2.³⁰ If an action is filed for a

²⁴ Osman Doğru, *Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, (Ankara: Council of Europe, 2018), 296; European Court of Human Rights (ECHR) Case of Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary, 17247/13, (26 May 2020), §154.

²⁵ European Court of Human Rights (ECHR), Kalicki v. Poland, 46797/08, (08 December 2015), §50; European Court of Human Rights (ECHR), Durmaz v. Türkiye, 3621/07, (13 November 2014), §53. For decisions see; Doğru, *Yaşama Hakkı*, 296.

²⁶ Xenos, "Asserting the Right to Life", 248; Giovanna Maria Frisso, "The Duty to Investigate Violations of the Right to Life in Armed Conflicts in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", *Israel Law Review*, 51/2 (2018, July), 173; European Court of Human Rights (ECHR), Case of Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary, 17247/13, (26 May 2020), §121.

²⁷ European Court of Human Rights (ECHR), Case of Kotilainen and Others v. Finland, 62439/12, (17 December 2020), §93; see: Doğru, *Yaşama Hakkı*, 297.

²⁸ ECHR, Durmaz v. Türkiye, 3621/07, (13 November 2014), §54.

²⁹ For the 12th High Criminal Court of Istanbul, dissenting opinion regarding the application of the impediment to extradition to the country with the death penalty to the transfer of prosecution as well, see: Mahmutoğlu, "Kovuşturulması ...", 19.

³⁰ For the necessity of the requesting state not to have practices contrary to human rights in the extradition of criminals, see: Saloni Saini, "Law of Extradition", *Supremo Amicus* 12 (2019, December), 85. For the contractual responsibility of the

criminal offence against life, the ECtHR expands the state's procedural obligation starting with the investigation stage up to the sentencing phase. Thus, if a national court gave the decision of non-guilty to the crime against life to obscure material evidence, the state can be found responsible for having violated Article 2 of the ECHR by failing to have fulfilled its procedural obligations.³¹

Article 23 titled "Transfer of Investigation or Prosecution" in the Law on International Judicial Cooperation in Criminal Matters No. 6706. In addition, Article 24 titled "Transfer of Investigation or Prosecution to a Foreign State" of the same act states.

Within the framework of these rules, Türkiye is able to transfer a case in its jurisdiction to a foreign state. Although Law No. 6706 foresees alternative methods with some guaranties for the transfer of proceedings, they must be addressed for any instances of judicial cooperation before the transfer takes place in order to successfully argue that no violation of a fair trial has occurred. Unless these methods are addressed, such as obtaining a video defense of the accused, transferring the prosecution would be unlawful. The 11th Assize Court of Istanbul must have searched how legal order functions in Saudi Arabia, such as the conditions of prosecution, the penalties, and the provisions that foresee impunity, before ordering the trial to be transferred to that jurisdiction. As can be seen below, the 11th Assize Court of Istanbul decided to transfer the case without sufficiently inquiring into the appropriateness of the relevant conditions in Saudi Arabia according to international and national regulations. We should underline that the purpose of transferring the case is to enable a prosecution to be completed in a foreign state should this not be possible in Türkiye.³²

B. The relationship between the independence of the judiciary and violation of the right to life regarding Khashoggi's murder

ECHR assesses the independence of the investigation in terms of the obligation to conduct an effective investigation.³³ It implies that, if the investigation is not conducted by independent authorities, the effectiveness of the investigation will be questionable and not only emphasizes that the independence in question refers to institutional independence but also implies that the people conducting the investigation are to enjoy independence in practice.³⁴ The existence of a hierarchical relationship between investigators and suspects may raise concerns with regard to the independence of an investigation.³⁵ Therefore, any relationship between investigators and suspects/defendants must be averted.³⁶ In broader terms, compromised independence in an investigation into a criminal offence against the right to life would lead to a violation of Article 2 of the ECHR. In the same way, the Turkish Constitutional Court (TCC) emphasizes in investigations where public servants are suspects that those who are responsible for the investigation and those who are in charge of conducting the investigation should be independent from the people involved in the events in question. Moreover, this independence will not just refer to institutional and hierarchical means but also to *de facto* independence.³⁷

extraditing state in the extradition of criminals, see: Faruk Turhan, "Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD)* 8/2 (2018, December), 49.

³¹ European Court of Human Rights (ECHR), Case of A and B v. Georgia, 73975/16, (10 May 2022), §41; See: Doğru, *Yaşama Hakkı*, 324.

³² Mahmutoglu, "Kovuşturulması ...", 16.

³³ Christodoulidou, "The Duty", 64; Durocher, "United Nations", 398; B. C. J. L van Hout (Britt), The Obligation to Investigate Under Article 2 of The European Convention on Human Rights in Iraq, (MA Thesis, Tilburg Law School), 2013, 32; Milanović, "The Murder", 39.

³⁴ European Court of Human Rights (ECHR), Case of Khabirov v. Russia, 69450/10, (12 Jan 2022) §95.

³⁵ Amy M. L. Tan, "The Duty to Investigate Alleged Violations of International Humanitarian Law: Outdated Deference to an International Accountability Problem", *New York University Journal of International Law and Politics* 49/1 (Fall 2016, July), 221; Milanović, "The Murder", 39.

³⁶ Doğru, *Yaşama Hakkı*, 306. In the same direction, see: Douwe Korff, *Right to Life- A Guide to the Implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks No:8 (Belgium: Council of Europe, 2006), 38.

³⁷ Anayasa Mahkemesi (AYM), *Vetha Oğru*, Application No: 2018/25614, (16 June 2022), §89.

In the case of Jamal Khashoggi, some of the defendants were Saudi Arabian state officials who had allegedly taken orders directly from the Crown Prince.³⁸ The basic administrative order of Saudi Arabia states the judiciary to be an independent power, and arrangements are to be made to provide necessary guaranties for the judges to ensure independent and impartial decisions and to avoid interventions in judicial bodies. On the other hand, due to some situations' practical appearance and especially due to the king having the last word in the appointment of high-ranking members of the judiciary, the independence of the judiciary becomes a matter of concern.³⁹ If the Crown Prince, who was alleged to have relationships with the defendants, has a hierarchical influence over the courts, the investigation can't be deemed to be independent. As mentioned earlier, however, the judicial system is to sustain an independent and impartial perception.⁴⁰ In this case, due to the case being transferred to a state where the independence of the judiciary organs is highly disputable, Türkiye's responsibility as a contracting state may rise under Article 2 of the ECHR due to a breach in procedural obligation.

Another matter that can be examined in relation to the independence of the judiciary is having an investigation that is open to public scrutiny.⁴¹ The right to a public trial is also essential in terms of an effective investigation.⁴² On January 3, 2019, a lawsuit was filed in Saudi Arabia regarding Khashoggi's murder; unfortunately, the trial remained unopen to the public.⁴³ Even though representatives from the United States of America, Russia, France, the United Kingdom, China, and Türkiye intended to attend the trial, the facts that the trial date had been announced to the representatives without due time before the trial and that translators were not allowed to enter the courtroom may demonstrate the trial to have lacked sufficient instruments for public scrutiny.⁴⁴ Given that trials are to be conducted as publicly as possible, organizing it in a closed courtroom was problematic in terms of an effective investigation.⁴⁵ Hence, the fact that the prosecution had been transferred to a state where the investigation was not open to public scrutiny and thus no effective investigation could be ensured allows for the argument to be made that Khashoggi's right to life had been violated by Türkiye's failure to fulfill its procedural obligations.

Finally, we ought to state that the existence of alleged active collusion between the murderers and the Saudi state in the Khashoggi murder case had resulted in the violation of the right to life as well.⁴⁶

C. Khashoggi's right to life being violated as a result of impunity based on amnesty and repentance

A decision regarding impunity for a criminal offence against life based on the statute of limitations or general/special amnesty can be considered within the framework of Article 2 of the ECHR. The ECtHR interprets an extended concept of investigation in order to have it encompass trial and judgment phases. Even though Article 2 of the ECHR states that the applicant is not entitled to receive a decision regarding punishment for a third person who'd been previously charged with a criminal offence, national courts should assure that cases involving the criminal offence of murder do not go unpunished, for having these cases go unpunished could cause undesirable erosion in the public's trust of the law.⁴⁷ Undoubtedly, this

³⁸ Mostaghimi, Alex, "Transfer of Criminal Proceedings." *International Enforcement Law Reporter*, 38(4), 2022, April, .157–160. Milanović, "The Murder", 40. The court's relationship with the Prince makes the trial of the accused in Saudi Arabian courts also questionable.

³⁹ Mehmet Ali Yargı, *Suudi Arabistan'ın Yargı Sistemi*, (İstanbul: MÜİF Vakfı Yayınları, 2014), 205.

⁴⁰ Özgüç, Bireysel Başvuru, 3.

⁴¹ Tan, "The Duty to Investigate Alleged" 222; In the same direction, see: AYM, *Müberra Yılmaz*, Application No: 2019/18532, (16 March 2022), §47.

⁴² Korff, *Right to Life*, 37; van Hout (Britt), *The Obligation to Investigate*, 34.

⁴³ Mahmutoglu, "Kovuşturulması ...", 5; Anshita Agrawal, "Murder of Jamal Khashoggi: A Mystery", *International Journal of Law Management & Humanities* 3 (2020, June), 1066.

⁴⁴ Korff, *Right to Life*, 39. Mahmutoglu, "Kovuşturulması ...", 5.

⁴⁵ Doğru, *Yaşama Hakkı*, 322.

⁴⁶ Korff, *Right to Life*, 49.

⁴⁷ Doğru, *Yaşama Hakkı*, 324; Mavronicola, "Taking Life", 1033.

does not imply an obligation that suggests that all prosecutions should result in convictions. Nonetheless, the ECtHR underlines that perpetrators should not be left unpunished, especially for the offences state officials commit against the right to life.⁴⁸

The ECtHR evaluates the statute of limitations and the sentence in the context of an effective remedy and emphasizes that neither general nor special amnesty should be granted.⁴⁹ The Turkish Constitutional Court also states that the requirements of Article 17 of its Constitution⁵⁰ should be respected during the post-investigation phase and remarks that violations of victims' right to life should not be left unpunished.⁵¹

Possibilities do exist in Saudi Arabia for defendants to gain impunity, such as forgiveness and repentance. How amnesty is applied in Saudi Arabia and how a case is closed as a result should be determined. The complete annulment of a conviction would be a situation of impunity.⁵² According to Art. 22 Para. 3 of the Saudi Arabian Code of Criminal Procedure, cases of repentance that fulfill the requirements of the Sharia may be dismissed. Again, Art. 23 Para. 2 of the Saudi Arabian Code of Criminal Procedure states that a criminal case may also be dismissed if the victim or their heirs forgive the defendants.⁵³ According to the same article, this amnesty does not prevent the initiation of a public lawsuit. However, even if a public lawsuit is filed, impunity can appear by way of repentance. As a consequence, Türkiye would be found responsible for having violated Article 2 of the ECHR for breaching procedural obligations by transferring the case to a country where the defendants may unjustifiably go unpunished, due to amnesty and repentance options being able to be claimed in a trial in Saudi Arabia.⁵⁴

D. Failing to start an investigation within a reasonable time and violating the right to life in the case of Khashoggi's murder

Another issue that should be considered in the Khashoggi murder within the scope of the investigation obligation is whether the investigation had begun within a reasonable time and whether evidence had been collected in a timely manner.⁵⁵ In criminal investigations, promptly examining a crime scene and collecting evidence without undue delay are crucial for an effective investigation.⁵⁶ The ECtHR and the Turkish Constitutional Court consider the obligation of an effective investigation as an instrumental obligation and the matter of "taking all necessary measures" contained within this expression to include collecting evidence and conducting the necessary examinations.⁵⁷ Despite Jamal Khashoggi having been murdered on October 2, 2018, Turkish authorities were not able to enter the scene until October 15,

⁴⁸ Xenos, "Asserting the Right to Life", 247; Doğru, *Yaşama Hakkı*, 335.

⁴⁹ European Court of Human Rights (ECHR), *Abdülşamet Yaman v. Türkiye*, 32446/96, (02 November 2004), §55. In the aforementioned decision, an evaluation was made on the fact that the state servant was not left unpunished.

⁵⁰ The wording of the provision is as follows: "Everyone shall have the right to protect and develop their material and moral integrity."

⁵¹ AYM, *Müberra Yılmaz*, Application No: 2019/18532, (16 March 2022), §49.

⁵² Mahmutoglu, "Kovuşturulması ...", 20.

⁵³ "On September 7, 2020, the Riyadh Criminal Court commuted the death sentences of these five individuals to 20-year jail terms after the Khashoggi family pardoned them to spare the death sentence." Mehak Goel, vd., *Murder of Jamal Khashoggi: An International Law Perspective* (2020, October), University of Minnesota Human Rights Library 18. Saudi Arabia Code of Criminal Procedure

⁵⁴ In fact, according to some news sources, the decision was made to end the trial against 11 people after Khashoggi's son tweeted that he had forgiven the defendants. Mahmutoglu, "Kovuşturulması ...", 19-20. Sources: Aljazeera, 'Jamal Khashoggi's son Salah says family 'forgives' killers', (2020, May)

⁵⁵ Frisso, "The Duty to Investigate", 175.

⁵⁶ European Court of Human Rights (ECHR), *Case of Boboc and others v. The Republic of Moldova*, 44592/16, (07 June 2022), §57. Also see: Doğru, *Yaşama Hakkı*, 305.

⁵⁷ Özgüç, *Bireysel Başvuru*, 3; Tan, "The Duty to Investigate Alleged", 222; Also see: Anayasa Mahkemesi (AYM), *Nuray Zencir*, Application No: 2018/3087, (2 February 2022), §53-54; Durocher, "United Nations", 398; van Hout (Britt), *The Obligation to Investigate*, 30.

2018.⁵⁸ In this case, whether the right to life in Article 2 had been violated due to the failure to fulfill the procedural obligations as a result of the investigation being initiated late is worth discussing.

The decisions of the Turkish Constitutional Court note that investigations should be carried out without an unreasonable delay and with due diligence. Although the court takes into consideration that difficulties may be encountered that can hinder the progress of an investigation, authorities should act as promptly as possible to shed light on an incident. Otherwise, state authorities may be viewed as indifferent to unlawful acts, which could then substantially undermine society's confidence in the rule of law.⁵⁹ The fact that the Saudi authorities had rejected the Turkish government's demand to enter the consulate building is one obstacle in conducting the investigation. However, one can argue that taking the suspects into custody would have created an element of pressure on the Saudi authorities so that the necessary permits could have been obtained sooner, the claim being that, despite the obstacles from the Saudi government, Turkish authorities still had reasonable options to which could have resorted.⁶⁰ However, the inviolability of "*Consulate buildings*" in Article 31 of the *Vienna Convention on Consular Relations*.⁶¹ Article 41 of the Convention is titled Personal Immunity of Consular Officers and states.

Based on the above-mentioned provisions, Khashoggi's right to life cannot be said to have been violated by claiming that the Turkish authorities in charge of the investigation had entered the consulate late. Neither can the Turkish authorities be claimed to have not completed the collection of evidence phase in a reasonable time nor ultimately to have not acted in accordance with procedural obligations.⁶² The acts of kidnapping and murder obviously fall outside the scope of official responsibilities. Hence, the inviolability of consulate buildings and immunity of consular officers are not applicable in such cases. Yet, Turkish authorities are argued to have been hesitant to enter the consulate building and to have not taken action against Saudi officers so as not to cause a political crisis.⁶³ Moreover, not taking action prior to obtaining Saudi Arabia's consent is understandable based on the reciprocity principle.⁶⁴

Conclusion

One of the most fundamental duties of a state is to ensure the effective application of the right to life. This right is regarded by many national and international legal rules as an indispensable value that cannot be interfered with. In particular, the wording in Article 2 of the ECHR explicitly supports the importance of the right to life.

States that are parties to the ECHR are obliged to shelter the people in their territories from offences and other conduct that may unlawfully deprive them of their right to life. Because this obligation also involves a procedural aspect, states are required to conduct effective investigations, especially in cases of murder. In the Jamal Khashoggi case, Türkiye sought to fulfill its procedural obligations within the framework of the right to life through an investigation and subsequent prosecution. However, the possibility of a decision on impunity for the defendants in Saudi Arabia's trial through amnesty and repentance may result in Türkiye having violated Article 2 of the ECHR for transferring the case to a state where the procedural rights of the victims are not sufficiently respected. Furthermore, the allegations that collusion had occurred between the murderers and the Saudi administration, as well as

⁵⁸ Mahmutoglu, "Kovuşturulması ...", 15; Milanović, "The Murder", 44.

⁵⁹ AYM, *Vetha Oğru*, Application No: 2018/25614, (16 June 2022), §90.

⁶⁰ Mahmutoglu, "Kovuşturulması ...", 15.

⁶¹ Philemon Y. Yang, *The Inviolability of Diplomatic and Consular Premises in International Law*, (Master Thesis, University of Ottawa), (Ottawa: 1939), 127.

⁶² "While Turkey would have been perfectly within its rights to several consular relations, this would inevitably have deeply aggravated its relations with Saudi Arabia. It is genuinely difficult to say that human rights law could reasonably expect a state to pay such a price, i.e. that the expected political fallout, including possible Saudi retaliation (however unjustified) is worth nothing in the balance and that Turkey's authorities should be owed little or no deference in making this kind of judgement." See Milanović, "The Murder", 45.

⁶³ Özel, "Uluslararası ...", 180–181.

⁶⁴ Özel, "Uluslararası ...", 176. Goel, *Murder of Jamal Khashoggi*, 4.

the questionability of the Saudi judiciary's independence, demonstrates that Türkiye can be found to have failed to fulfill its procedural obligations for the same reasons. Therefore, one can rightfully claim the allegations of Khashoggi's right to life having been violated to have a legitimate basis in the context of Article 2 of the ECHR.

References

- Agrawal, Anshita. "Murder of Jamal Khashoggi: A Mystery". *International Journal of Law Management & Humanities* 3 (2020, June).
- AYM, Anayasa Mahkemesi. Rahil Dink and others, Application No: 2012/848, (17 July 2014). Saini, Saloni, "Law of Extradition." *Supremo Amicus* 12, (2019, December).
- AYM, Anayasa Mahkemesi. Serpil Kerimoğlu and others, Application No: 2012/752, (17 September 2013).
- AYM, Anayasa Mahkemesi. Binali Camgöz and others, Application No: 2019/36978, (26 May 2022). AYM, Anayasa Mahkemesi. Vetha Oğru, Application No: 2018/25614, (frameworkthe a 16 June 2022). AYM, Anayasa Mahkemesi. Müberra Yılmaz, Application No: 2019/18532, (16 March 2022).
- AYM, Anayasa Mahkemesi. Nuray Zencir, Application No: 2018/3087, (02 February 2022). Christodoulidou, Theodora. "The Duty to Investigate and Punish those Responsible for the Deaths of Missing Persons and its Limits: The Cases of Gurtekin, Akay and Eray and others v Cyprus". *Cyprus Human Rights Law Review* 3/1 (2014, May).
- Doğru, Osman. *Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi*. Ankara: Council of Europe, 2018.
- Durocher, Martine. "United Nations Mission to Kosovo: In Violation of the Right to Life?". *Criminal Law Forum* 27/4 (2016, December).
- ECHR, European Court of Human Rights. Case of A and B v. Georgia, 73975/16, (10 May 2022).
- ECHR, European Court of Human Rights. Abdülsamet Yaman v. Türkiye, 32446/96, (02 November 2004).
- ECHR, European Court of Human Rights. Case of Boboc and Others v. The Republic of Moldova, 44592/16, (07 June 2022).
- ECHR, European Court of Human Rights. Durmaz v. Türkiye, 3621/07, (13 November 2014). ECHR, European Court of Human Rights. Kalicki v. Poland, 46797/08, (08 December 2015).
- ECHR, European Court of Human Rights. Case of Khabirov v. Russia, 69450/10. (12 January 2022)
- ECHR, European Court of Human Rights. Case of Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary, 17247/13, (26 May 2020)
- Frisso, Giovanna Maria. "The Duty to Investigate Violations of the Right to Life in Armed Conflicts in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights". *Israel Law Review* 51/2 (2018, July).
- Goel, Mehak – Subramanian, Suraj – Bhatia, Uday – Mishra, Utkarsh. *Murder of Jamal Khashoggi: An International Law Perspective*. (October 2, 2020).
- Gözübüyük, Şeref – Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 4. Baskı, 2003.
- Kamber, Kresimir, *Prosecuting Human Rights Offences*, Brill/Nijhoff, 2017.
- Korff, Douwe. *Right to Life - A Guide to the Implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*. Belgium: Council of Europe, Human Rights Handbooks No:8, 2006.

Kotilainen and Others v. Finland, 62439/12, (17 December 2020).

Mahmutoğlu, Fatih Selami, Kovuşturulması Suudi Arabistan'a Nakledilen Cemal Kaşıkçı Dosyasının Uluslararası Adli Yardım Bağlamında Değerlendirilmesi, <http://www.tchd.org.tr/> . Accessed 17.05.2024.

Mavronicola, Natasa. "Taking Life and Liberty Seriously: Reconsidering Criminal Liability under Article 2 of the ECHR". *Modern Law Review* 80/6 (November 2017).

Milanović, Marko. The Murder of Jamal Khashoggi: Immunities, Inviolability and the Human Right to Life. *Human Rights Law Review* 20/1 (2020, March).

Mostaghimi, Alex. "Transfer of Criminal Proceedings". *International Enforcement Law Reporter*. 38/4 (April 2022).

Özel, Sadullah. "Uluslararası Hukuk Açısından Cemal Kaşıkçı Cinayeti". *DÜHFD* 27/46 (2022, June), 169-199.

Özgüç, Levent Emre. Bireysel Başvuru İçtihatlarında Yaşam Hakkının Usuli Boyutu: Etkili Soruşturma Yükümlülüğü. <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Levent-Emre-0%CC%88zgu%CC%88c%CC%A7-Bireysel-Bas%CC%A7vuru-I%CC%87c%CC%A7tihatlar%C4%B1nda-Yas%CC%A7am-Hakk%C4%B1n%C4%B1n-Usuli-Boyutu.pdf> (17.05.2024).

Sicilianos, Linos-Alexandre. "Preventing Violations of the Right to Life: Positive Obligations under Article 2 of the ECHR". *Cyprus Human Rights Law Review* 3/2 (2014, June).

Tan, Amy M. L. "The Duty to Investigate Alleged Violations of International Humanitarian Law: Outdated Deference to an International Accountability Problem". *New York University Journal of International Law and Politics* 49/1 (Fall 2016, July).

Tezcan, Durmuş – Erdem, Mustafa Ruhan – Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2004.

Turhan, Faruk. "Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme". *SDUHFD* 8/2 (2018, December), 1-87.

UN High Commissioner for Human Rights. Report of the UN High Commissioner for Human Rights. UN HRC Annex to the Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: Investigation into the unlawful death of Mr. Jamal Khashoggi, 19 June 2019.

van Hout (Britt), B. C. J. L. *The Obligation to Investigate Under Article 2 of The European Convention on Human Rights in Iraq*, (MA Thesis Tilburg Law School), 2013.

Xenos, Dimitris. "Asserting the Right to Life (Article 2, ECHR) in the Context of Industry". *German Law Journal* 8/3 (March 1, 2007).

Yang, Philemon Y. *The Inviolability of Diplomatic and Consular Premises in International Law*. (Master Thesis, University of Ottawa), Ottawa Canada: 1939.

Yargı, Mehmet Ali. *Suudi Arabistan'ın Yargı Sistemi*. İstanbul: MÜİF Vakfı Yayınları, 2014.

Internet Sources

University of Minnesota Human Rights Library. "Law of Criminal Procedure - Saudi Arabia Accessed 17.05.2024. http://hrlibrary.umn.edu/research/saudi-arabia/criminal_procedure.html AA,

Anadolu Ajansı. “Kaşıkçı cinayeti 2'nci yılı geride bıraktı” Accessed 17.05.2024. <https://www.aa.com.tr/tr/cemal-kasikci/kasikci-cinayeti-2nci-yili-geride-birakti/1991744>

Aljazeera “Jamal Khashoggi’s son Salah says family ‘forgives’ killers” Accessed 17.05.2024. <https://www.aljazeera.com/news/2020/5/22/jamal-khashoggis-son-salah-says-family-forgives-killers>

TRT Haber, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu. “Portre: Suudi Arabistan Başkonsolosluğunda katledilen Cemal Kaşıkçı” Accessed 17.05.2024. <https://www.trthaber.com/haber/dunya/portre-suudi-arabistan-baskonsoloslugunda-katledilen-cemal-kasikci-476812.html>

WP, Washington Post “Sons of Jamal Khashoggi Forgive His Killers Clearing Pathfor Official Pardons” Accessed 17.05.2024. https://www.washingtonpost.com/world/middle_east/sons-of-jamal-khashoggi-forgive-his-killers-clearing-pathfor-official-pardons/2020/05/22/11d109d0-9c24-11ea-ad79-eef7cd734641_story.html

NYC Times, The Newyork Times. “Khashoggi’s Son Says Family Pardons His Father’s Killers” Accessed 17.05.2024. <https://www.nytimes.com/2020/05/22/world/middleeast/jamal-khashoggi-family-pardon.html>

Article Information Form

Authors Contributions: “Khashoggi’s right to life being violated as a result of impunity based on amnesty and repentance” and “Failing to start an investigation within a reasonable time and violating the right to life in the case of Khashoggi’s murder” titles written by Murat Balcı. Other titles written by Kerim Çakır.

Conflict of Interest Disclosure: No potential conflict of interest was declared by authors.

Artificial Intelligence Statement: No artificial intelligence tools were used while writing this article.

Plagiarism Statement: This article has been scanned by iThenticate.

Kurumsal Yatırımcıların Pay Sahibi Aktivizmi: Hedef Şirketlere Yönelik Fayda ve Sakıncalar

Shareholder Activism by Institutional Investors: Benefits and Drawbacks for Target Companies

Cansu Cindoruk 

Başkent Üniversitesi, Ankara, Türkiye,
cansucindoruk94@gmail.com,
ror.org/02v9bqx10



Öz: Bu çalışma, şirketler hukuku ve sermaye piyasası hukuku bağlamında, kurumsal yatırımcıların pay sahibi aktivizmini incelemeyi amaçlamaktadır. Çalışmada, pay sahibi aktivizmi kavramı tanımlanmakta; aktivist kurumsal yatırımcıların ve hedef alınan şirketlerin öne çıkan nitelikleri detaylı bir şekilde ele alınmaktadır. Bununla birlikte, kurumsal yatırımcılar tarafından uygulanan çeşitli aktivist stratejiler arasında bir ayırım yapabilmek için, pay sahibi aktivizminin farklı biçimlerine iki temel kategori altında genel bir bakış sunulmaktadır. Performans odaklı aktivizm, şirketin mali yapısını iyileştirme ve piyasa değerini artırma gibi hedefler taşıyabilirken; kurumsal yönetim odaklı aktivizm, daha etkin bir yönetim anlayışının geliştirilmesine odaklanmaktadır. Bu bağlamda, çalışma özellikle aktivist kurumsal yatırımcı stratejilerinin hedef şirketler için hem faydalar hem de riskler barındırabileceğini tartışmaktadır. Bununla birlikte, kısa vadeli stratejilerin uzun vadeli sürdürülebilirlik üzerindeki olumsuz etkilerine dair tespit edilen araştırma bulguları da analiz edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Pay Sahibi Aktivizmi, Kurumsal Yatırımcı Aktivizmi, Kurumsal Yatırımcılar, Aktivist Serbest Fonlar, Pay Sahipliği Değeri

Geliş Tarihi/Received: 20.12.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 12.02.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
22.05.2025

Abstract: The present study aims to analyse the shareholder activism of institutional investors with regard to corporate and capital market legislation. Accordingly, the study defines the concept of shareholder activism and comprehensively analyses the distinctive features of activist institutional investors, along with their targeted companies. In order to differentiate between the various activist strategies employed by institutional investors, an overview of different forms of shareholder activism is provided under two main categories. Performance-oriented activism may aim to improve a company's financial structure and increase its market capitalisation, while corporate governance-oriented activism focuses on the development of a more effective governance approach. In this context, the study specifically discusses that activist institutional investor strategies can have both benefits and risks for target companies. Furthermore, research findings on the negative effects of short-term strategies on long-term sustainability are also analysed.

Keywords: Shareholder Activism, Institutional Investor Activism, Institutional Investors, Activist Hedge Funds, Shareholder Value

Extended Abstract

Shareholder activism, led by institutional investors, has emerged as a corrective mechanism in reshaping the dynamics involved in monitoring and control over the management and decision-making in public companies. Conversely, the mounting influence of institutional investors in the capital markets, coupled with their capacity to employ a diverse array of instruments within their high-profit, short-term strategies, has also resulted in value-destroying outcomes for target companies. This research examines the multifaceted nature of shareholder activism, focusing on its impact on target companies, in particular the potential benefits and drawbacks. It also examines the strategies adopted by institutional investors, highlighting their motivations and rationales for their actions.

Shareholder activism is rooted in the concept of shareholder engagement to address perceived inefficiencies or underperformance in a company's governance and operations. Institutional investors use several means to apply their strategies, both with their rights arising from ownership, to advocate for changes that align with their objectives. These changes tend to focus on financial restructuring,

Cite as (ISNAD): Cindoruk, Cansu. "Kurumsal Yatırımcıların Pay Sahibi Aktivizmi: Hedef Şirketlere Yönelik Fayda ve Sakıncaları". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/1 (2025), 330-349. <https://doi.org/10.56701/shd.1604839>

changes in management structure and personnel policy. Institutional investors can catalyze improvements in corporate governance by pursuing a range of strategies, including establishing collaborative dialogues and implementing public campaigns.

Institutional investors engaging in shareholder activism can be broadly categorized into hedge funds, private equity, as well as pension funds. Activist hedge funds frequently employ aggressive or performance-oriented tactics in pursuit of the aim of maximising returns derived from their investments in the target company. These tactics may include advocating for share buybacks, asset divestitures, or higher and more frequent dividend distributions. Private equity funds, in contrast, typically operate with a long-term investment horizon, focusing on corporate governance-related or operational improvements to enhance the target company's value. Pension funds, representing large pools of capital, are prioritising board composition, executive remuneration policies and, in past cases, the removal of takeover defences in target companies. The distinct perspectives and priorities of each type of institutional investor contribute to the diverse landscape of shareholder activism, influencing their interactions with target companies. Each type of institutional investor brings a unique perspective and set of priorities to the activism landscape, shaping their interactions with the target company and its shareholders.

Empirical evidence indicates that certain characteristics make companies more susceptible to becoming targets of activist interventions. The aforementioned characteristics, which include underperformance, low insider ownership and an excess of liquidity, may collectively indicate deficiencies in managerial efficiency or operational effectiveness. Furthermore, public companies with high cash reserves and liquid shares are particularly attractive to activist investors seeking to unlock immediate value. While these traits facilitate activism, they also highlight the complexities of balancing activist investors' interventions with long-term corporate objectives. In light of the above, researchers engaged in analyzing shareholder activism attempt to balance the potential benefits and drawbacks that target companies may experience.

Shareholders' participation in the governance of corporations has been shown to result in substantial benefits for the target company. Activist investors frequently serve as monitors of corporate governance, thereby promoting accountability and transparency. From a financial perspective, shareholder activism frequently results in increased stock prices and improved returns, particularly in instances where performance-driven activism identifies and rectifies inefficiencies. Furthermore, activist campaigns can act as a catalyst for companies to re-evaluate their strategies and operational models in response to external pressures, prompting a shift in strategic direction towards innovation and efficiency.

Despite these benefits, shareholder activism is not without its drawbacks. A common critique of institutional investor activism is that it places an undue emphasis on short-term profits, which may have deleterious effects on long-term value enhancement and sustainability. The tendency towards short-termism, frequently linked with hedge fund activism, can result in decisions that prioritise immediate profitability at the risk of compromising the company's future growth as well as its stability. Furthermore, conflicts of interest among shareholders have the potential to emerge, particularly when activist strategies diverge from the broader interests. Such conflicts have capacity to disrupt decision-making processes, which may result in inefficiencies and discord within the company.

In conclusion, the impact of shareholder activism by institutional investors can be considered a double-edged sword. Although it has the potential to drive corporate reforms, improve governing practices, and enhance shareholder value, it also raises valid concerns regarding short-termism and the reduction of value. A nuanced understanding of these dynamics by academic researchers and regulatory authorities is necessary to harness the benefits of shareholder activism while mitigating its costs. It is therefore unwise to be hasty in forming a firm opinion on this matter. The paper under discussion provides a

comprehensive analysis of activist shareholders' strategies, impacts, and related legal frameworks, thus substantially contributing to the ongoing discourse. It offers valuable guidance for regulators, corporate leaders, and investors navigating this complex landscape.

Giriş

Halka açık anonim şirketlerde pay sahibi aktivizmi kavramı, pay sahiplerinin belli bir amaç doğrultusunda, şirketin yönetimine ilişkin bazı değişiklikleri hayata geçirmek üzere yürüttükleri çeşitli strateji ve faaliyetleri kapsamaktadır. Bu bağlamda aktivist pay sahipleri, hedef şirketin yönetimini etkilemek için pay sahipliğinden doğan haklarını kullanabilecekleri gibi ilgili şirket üzerinde etki yaratmak üzere kişisel görüşmeler veya halka ilişkiler çalışmaları yürütmek gibi fiili araçlardan da faydalanabilmektedir. Bu hususta özellikle, pay sahibi aktivizmi alanında ön plana çıkan bazı kurumsal yatırımcıların faaliyetleri, geniş bir yelpaze oluşturmaktadır.

Tüm bu süreçte aktivist pay sahipleri, öncelikle hedeflenen tedbirleri uygulamaya koymak için belirli bir strateji planlamaktadır. Aktivist pay sahiplerinin bu strateji doğrultusunda, tek başına bir yöntem oluşturabilecek eylem ve faaliyetleri de birer araç olarak değerlendirmeleri mümkündür.¹ Dolayısıyla, özellikle aktivist kurumsal yatırımcıların birbirlerinden farklılaşan amaç ve yaklaşımları doğrultusunda, pay sahibi aktivizminin çok çeşitli formları gözlemlenebilmektedir. Başka bir deyişle, pay sahibi aktivizminin çeşitli görünüşleri ile kavramın, esasen belirli bir kapsam ve sınırlar dâhilinde tüm boyutlarıyla açıklığa kavuşturulması neredeyse imkânsızdır. Bu çalışmada, kurumsal yatırımcıların aktivist pay sahipleri olarak takip ettikleri hedefler ve müdahale yaklaşımlarına bağlı olarak, pay sahibi aktivizmi stratejileri iki temel kategori altında incelenecektir. Kurumsal yatırımcıların farklı yaklaşımlarının, hedef alınan şirketlerde değer azaltıcı etkiler yaratabileceğine dair doktrinel tartışmalar ekseninde, pay sahibi aktivizminin hedef şirketlere yönelik olası fayda ve sakıncaları tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. Pay Sahibi Aktivizmine Genel Bir Bakış

A. Kavram

Pay sahibi aktivizminin, bugüne dek geçirdiği evrim sürecinde çok farklı örnekleri karşımıza çıkmıştır. Bu sebeple, pay sahibi aktivizmi kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde farklı değerlendirmelere temas edilmiştir. Pay sahibi aktivizminin doktrinde yapılan tanımları incelendiğinde, bu kavramın genellikle bir şirketin performansına verilen tepki seçenekleri ile ilgili olarak, *Hirschman* tarafından öne sürülen temel bir sınıflandırma üzerinden ele alındığı görülmektedir.²

Bu temel sınıflandırma çerçevesinde, bir şirketin performans düşüklüğü karşısında harekete geçen pay sahiplerinin, şirket yönetiminden duydukları memnuniyetsizliği iki şekilde göstermeleri mümkündür.³ Buna göre, şirketin yönetiminden memnun olmayan pay sahipleri ya yönetime ilişkin öneri ve itirazlarını dile getirerek (*sesini duyurma/voice*) ya da şirketten çıkma (*exit*) seçeneğini uygulayarak, şirket yöneticileri üzerinde disipline edici bir etki yaratabilmektedir.⁴ Nitekim her iki tepki seçeneğinin

¹ Bu hususta, aktivist pay sahibinin, orta veya uzun vadeli hedeflerini gerçekleştirmek için öncelikle yönetim kurulunda bir koltuk elde etmeye çalışması örnek olarak gösterilebilir. İlgili örnek için ayrıca bkz. Martin Schockenhoff – Johannes Culmann, "Shareholder Activism in Deutschland", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* (2015), 297.

² Stuart L. Gillan – Laura T. Starks, "The Evolution of Shareholder Activism in the United States", *Journal of Applied Corporate Finance* 19/1 (2007), 55; Anna Faure, *Verantwortung institutioneller Aktionäre im deutschen Aktienrecht* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2019), 69; Han-Kyun Rho, "On Defining Shareholder Activism: Exploring the Terrain for Research", *Corporate Ownership & Control* 4/2 (2006-2007), 305; Marion D. Hartmann, *Shareholder Activism: Benefits and Drawbacks* (Berlin: Peter Lang Verlag, 2014), 5.

³ Albert O. Hirschman. *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (Cambridge: Harvard University Press, 1970), 3-4.

⁴ Bir ticari organizasyon bünyesindeki katılımcılar, söz konusu memnuniyetsizliğe rağmen, herhangi bir şey yapmamayı tercih ederek, "Sadakat (Loyalty)" seçeneğini de benimseyebilir. Bkz. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty*, 76; Ayrıca, "disiplin etkisi" ile ilgili olarak bkz. Sibel Hacımahmutoğlu, "Ortaklığın Kontrolü Pazarı Teorisi ve Ortaklık Yöneticileri Üzerindeki Etkisi", *Banka*

işlevi, şirket yönetimini performans düşüklüğü hakkında uyarmak ve bu tepkiye yol açan yönetim zafiyetleri ile çözüm yöntemlerini araştırmaya yöneltmektir. Esasen, pay sahibi aktivizminin de şirket yönetimi üzerinde doğurduğu etki ve sonuçlar bakımından aynı işlevi yerine getirmesi nedeniyle, bir şirketin yönetim performansına karşılık uygulama alanı bulan eylem seçenekleri arasında değerlendirilmesi mümkündür.

Bu hususta doktrinde, şirket yönetiminin performansına karşı uygulanan eylem türlerinin bir yelpaze oluşturduğu göz önünde bulundurularak, bu yelpazenin iki uç noktası arasında kalan alanın, pay sahibi aktivizmi kapsamında uygulama alanı bulan faaliyetleri temsil edeceği ileri sürülmüştür.⁵ Buna göre, yelpazenin bir ucunda halka açık şirketlerde pay alım satım kararları neticesinde yönetimin performansına karşı görüşlerini öne süren “aktif” yatırımcılar bulunmakta; diğer uçta ise, aleni pay alımı teklifi yoluyla şirket devralmalarının başlatıldığı “kurumsal kontrol piyasası” yer almaktadır.⁶

Buna göre, pay sahibi aktivizmi çerçevesinde uygulanan eylem ve faaliyetler, “kurumsal etki piyasası”⁷ temelinde yürütülmekte; bir şirketin kontrolünü devralmakla ilgili bir amaç taşımaması yönünden diğer benzer kavramlardan ayrılmaktadır.⁸ Bu sebeple, pay sahibi aktivizminin, hedef şirket yönetiminin performansına verilen iki olası tepki biçiminden biri olan şirketten çıkma (*exit*) seçeneği⁹ ile bu yöntemin uygulanmasıyla tetiklenen ve bir şirketin kontrolünün devralınmasına yol açan diğer eylem türlerinde farklı bir yaklaşım olduğunu belirtmek gerekir.¹⁰

B. Kökenleri

Pay sahibi aktivizmine dair uygulama örneklerinin ilk olarak 20. yüzyılın başlarından itibaren Amerika Birleşik Devletleri'nde gözlemlendiği söylenebilir. Bununla birlikte, pay sahibi aktivizmi kavramı, özellikle kurumsal yatırımcıların sermaye piyasalarındaki artan etkisiyle birlikte, esasen son otuz yıl içinde günümüzdeki anlamına kavuşmuştur.¹¹ Başlangıçta, daha çok kamu ve özel emeklilik fonları (*public or private pension funds*) tarafından yürütülen aktivist girişimler sonucunda, hedef şirketlerin yönetiminde önemli değişikliklere zemin hazırlanmıştır.¹² Örneğin, 1970 yılında Amerika Birleşik Devletleri Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi tarafından verilen öncü nitelikteki bir kararda, önemli bir kimyasal madde üreticisi olan “The Dow Chemical” unvanlı şirket tarafından reddedilen; Vietnam

ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER) 23/3 (2006), 259; Henry G. Manne, “Cash Tender Offers for Shares: A Reply to Chairman Cohen”, *Duke Law Journal* 2 (1967), 236 vd.

⁵ Gillan - Starks, “The Evolution of Shareholder Activism”, 55.

⁶ Kavramsal olarak, anonim şirketlerde pay sahiplerinin “etki arayışı” ile “kontrol arayışı” arasında bir ayrım yapmak gerekir. Bu eylem seçenekleri, ulaşılmak istenen amaç açısından birbirinden ayrılmaktadır. Bununla birlikte, birbirleriyle bağlantılı olan bu olgular, doktrinde “kurumsal etki piyasası” ve “kurumsal kontrol piyasası” çerçevesinde ele alınmakta, ancak aynı temeller üzerinde gelişim göstermektedir. Bkz. Brian Cheffins – John Armour, “The Past, Present and Future of Shareholder Activism by Hedge Funds”, *Journal of Corporation Law* 37/1 (2011), 58-59; Henry G. Manne, “Mergers and the Market for Corporate Control”, *Journal of Political Economy* 73/2 (1965), 112.

⁷ Paul Rose – Bernard S. Sharfman, “Shareholder Activism as a Corrective Mechanism in Corporate Governance”, *Brigham Young University Law Review* 5 (2014), 1015.

⁸ Bu sebeple, anonim şirket devralmalarına yönelik işlem ve ilgili düzenleyici kurallar (takeover regulations), her ne kadar uygulamada görülen yüksek ilgi düzeyleri bulunsu da burada tartışılmakta olan, katılım sağlanan bir şirketin üzerinde etki kurma çabasından ayırt edilerek çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır. Aynı yönde bkz. Faure, *Verantwortung institutioneller Aktionäre*, 68.

⁹ Şirketten çıkma (*exit*) seçeneğinin, pay sahibi aktivizmi kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Ekrem Solak, “Birleşik Krallık ve Avrupa Birliği Hukukları Kapsamında Pay Sahibi Aktivizmi Düzenlemeleri”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/2 (2019), 131-132.

¹⁰ Bu hususta, Gillan ve Starks tarafından “...try to bring about change within the company without a change in control” ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Gillan - Starks, “The Evolution of Shareholder Activism”, 56; Ayrıca, “non-control related monitoring” ifadesinin kullanımı için bkz. Hartmann, *Shareholder Activism*, 7; Ayrıca bkz. Maria Goranova - Lori Verstegen Ryan, “Shareholder Activism: A Multidisciplinary Review”, *Journal of Management* 40/5 (2014), 1241.

¹¹ Jay W. Eisenhofer – Michael J. Barry, *Shareholder Activism Handbook* (New York: Wolters Kluwer, 2005), 72.

¹² Gillan - Starks, “The Evolution of Shareholder Activism”, 56.

Savaş'ında kullanılmak üzere üretilen napalm satışının yasaklanmasına dair bir pay sahibi önerisinin, pay sahiplerinin oylamasına sunulması gerektiği ifade edilmiştir.¹³

Erken dönemde, hedef şirketlere yönelik daha çok sosyal ve toplumsal nitelikteki talepler ileri sürülürken, zamanla sermaye piyasalarının gelişmesi ve farklı yatırım stratejilerine sahip kurumsal yatırımcıların artan faaliyetleriyle birlikte pay sahibi aktivizmi olgusu da ekonomik motivasyonlara dayalı bir akım olarak ivme kazanmıştır. Özellikle, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1985 yılında kurulan "Kurumsal Yatırımcılar Konseyi (*Council of Institutional Investors*)", halka açık şirketlerde kurumsal yatırımcılar ve onların menfaat sahipleri adına, yatırımlarının uzun vadeli değerini artıracak politikaların geliştirilmesini teşvik edici bir rol üstlenmiştir.¹⁴ Böylelikle Konsey, halka açık şirketlerin yönetim ve işleyişinde, pay sahiplerinin etkinliğini artırmak üzere kurumsal yatırımcılara destek sağlayarak pek çok aktivist pay sahibinin bir araya geldiği bir organizasyona dönüşmüştür. Kurumsal yatırımcıların aktivist pay sahipleri olarak etkinlik kazanmasının ardından, bu alanda önemli aktörler hâline gelen serbest fonlar (*hedge funds*) ve özel sermaye fonlarının (*private equity funds*) daha çok yatırım stratejileriyle bağlantılı faaliyetler yürüttükleri gözlemlenmiştir.¹⁵

Pay sahibi aktivizmi kavramının günümüzdeki anlamını yansıtan önemli bir somut örnek, 2019 yılında aktivist serbest fon "Elliott Management" tarafından, "AT&T Inc." telekomünikasyon şirketinde, sermayenin yaklaşık %1,2'sine karşılık gelen pay sahipliğine dayanarak başlatılan aktivist müdahale sürecidir. Bu olayda, hedef şirketin satın alma stratejilerini, özellikle "Direct TV" ile "Time Warner" şirketlerinin devralınmasını eleştiren aktivist serbest fon, işletme verimliliğini düşüren malvarlıklarının elden çıkarılması ve pay geri alımlarının başlatılması çağrısında bulunmuş; bu sayede, hedef şirkette pay sahipliği değerinin de artırılabilirliğini savunmuştur.¹⁶ Sonuç olarak, hedef şirket aktivist serbest fonun taleplerine yanıt vererek yaklaşık 30 milyar dolar değerinde bir pay geri alım programı başlatmış ve bazı operasyon süreçlerini, işletme birimlerinin devri yoluyla sona erdirmiştir.¹⁷

C. Amaç ve kapsam

Halka açık anonim şirketlerde aktivist pay sahipleri, genellikle finansal nitelikte olan hedefleri takip etmekte ve belli bir amaca ulaşmak için şirketin yönetim ve işleyişinde bazı tedbirleri uygulamaya koymaya çalışmaktadır.¹⁸ Bu bağlamda, aktivist pay sahiplerinin hareket geçme motivasyonunun, genellikle kendi yatırımlarının değerini artırmakla ilgili olduğu söylenebilir.¹⁹ Bu amaç, uzun vadeli bir yaklaşımda, pay sahipliği değerinin en yüksek seviyeye çıkarılmasıyla birlikte ilerler. Ancak, aktivist kurumsal yatırımcılar tarafından takip edilen tüm hedeflerin tek bir ortak noktası vardır. Buna göre, hedef şirkette uygulanması planlanan tüm tedbirler, nihayetinde pay sahiplerinin gelirlerinde bir artışla

¹³ Örnek olay için bkz. Sarah C. Haan. "Civil Rights and Shareholder Activism: SEC v. Medical Committee for Human Rights". *Washington and Lee Law Review* 76/3 (2019), 1168.

¹⁴ Kurumsal Yatırımcılar Konseyi (*Council of Institutional Investors*) hakkında bkz. <<https://www.cii.org/about>>, (E.T. 12.02.2024).

¹⁵ Iman Anabtawi/Lynn Stout. "Fiduciary Duties for Activist Shareholders". *Stanford Law Review* 60/5 (2008), 1277.

¹⁶ Aktivist pay sahipleri tarafından sıklıkla öne sürülen bu taleplerde amaç, nakit kaybına yol açan faaliyetlerin sona erdirilmesi ve varlıkların elden çıkarılmasıyla şirketin performansını yükseltmek ve payların piyasa fiyatını artırmaktır. Ancak bu talepler, bazı durumlarda yalnızca pay sahiplerine daha fazla nakit aktarılmasını hedeflemekte ve bu durum, giderek şirketin ekonomik devamlılığını tehlikeye atması nedeniyle doktrinde eleştirilmektedir. Bu hususta bkz. Cheffins - Armour, "Shareholder Activism by Hedge Funds", 60.

¹⁷ Örnek olay için bkz. Linda Hardesty, "After shaking up AT&T, Elliott Management divests its stake", *Fierce Network* (17 Kasım 2020); Paul R. La Monica, "Activist investor takes a big stake in AT&T, pushing for spinoffs and major changes", *CNN Business* (9 Eylül 2019).

¹⁸ Aynı yönde ve ayrıca bkz. Norbert Klingebiel – Maximilian Klingebiel, "Institutionelle Investoren und Strategien des Shareholder Activism", *Wissenschaftliche Beiträge (WiSt)* 6 (2022), 5; Bernd Graßl – Tobias Nikoleyczik, "Shareholder Activism und Investor Activism", *Die Aktiengesellschaft (AG)* 62/3, 2017, 50; Peter O. Mühlert, "Rechtsschutzlücken bei Short Seller-Attacken – und wenn ja, welche", *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR)* 182 (2018), 106.

¹⁹ Christina Albath, *Shareholder Activism im Rahmen der Hauptversammlung* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2022), 47-48; Patrick Brückner, *Aktivistische Aktionäre: Leitbildgedanken zum Aktionär, rechtliche Beschränkungen aktivistischen Aktionärsverhaltens und Reaktionsmöglichkeiten* (Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 2023), 27.

sonuçlanmalıdır.²⁰ Özellikle kurumsal yatırımcıların birbirlerinden farklılaşan yatırım davranışlarıyla bağlantılı olarak, hedef şirketlerde uygulama alan pay sahibi aktivizminin değişik formları, doktrinde genel olarak iki temel kategoriye ayrılmaktadır.

1. Odak noktasına göre

Aktivist pay sahiplerinin stratejileri, hedef şirketin kurumsal yapısının hangi unsurları üzerine odaklandığına bağlı olarak, iki temel formda karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, aktivist pay sahiplerinin, hedef şirkette uygulamaya çalıştıkları finansal nitelikteki tedbirler ile bu kapsamdaki uygulamalarına, “*performans odaklı aktivizm (performance-driven activism/leistungsbezogenem Aktivismus)*” olarak adlandırılan bir kategoride yer verilmektedir.²¹ Buna göre, performans odaklı aktivizm, öncelikle şirket paylarının piyasa değerini önemli ölçüde yükseltecek ve pay sahiplerine “*daha fazla*” nakit aktarımına yol açacak tedbirleri kapsamaktadır.²² Burada, hedef şirketin mali durumu ile ilgili politikalarının yeniden düzenlenmesi, işletme sermayesinin optimizasyonuna²³ yönelik değişikliklerin uygulanması hedeflenebilir. Amaç, aktivist pay sahibinin malvarlığı değerini azamileştirmek, yani pay sahipliği değerini (*shareholder value*)²⁴ en yüksek seviyeye çıkarmaktır.²⁵ Bu kapsamda, hedef şirketin işletmeleri ve malvarlığı bölümlerinin devri veya çekirdek olmayan varlık satışlarına ilişkin tedbirler ile yatırımlarının nakde çevrilmesini hedefleyen aktivist pay sahibi stratejilerine yer verilebilir.²⁶ Ayrıca, hedef şirketten pay sahiplerine nakit aktarımı sağlamak için yüksek oranda kâr payı (*süper temettü*) ödemeleri ile pay geri alımlarını hedefleyen aktivist pay sahibi stratejileri de bu kapsamda sayılabilir.²⁷ Takip edilen tüm bu hedeflerin, esasen payların piyasa fiyatı üzerinde belirleyici etkisi olan, aynı zamanda şirketin sermaye yapısını, verimliliği ve kârlılığı azami

²⁰ Bu sebeple, genel olarak kurumsal yönetim anlayışını iyileştirme ya da sosyal niteliğe sahip amaçlara yönelik pay sahibi aktivizmi faaliyetleri, ikincil bir nitelik taşımaktadır. Bkz. Hartmann, *Shareholder Activism*, 16; Ayrıca, halka açık şirket yönetimlerinin, sosyal ve çevresel açıdan önem taşıyan konuları, şirketin yönetim politikalarına dâhil etmesi hususunda Avrupa Birliği hukukunda öngörülen düzenlemeler için bkz. Fatih B. Erdem – Cansu Cindoruk, “Corporate Sustainability and the Shareholder Activism Problem”, *Law and Sustainability: Perspectives for Lithuania and Beyond*, ed. Alessio Bartocelli/Dovilė Sagatienė (Krakow: Księgarnia Akademicka Publishing, 2023), 187-189.

²¹ Rose - Sharfman, “Corrective Mechanism”, 1018; Faure, *Verantwortung institutioneller Aktionäre*, 69; Cheffins - Armour, “Shareholder Activism by Hedge Funds”, 56.

²² Rose - Sharfman, “Corrective Mechanism”, 1018.

²³ Finans biliminde “işletme sermayesinin optimizasyonu (working capital optimization/WCM)”, bir işletmenin kârlılığını en üst seviyeye çıkarmak ve işletmenin maliyetlerini en aza indirmek suretiyle, likidite ve kârlılık arasında dengenin sağlanması amacıyla takip edilen stratejiler bütünü olarak açıklanmaktadır. Bkz. Ali İhsan Akgün, “Ekonomik Katma Değer (EVA) ile İşletme Sermayesi Etkinliği Arasındaki İlişki: 2008 Küresel Finansal Kriz Dönemine İlişkin Bulgular”, *Maliye ve Finans Yazıları* 112 (2019), 110.

²⁴ Finans biliminde “*hissedar değeri/pay sahipliği değeri (shareholder value)*”, bir firmanın değerinden şirketin borçları düşüldükten sonra pay sahiplerinin üzerinde hak sahibi olduğu değeri ifade etmektedir. Dolayısıyla bir şirketin işletme faaliyetleri sonucunda değer oluşturulması, pay sahiplerinin özsermaye değerlerinin (*pay sahipliği değeri*) artırılması anlamına gelir. Bu kavram, pay sahiplerinin yatırımları karşılığında elde ettikleri toplam faydayı ifade eden ve onlar için yaratılan bir değerdir. Bu hususta ayrıntılı olarak bkz. Şakir Sakarya, “Hissedar Değeri ve Hesaplaması Üzerine Bir Uygulama”, *Muhasebe ve Finansman Dergisi* 40 (2008), 177-180.

²⁵ Pay sahipliği değeri, aynı zamanda pay sahiplerinin, şirkete getirdiği yatırımları karşılığında elde ettiği toplam kazancın en yüksek seviyeye çıkarılmasını (*maximising shareholder value*) hedefleyen yönetim anlayışını ifade eder. Bu konuda bkz. Alihan Aydın, *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi* (İstanbul: Arıkan Yayınları, 2008), 69; Ünal Tekinalp, “Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının ve Yönetim - Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki”, *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan*, ed. Tuğrul Ansay (Ankara: Turhan Kitabevi, 2003), 229.

²⁶ Cheffins - Armour, “The Past, Present and Future of Shareholder Activism”, 60.

²⁷ Deutsches Aktieninstitut (DAI) - McKinsey&Company (McKinsey), *Investorendialog im Umbruch: Zum Umgang börsennotierter Unternehmen mit aktiven Aktionären* (2009), 25; Rose - Sharfman, “Corrective Mechanism”, 1018; Cheffins - Armour, “The Past, Present and Future of Shareholder Activism”, 60.

seviyeye ulaştırarak şekilde iyileştirmeye yönelik tedbirlerden oluştuğunu söylemek mümkündür.²⁸ Bu kapsamda izlenen stratejiler, genellikle aktivist serbest fonların yaklaşımıyla ilişkilendirilmektedir.²⁹

Performans odaklı olmayan ve “kurumsal yönetim aktivizmi (*corporate governance activism/corporate governance Aktivismus*)” olarak nitelendirilen bir diğer kategoride, aktivist pay sahiplerinin hedef şirkette kurumsal yönetime ilişkin talepleri ile genellikle, yönetim kurulunun yapısal oluşumunu ilgilendiren müdahaleleri yer alır.³⁰ Bu kapsamda, ağırlıklı olarak yönetim organlarının oluşumuna veya hedef şirkette uygulanmakta olan kurumsal yönetim anlayışına ilişkin talepler ileri sürülmektedir.³¹ Dolayısıyla, aktivist pay sahipleri tarafından takip edilen bu tür tedbirler, şirketin yönetimini ilgilendirmekle birlikte, öncelikli olarak şirket paylarının piyasa değerini etkilemekten bağımsızdır.³² Bununla birlikte, performans odaklı aktivizm bağlamında izlenen tedbirlerin uygulanabilmesi için öncelikle, hedef şirketin kurumsal yönetimi ile ilgili bazı değişikliklerin de gerçekleştirilmesi gündeme gelebilmektedir.³³

2. Müdahale yaklaşımına göre

Aktivist pay sahibi stratejileri arasında ikinci bir ayırım kriteri, hedef şirketin yönetimine müdahale etme kararının zamanlamasında yatmaktadır.³⁴ Özellikle, aktivist serbest fonların eylemleri ile bağdaştırılan ve “saldırgan/müdahaleci pay sahibi aktivizmi (*offensive shareholder activism*)” olarak adlandırılan bir kategoride, diğer pay sahibi aktivizmi faaliyetlerine nazaran daha stratejik ve proaktif şekilde yürütülen eylem ve faaliyetler yer almaktadır.³⁵ Bu stratejik yaklaşımlar çerçevesinde, aktivist pay sahipleri, öncelikle hedef şirketin planlanan müdahaleden fayda sağlayıp sağlamayacağını değerlendirmekte ve olumlu bir kanaate ulaştıklarında harekete geçmektedir. Buna göre, hedef şirketin yönetimine müdahale kararı, planlanan tedbirlerin şirketin performansını ve pay sahipliği değerini artırma potansiyeline bağlı olarak alınmaktadır.³⁶ Bu açıdan, ilgili kategori kapsamındaki stratejik yaklaşımlar, belirli bir miktarda pay alımı ile etki yaratma çabası arasındaki zamansal ilişki nedeniyle, “*ex ante*” olarak da nitelendirilir. Bu müdahale yaklaşımı, serbest fonlar tarafından uygulanan pay sahibi aktivizminin tipik bir örneği olarak gösterilmektedir.³⁷

Buna karşılık başta emeklilik yatırım fonları olmak üzere, diğer aktivist kurumsal yatırımcıların faaliyetleri ile bağdaştırılan ve “savunmacı pay sahibi aktivizmi (*defensive shareholder activism*)” olarak nitelendirilen bir diğer kategoride ise, hedef şirketin yönetimine müdahale etme kararının, şirket yönetiminin işlem ve faaliyetlerinde herhangi bir eksiklik görülmesi veya performans düşüklüğünün

²⁸ Bu aktivist strateji türüne ilişkin somut bir örnek olarak, 2005 yılında “Deutsche Börse AG” ile “London Stock Exchange” arasında yaşanan devralma mücadelesi gösterilebilir. Bu süreçte, “Deutsche Börse AG” bünyesindeki aktivist pay sahipleri konumundaki bir grup kurumsal yatırımcı tarafından yürütülen müdahale girişimi sonucunda, “London Stock Exchange”in Deutsche Börse AG tarafından devralınması engellenmiştir. Devralma işleminin sona erdirilmesinin ardından ise “Deutsche Börse AG”, aktivist pay sahiplerinin taleplerine bir pay geri alım programı başlatarak yanıt vermiştir. Örnek olay için bkz. Andreas Engert, “Hedgefonds als aktivistische Aktionäre”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* (2006), 2107; ; Klingebiel - Klingebiel, “Shareholder Activism”, 7.

²⁹ Rose - Sharfman, “Corrective Mechanism”, 1018.

³⁰ Rose - Sharfman, “Corrective Mechanism”, 1018.

³¹ Bu aktivist strateji türünün önemli örnekleri, ABD’de 1990’lı yılların başına kadar büyük ölçekli kamu emeklilik fonları tarafından uygulanmıştır. Bu kapsamda öne sürülen taleplerin ise yaygın olarak birikimli oy sisteminin hayata geçirilmesi, yönetim kurulunun bağımsızlığı ve şeffaflığına ilişkin konulara odaklandığı tespit edilmiştir. Ayrıntılı olarak bkz. Gillan-Starks, “The Evolution of Shareholder Activism”, 57.

³² Faure, *Verantwortung institutioneller Aktionäre*, 69.

³³ Florian Gröntgen, *Operativer Shareholder Activism: Eine rechtliche Analyse des Zusammenspiels von aktivistischen Aktionären und Verwaltungsorganen unter Einbeziehung von Aktionärsrechterichtlinie und ARUG II (RegE)* (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2020), 19; Albath, *Shareholder Activism*, 137.

³⁴ Marcel Kahan – Edward B. Rock, “Hedge Funds in Corporate Governance and Corporate Control”, *University of Pennsylvania Law Review* 155/5 (2005), 1069.

³⁵ Rose - Sharfman, “Corrective Mechanism”, 1034-1035; Faure, *Verantwortung institutioneller Aktionäre*, 70; Cheffins - Armour, “The Past, Present and Future of Shareholder Activism”, 57.

³⁶ Cheffins - Armour, “The Past, Present and Future of Shareholder Activism”, 56-58; Rose - Sharfman, “Corrective Mechanism”, 1035.

³⁷ Rose - Sharfman, “Corrective Mechanism”, 1020.

tespit edilmesi durumunda gündeme geldiği eylem ve faaliyetler bulunmaktadır.³⁸ Bu yönüyle, ilgili kategoride incelenen aktivist pay sahibi müdahalelerinin daha reaktif yaklaşım üzerine geliştiği söylenebilir.³⁹ Dolayısıyla, bu kapsamda ele alınan pay sahibi aktivizmi faaliyetleri, bir değer artışından faydalanmaktan ziyade, öncelikle şirketin mevcut değerinin korunmasına yöneliktir.⁴⁰ Hedef şirket paylarının edinilmesiyle arasındaki zamansal ilişki dolayısıyla, bu müdahale yaklaşımı için “*ex post*” ifadesi de kullanılmaktadır.

II. Aktivist Kurumsal Yatırımcılar ve Hedef Alınan Şirketler

A. Başlıca kurumsal yatırımcılar

1. Serbest fonlar (hedge funds)

Serbest fonlar (*hedge funds*), genel kabul gören bir tanımı bulunmamakla birlikte, hukuki sınırlamalara tâbi olmaksızın çeşitli yatırım araçlarını kullanabilen, uzun pozisyon yanında kısa pozisyon da alabilen ve düşük riskle yüksek getiri elde etme fırsatı sunan her tür piyasada yatırım yapabilen fonlar olarak doktrinde ifadesini bulmaktadır.⁴¹ Serbest fonlar, kesin ve sürekli getiri sağlamak için çok çeşitli ve atılğan stratejiler kullanabilmektedir.⁴² Dolayısıyla, oldukça profesyonel yöneticiler tarafından yönetilen bu fonların, katılma payları yalnızca nitelikli yatırımcılara satılmakta; fon getirisinin belirli bir kısmı ise fon yöneticilerine bırakılmaktadır.⁴³

Sermaye Piyasası Kurulu’nun “III-52.1 sayılı Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği”⁴⁴, “Fon Türlerine Özel Esaslar” başlıklı beşinci bölümünde düzenleme altına alınan serbest fonların, ilgili Tebliğ’de yer alan portföy ve işlem sınırlamalarına tâbi olmaksızın, fonun bilgilendirme dokümanlarında yer alan yatırım stratejileri ve limitleri dâhilinde yatırım yapabilecekleri kabul edilmiştir. III-52.1 sayılı Tebliğ m. 25/4’te ise serbest fonların, katılma payları ancak nitelikli yatırımcılara satılabilecek nitelikte fonlarına temas edilmiştir. Görüldüğü üzere serbest fonlar, kullandıkları yatırım stratejileri; yatırım yaptıkları araçlar ya da getiri hedefleri gibi pek çok yönden diğer yatırım fonlarından ayrılmaktadır.⁴⁵ Ayrıca serbest fonlar, sınırlanmış bir yatırımcı grubuna hitap etmek; etkin bir şekilde yönetilmek ve çoğu kez, yatırım riskini ters pozisyon (*hedging/hedge işlemi*)⁴⁶ ile dengelemeye çalışmak gibi öne çıkan belirli özelliklerle de karakterize edilmektedir. Bunun yanı sıra serbest fonların, diğer yatırım fonlarının aksine belirli yükümlülüklerden muaf tutulması ve ve fon yöneticilerinin performansına dayalı teşvik yapısına göre hareket etmesi de pay sahibi aktivizminin en önemli aktörleri olarak ortaya çıkmasında zemin hazırlamıştır.⁴⁷

³⁸ Kahan - Rock, “Hedge Funds”, 1069.

³⁹ Rose - Sharfman, “Corrective Mechanism”, 1035.

⁴⁰ Andreas Jansson, “No Exit!: The Logic of Defensive Shareholder Activism”, *Corporate Board: Role, Duties and Composition Journal* 10/2 (2014), 17.

⁴¹ Tuba Ertugay Yıldız, *Hedge Fonların İşleyişi* (Sermaye Piyasası Kurulu Denetleme Dairesi, Yeterlik Etüdü, 2004), 3; Nurgül Chambers, “Hedge Fonlar”, *Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 1/1 (2008), 5.

⁴² Chambers, “Hedge Fonlar”, 5.

⁴³ Sermaye Piyasası Kurulu (SPKr), *Serbest Yatırım Fonları, Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları* (Erişim 2 Ekim 2023); Ayrıca bkz. Thomas G. Wenninger, *Hedge Fonds im Spannungsfeld des Aktien- und Kapitalmarktrechts: Shareholder Activism und aktienrechtliche Corporate Governance* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009), 37.

⁴⁴ III-52.1 sayılı Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-52.1 sayılı Tebliğ), *Resmî Gazete* 28702 (9 Temmuz 2013).

⁴⁵ Chambers, “Hedge Fonlar”, 6.

⁴⁶ “*Hedging/hedge işlemi*”, üstlenilen yatırım riskini en aza indirecek veya ortadan kaldıracak karşıt bir işlem yapma (ters pozisyon alma) faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım için ve ayrıntılı olarak bkz. Cengiz Yavillioğlu – Güven Delice, “Tezgâh Üstü Türev Piyasaları: Bir Değerlendirme”, *Maliye Dergisi* 151 (2006), 66, dpn. 7.

⁴⁷ Alon Brav vd., “*Hedge Fund Activism, Corporate Governance, and Firm Performance*”, *The Journal of Finance* 63 (2008), 1773; Joachim Faber, “*Institutionelle Investoren (einschließlich Hedgefonds und Private Equity)*”, *Handbuch Corporate Governance: Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis*, ed. Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Axel von Werder (Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag), 223.

2. Özel sermaye fonları (private equity funds)

Özel sermaye fonları (*private equity funds*)⁴⁸, şimdiye kadar payları borsada işlem görmeyen anonim şirketler ile belirli bir süredir ekonomik faaliyetlerde bulunan ticari işletmelere sağladıkları finansman desteği ile tanınmaktadır.⁴⁹ Bununla birlikte, kaldıraçlı devralmalar (*leveraged buyout/LBO*) ve payları borsada işlem gören bir anonim şirketin çoğunluk paylarını satın almak suretiyle hedef şirketi borsa kotundan çıkarmak “(*public-to-private buyout*)” ile ilgili faaliyetleri, uygulamadaki önemli örnekleri oluşturmaktadır.⁵⁰ Ancak, bugüne dek seçtikleri bu yatırım davranışları sebebiyle, pay sahibi aktivizmi faaliyetlerinde bulunmayacakları söylenemez. Gerçekten de, özel yatırım fonlarının, gelecekte amaçları doğrultusunda pay sahibi aktivizmi faaliyetlerine daha sık başvurmaları veya en azından, hedeflerine ulaşmak için diğer aktivist pay sahipleri ile daha çok birlikte çalışmaları beklenmektedir.

Özel sermaye fonları, günümüzde esasen Amerika Birleşik Devletleri’nde sermaye piyasalarının ve pay sahibi aktivizminin önemli aktörleri arasında sayılmaktadır. Özellikle son yirmi yılda, ABD’deki halka açık şirketlerin aktivist pay sahipleri olarak hareket eden özel sermaye fonlarına daha sık rastlanmıştır.⁵¹ Bununla beraber özel sermaye fonlarının, hedef şirkette stratejik veya operasyonel değişikliklerden ziyade genellikle, şirketin kurumsal yönetim anlayışına ilişkin daha genel nitelikteki konulara odaklandıkları tespit edilmiştir.⁵²

3. Özel emeklilik fonları (private pension funds)

Bir emeklilik planının getirilerini finanse etmek amacıyla oluşturulan emeklilik yatırım fonları; yabancı hukuk sistemlerinde kamu hukuku veya özel hukuk düzenlemelerine tâbi olup olmamaları yönünden, kamu ve özel emeklilik fonları (*public or private pension funds*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Yurtdışındaki örneklerine göre kamu emeklilik fonlarının, kamu kurumları tarafından oluşturulan ve zorunlu katılıma dayalı bir plan çerçevesinde emeklilik getirisinin toplandığı varlık havuzu olarak tanımlanması mümkündür.⁵³

Amerika Birleşik Devletleri’nde finansal piyasalarda serbest fonların ortaya çıkışına kadar, kamu ve özel emeklilik fonları pay sahibi aktivizmine başvuran en aktivist kurumsal yatırımcılar olarak

⁴⁸ Doktrinde, özel sermaye fonu kavramı genellikle risk sermayesi veya girişim sermayesi fonlarını (*venture capital funds*) kapsayan bir üst terim olarak ele alınmıştır. Hukukumuzda ise ortak yönlerine rağmen farklı özelliklere sahip olan bu iki yatırım türü arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Ancak, özel sermaye fonları (*private equity funds*) ile girişim sermayesi yatırım fonlarının (*venture capital funds*), özellikle yatırım hedefleri açısından belirli farklılıklara sahip olduğunu belirtmek gerekir. Bu hususta ayrıca bkz. Haşim Bağcı, “Özel Sermaye Fonları”, *Girişimcilik Finansmanı*, ed. Gülşar Kurt Gümüş/Ceyda Yerdelen Kaygın (Ankara: Gazi Kitabevi, 2021), 64; Vance H. Fried vd., “Strategy and the Board of Directors in Venture Capital-Backed Firms”, *Journal of Business Venturing* 13/6, (1998), 495; Joseph A. McCahery – Erik P.M. Vermeulen, “Private Equity and Hedge Fund Activism: Explaining the Differences in Regulatory Responses”, *European Business Organization Law Review* 9 (2008), 539.

⁴⁹ Bağcı, “Özel Sermaye Fonları”, 63-64; Mathias Kestler vd., “Distressed Debt Investments-Insolvenzrechtliche Instrumentarien der Unternehmenssanierung über Fremdkapital”, *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI)* 8 (2005), 419-422.

⁵⁰ Kaldıraçlı devralmalar (*leveraged buy out*) ile ilgili ayrıca bkz. Murat Gürel, *Anonim Şirketin Kendi Paylarının İktisabı Amacıyla Finansal Destek Verme Yasağı*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2014), 40 vd.; M. Fatih Arıcı – Cem, Veziroğlu, *Kaldıraçlı Devralma (Leveraged Buyout) ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 5 vd.; “Public-to-private buyout” yöntemi ile ilgili olarak bkz. Gül Okutan Nilsson, *Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 5.

⁵¹ Özel sermaye fonlarının, ABD’deki sermaye piyasalarında değişen yatırım davranışlarına ilişkin bkz. William W. Bratton – Joseph A. McCahery, *Institutional Investor Activism: Hedge Funds and Private Equity, Economics and Regulation*, ed. William W. Bratton/Joseph A. McCahery, (New York: Oxford University Press, 2015), 5-8.

⁵² Ayrıca doktrinde, özel sermaye fonlarının aktivist pay sahipleri olarak serbest fonlara nazaran daha uzun vadeli hedeflere yöneledikleri de ileri sürülmüştür. Bu hususta bkz. Bratton-McCahery, *Institutional Investor Activism*, 7; Mark Mietzner- Denis Schweizer, “Hedge Funds Versus Private Equity Funds as Shareholder Activists in Germany—Differences in Value Creation”, *Journal of Economics and Finance* 38 (2014), 185.

⁵³ İlgili tanımlar için bkz. İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (Organisation for Economic Co-operation and Development/OECD), *Private Pensions*, OECD Classification and Glossary (10 Ekim 2023); Jeffrey Carmichael – Robert A. Palacios, “A Framework for Public Pension Fund Management”, *Public Pension Fund Management, Governance, Accountability, and Investment Policies: Proceedings of the Second Public Pension Fund Management Conference* (May 2003), ed. Alberto R. Musalem/Roberto J. Palacios, (Washington, DC: World Bank, 2003), 2.

değerlendirilmiştir.⁵⁴ Pay sahibi aktivizmi faaliyetleri, büyük ölçüde pay sahibi önerilerine dayanan emeklilik fonlarının, genellikle yönetim kurulunun yapısı veya devralma savunmalarının (*takeover defences*)⁵⁵ kaldırılması ile ilgili taleplerde bulundukları tespit edilmiştir.⁵⁶ Emeklilik fonlarının, pay sahibi aktivizmi faaliyetlerinde başvurdukları bir diğer yöntem ise, hedef şirkette yönetim kurulu üyeleriyle kişisel görüşmeler gerçekleştirmek ve aynı zamanda, şirket yönetimi üzerinde fiili bir etki yaratmak için medya araçlarından faydalanmak olmuştur.⁵⁷

B. Hedef şirketler

Aktivist kurumsal yatırımcıların, pay sahipliği konumundan doğan hak ve imtiyazları kullanarak⁵⁸, amaçlarına uygun talep ve değişiklik önerilerini yönelttikleri şirketler, yabancı doktrinde “*hedef şirket (target company)*” olarak adlandırılmaktadır.⁵⁹ Bu şirketler ise, halka açık olarak nitelendirilen ve yapısal anlamda bazı spesifik özellikleriyle öne çıkan anonim şirketler olarak, pay sahibi aktivizmine hedef oluşturmaya genellikle müsait bir yapıdadır. Nitekim, pay sahibi aktivizminin etkinliği esasen halka açık anonim şirketlere özgü belirli özelliklere bağlıdır ve hukuki bir sınırlama bulunmamasına rağmen, farklı tür şirketlerde uygulanması oldukça zordur.

Aktivist kurumsal yatırımcıların hedef aldığı şirketler üzerinde yapılan ampirik araştırmalar, bu şirketlerin performans düşüklüğü gibi ortak özelliklere sahip olduğunu göstermektedir.⁶⁰ Bununla birlikte, performans düşüklüğüyle tasvir edilen hedef şirketlerde, “*içeriden mülkiyet/sahiplik (insider ownership)*” oranının da düşük olduğuna dair tespitlere rastlanmaktadır.⁶¹ Ancak, pay sahibi aktivizmi alanında gözlemlenen uygulamalara dair somut verilerin artması ve kurumsal yatırımcıların aktivist pay sahipleri olarak değişen stratejileriyle hedef alınan şirketlerin genel profili de değişmiştir.⁶² Nitekim, günümüzde hedef alınan şirketlerin ayırt edici özellikleri olarak, payların likiditesinin yüksek olması⁶³; şirketin kârlılığı ve düzenli nakit akışları gibi nitelikler üzerinde durulmaktadır.⁶⁴ Bunun yanı sıra, aktivist kurumsal yatırımcıların, hedef şirketten “*daha fazla*” nakit aktarımı sağlamak için yüksek nakit pozisyonuna sahip şirketlere yöneldiklerine ilişkin tespitlere de rastlanmaktadır.⁶⁵ Genel olarak, yüksek halka açıklık oranı; düşük piyasa değeri ve kurumsal sahiplik oranı gibi unsurlar, pay sahibi aktivizmi

⁵⁴ Kahan - Rock, “Hedge Funds”, 1042; Bernard S. Black – John C. Coffee Jr., “Hail Britannia: Institutional Investor Behavior Under Limited Regulation”, *Michigan Law Review* 97/2 (1997), 2012.

⁵⁵ Anonim şirketlerin düşmanca devralmalara karşı geliştirebilecekleri hazırlık önlemleri/devralma savunmaları hakkında ayrıca bkz. Çağlar Manavgat, *Aleni Pay Alım Teklifi (Tender-Offer, Takeover-Bid)* (Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, 1997), 131 vd.

⁵⁶ Jennifer Hawkins – Diane Del Guercio, “The Motivation and Impact of Pension Fund Activism”, *Journal of Financial Economics*, 52 (1999), 294.

⁵⁷ Gillan - Starks, “The Evolution of Shareholder Activism”, 57; Kahan - Rock, “Hedge Funds”, 1043.

⁵⁸ Hedef şirkette pay sahibi olmayan aktivist yatırımcılar, pay sahibi aktivizmi faaliyetlerini yürütmek için yeterli miktarda payı devralmak suretiyle, pay sahipliği konumunu ilk kez elde ediyor da olabilirler. Burada kastedilen, esasen açığa satış yapan aktivist yatırımcılar gibi, hedef şirkette pay sahipliği konumunu üstlenmek ve ortaklık haklarını kullanmakla ilgisi olmayan, yani tamamen farklı bir aktivist davranış modelini, pay sahibi aktivizmi olgusunun kapsamı dışında bırakmaktır.

⁵⁹ “*Hedef şirket (target company/Zielgesellschaft)*” teriminin kullanımı için bkz. Dominik Gerlicher, *Shareholder Activism im Regelungskontext des deutschen Aktien- und Kapitalmarktrechts* (Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2017), 141, dpn. 1115; Stefan Brass, *Hedgefonds als aktive Investoren: Rechtliche Schranken und Rechtspolitische Vorschläge* (Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2010), 25.

⁶⁰ Matthew Denes vd., “Thirty Years of Shareholder Activism: A Survey of Empirical Research”, *Journal of Corporate Finance* 44 (2017), 407; Gillan - Starks, “The Evolution of Shareholder Activism”, 59.

⁶¹ “*İçeriden mülkiyet/ sahiplik (insider ownership)*” oranı, bir şirketin yönetim görevini üstlenen kişilerin, bu şirkette doğrudan veya dolaylı olarak edindikleri esas sermaye paylarının, şirket sermayesine oranını karşılamaktadır. Bkz. Rob Bauer vd., “*Insider Ownership, Governance Mechanisms, and Corporate Bond Pricing Around the World*”, *Journal of International Money and Finance* 117 (2021), V. 117, 1, 2; Gillan - Starks, “The Evolution of Shareholder Activism”, 59.

⁶² Jonathan M. Karpoff, Jonathan M., “The Impact of Shareholder Activism on Target Companies: A Survey of Empirical Findings”, *Governance i praksis: Uluslararası Sempozyum* (2001), 26; Hartmann, *Shareholder Activism*, 14.

⁶³ Likidite oranı yüksek olan şirket payları, borsada hızlı bir şekilde alınıp satılabilmekte; alım satım işlemlerinde yaşanan değer kaybı ise en düşük seviyede gerçekleşmektedir. Bu hususta bkz. Hartmann, *Shareholder Activism*, 14.

⁶⁴ Alon Brav vd., “Hedge Fund Activism: A Review”, *Foundations and Trends in Finance* 4/3 (2010), 20; Klingebiel - Klingebiel, “Shareholder Activism”, 9.

⁶⁵ April Klein – Emanuel Zur, “Entrepreneurial Shareholder Activism: Hedge Funds and Other Private Investors”, *The Journal of Finance* 64/1 (February 2009), 203, dpn. 15; Faure, *Verantwortung institutioneller Aktionäre*, 27.

alanında pratiğe yansıyan birçok örnekte, hedef alınan şirketlerin taşıdığı ortak nitelikler arasında sayılabilir. Ancak, pay sahibi aktivizmine hedef olma olasılığını arttıran faktörleri, tam anlamıyla daraltan bir sınıflandırma yapmak mümkün değildir.⁶⁶

III. Kurumsal Yatırımcıların Pay Sahibi Aktivizmine Yönelik Değerlendirmeler

Pay sahibi aktivizminin, özellikle aktivist serbest fonlar gibi daha sofistike stratejiler izleyen kurumsal yatırımcılar söz konusu olduğunda, hedef şirketler üzerinde uzun vadede ne gibi sonuçlar doğuracağı yönünden doktrinde farklı görüşlere rastlanmaktadır. Bu hususta, kısa vadeli yatırım ufkuna sahip aktivist kurumsal yatırımcıların, hedef şirketlerin yönetimini, kısa vadede değeri artıran ancak uzun vadede değer kaybına yol açan tedbirler uygulamaya teşvik edebileceği endişesi, doktrinel tartışmalarda kurumsal yatırımcıların aktivist stratejilerine karşı en yaygın eleştirilerden biri olarak öne çıkmaktadır.⁶⁷ Buna karşılık, niteliksel ve niceliksel bulguların sınırlı şekilde aktarılabilmesi ve herhangi bir yaklaşımın, hedef şirketin “*menfaatine*” olup olmadığını değerlendirecek objektif bir ölçütün bulunmaması gibi sebeplerle, doğrudan olumsuz bir sonuca varmak da mümkün değildir.⁶⁸

A. Faydalar

Halka açık anonim şirketlerde kurumsal yatırımcıların, pay sahipleri olarak şirketin yönetimine etkin katılımları, uzun bir süre boyunca pay sahiplerinin pasifliğine yol açan durumları ortadan kaldıracaklığı düşüncesiyle ilişkilendirilmiştir.⁶⁹ Nitekim, dağılık bir pay sahipliği yapısının bulunduğu halka açık şirketlerde, pay sahipleri hem şirket yöneticileri üzerinde etkin ve sürekli bir gözetim kuramamakta hem de genel kurulda karar alma sürecini etkileyememektedir.⁷⁰ Bununla birlikte, tek başına azınlık oluşturacak oranda katılım payına sahip olmayan küçük pay sahipleri, şirketin yönetim ve kontrolünde hiçbir etkileri olmadığı gibi, yönetime katılmayı da düşünmemekte ve giderek, genel kurul toplantılarına katılmaktan da uzaklaşmaktadır.⁷¹ Ancak, pay sahiplerinin şirketten çıkma (*exit*) ya da pasif kalma seçeneğini uygulamaları, iyi bir kurumsal yönetim anlayışı açısından tercih edilmemekte; bunun yerine, pay sahiplerinden şirket yönetimi üzerinde gözetim ve kontrol işlevleri sağlayan haklarını, etkin şekilde kullanmaları beklenmektedir.⁷² Bununla birlikte, günümüzde halka açık şirketlerde pay iktisap eden kurumsal yatırımcıların artan sayısı ile beraber, pay sahibi aktivizminin uygulanabilir bir seçeneğe dönüştüğü ve bu sayede, şirket yönetimi üzerinde gözetim ve kontrol⁷³ işlevlerinin de sağlanabileceği, doktrinde sıklıkla vurgulanmaktadır.⁷⁴

1. Pay sahiplerinin pasifliğine yol açan durumlar bakımından

Anonim şirketlerde pay sahipleri, yönetsel uzmanlık gerektiren hususlarda yeterli bilgiye sahip olmamaları veya yönetime katılımın gerektirdiği masraf ve zahmetlere katlanmak istememeleri gibi

⁶⁶ Pay sahibi aktivizmi faaliyetlerinin, Almanya’da görülen somut örnekleri açısından belirli bir sınıflandırmanın yapılamayacağı yönünde Brückner, *Aktivistische Aktionäre*, 29; Hartmann, *Shareholder Activism*, 15.

⁶⁷ Bu hususta bkz. Bernard S. Sharfman, “Activist Hedge Funds In A World of Board Independence: Creators or Destroyers of Long-Term Value?”, *Columbia Business Law Review* 3 (2015), 815 vd.; Engert, “Hedgefonds”, 2105-2106.

⁶⁸ Aynı yönde ve ayrıntılı olarak bkz. Faure, *Verantwortung institutioneller Aktionäre*, 82-88.

⁶⁹ Klaus U. Schmolke, “Institutionelle Anleger und Corporate Governance-Traditionelle institutionelle Investoren vs. Hedgefonds”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)* 36/5 (2007), 707.

⁷⁰ Çağlar Manavgat, *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2016), 18.

⁷¹ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* (Ankara: Adalet Yayınları, 2024), II/ 1809; Ünal Tekinalp vd., *Ortaklıklar Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), I / N.816.

⁷² Kurumsal yönetim anlayışının, pay sahipliği statüsünün güçlendirilmesine yönelik teşvik ve çözüm önerileri hususunda ayrıntılı olarak bkz. Esra Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019) 466-467.

⁷³ Yukarıda “*kontrol*” ifadesiyle kastedilen, anonim şirket yönetiminin, işlem ve faaliyetlerine ilişkin hem hesap verebilirlik hem de verimlilik ölçütlerine dayalı olarak gözetimi veya denetlenmesidir. Bu hususta bkz. Serdar İnci, *Shareholder Engagement: Chancen, Risiken und Kompatibilität mit der deutschen Corporate Governance* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018), 78-82.

⁷⁴ Gillan - Starks, “The Evolution of Shareholder Activism”, 58; Lucian A. Bebchuk vd., “The Agency Problems of Institutional Investors”, *Journal of Economic Perspectives* 31/3 (2017), 93; İnci, *Shareholder Engagement*, 105.

nedenlerle, pasif kalma yolunu seçebilirler.⁷⁵ Bu açıdan, şirketin yönetim ve işleyişinden giderek uzaklaşan pay sahiplerinin, pay sahibi aktivizmi gibi kolektif bir eylemi yürütmek yerine, daha kolay bir seçenek olan şirketten çıkma yolunu tercih etmeleri de beklenebilir. Pay sahiplerinin bu davranış biçimi, yabancı doktrinde “*rasyonel duyarsızlık (rational Apathie)*” kavramıyla açıklanmakta olup, fayda-maliyet analizine dayalı olarak daha verimli ve rasyonel bir seçeneğin uygulanacağını ifade etmektedir.⁷⁶ Bu yaklaşım, oy haklarını kullanmanın maliyeti ile başarı olasılıklarını değerlendiren pay sahibinin, elde edeceği faydaya karşılık üstlenmesi gereken maliyetin daha yüksek olduğunu analiz ederek, genellikle genel kurula katılmamayı ve oy haklarını kullanmamayı tercih etmesiyle açıklanan, tamamen ekonomik bir hesaplama dayanmaktadır.⁷⁷ Bununla bağlantılı olarak, pay sahiplerinin pasifliğine yol açan bir diğer husus, doktrinde “*bedavacılık sorunu (free-rider problem)*” olarak adlandırılmakta ve herhangi bir ekonomik aktörün, kolektif bir faydadan yararlanırken bunun maliyetine ve çabasına katılmaktan kaçınması durumunda gelişmektedir.⁷⁸ Buna göre, diğer pay sahipleri aracılığıyla sağlanan faydadan, herhangi bir maliyeti üstlenmeden yararlanmak mümkünse, pasif kalmak hâlen rasyonel bir seçenek olarak değerlendirilebilmektedir.⁷⁹

Bununla birlikte, günümüzde aktivist pay sahipleri olarak kurumsal yatırımcıların, diğer pay sahiplerini “*seslerini yükseltmeye*” (*voice*) teşvik edecekleri ve böylece, “*pay sahipleri demokrasisi (Aktionärsdemokratie)*”⁸⁰ kavramı çerçevesinde, pay sahiplerinin yönetime katılımını daha etkin hâle getirecekleri, doktrinde çoğunluk tarafından savunulmaktadır.⁸¹ Bu değerlendirmeye göre, kurumsal yatırımcıların aktivist pay sahipleri olarak yükselişi, kolektif eylemin maliyetini azaltma ve işbirliği için diğer aktörleri motive etme unsurlarına dayalı olarak, pay sahiplerinin rasyonel duyarsızlığıyla bağlantılı kolektif eylem sorununu da ortadan kaldıracaktır.⁸² Bu esastan hareketle, aktivist pay sahipleri olarak kurumsal yatırımcıların, iyi bir kurumsal yönetim anlayışının gelişmesinde önemli bir rol oynayabileceğini söylemek mümkündür.⁸³

2. Şirket yönetimi üzerinde disipline edici etkisi bakımından

Halka açık anonim şirketlerde, azınlık konumuna ulaşan blok bir pay sahibinin olmadığı durumlarda, küçük pay sahipleri tarafından gözetim fonksiyonların etkin olarak kullanılmaması ve giderek, şirketin yönetim kurulunun kontrolüne girmesi gündeme gelebilir.⁸⁴ Yaygın pay sahipliği yapısının bulunduğu halka açık şirketlerde ise yönetim gücü, genellikle bir veya birkaç pay sahibine ait olmakta; karar alma

⁷⁵ Bu konuda bkz. Tekinalp, , *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979), 7; Daniel Fischel, “The Corporate Governance Movement”, *Vanderbilt Law Review* 35/6 (1982), 1276.

⁷⁶ Kolektif eylem teorisi bağlamında, rasyonel davranış ile ilgili yapılan açıklamalar için ayrıca bkz. Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, s. 12.

⁷⁷ Ayrıca, oy hakkının etkin şekilde kullanılabilmesi için gündem maddeleri üzerinde hazırlık yapılması ve bilgi edinme gibi maliyet kalemleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle, özellikle küçük pay sahiplerinin genel kuruldaki karar süreçlerini etkileyemeyeceği düşünüldüğünde, aktif davranış biçiminin maliyeti genellikle elde edilecek faydadan daha yüksek olacaktır. Bkz. Brass, *Hedgefonds*, 122.

⁷⁸ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Ernest C. Pasour Jr., “The Free Rider as a Basis for Government Intervention”, *The Journal of Libertarian Studies* 5/4 (1981), 453-454; Jon Elster, “Weakness of Will and the Free-Rider Problem”, *Economics & Philosophy*, 1/2 (1985), 247; Anderi Shleifer – Robert W. Vishny, “Large Shareholders and Corporate Control”, *Journal of Political Economy*, 94/3 (1986), 463.

⁷⁹ Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 466.

⁸⁰ “*Pay sahipleri demokrasisi (Aktionärsdemokratie)*” kavramının, doktrinde farklı şekillerde tanımlanmakla beraber en genel anlamıyla, “*pay sahiplerinin şirketin yönetimine katılımına etkinlik kazandırılması*” ya da “*pay sahipleri katılımının iyileştirilmesi*” olarak ifade edilmesi mümkündür. İlgili tanımlar için ve ayrıntılı olarak bkz. Tekinalp, *Yönetime Katılma Sorunları*, 10; Peter Böckli, “*Aktionärsdemokratie*”: ein Schlagwort mit Schlagseite”, *Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (GesKR)* 2 (2013), 182.

⁸¹ Brass, *Hedgefonds*, 124.

⁸² Schmolke, “Hedge Fonds”, 708, Faure, *Verantwortung institutioneller Aktionäre*, 97.

⁸³ Ayrıca Wymeersch, pay sahipliği rolüne ilişkin sorumlu ve istikrarlı bir algı yaratılmasının, sadece hedef şirketlere değil, aynı zamanda bir bütün olarak piyasanın istikrarına da fayda sağlayacağını öne sürmüştür. Eddy Wymeersch, “Shareholder(s) matter(s)”, *Unternehmen, Markt und Verantwortung, Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag*, ed. Stefan Grundmann vd. (Berlin: De Gruyter, 2010), I/1587.

⁸⁴ Ali Paşlı, *Anonim Ortaklığın Devralınması* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009), 46, dpn. 105.

süreçleri, tek başına hâkim ortak veya blok paya sahip ortaklar tarafından yönlendirilmektedir.⁸⁵ Her iki hâlde de, şirketin yönetiminde etki gösteremeyen pay sahipleri ile şirketin kontrolünü elinde bulunduran kişiler arasında ortaya çıkabilecek menfaat çatışmaları bağlamında, etkin bir gözetim mekanizmasının oluşturulmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

Esasen, kurumsal yatırımcıların pay sahibi aktivizmi, doktrinde çoğu zaman şirket yönetimi üzerindeki etkili bir gözetim mekanizması olarak incelenmektedir. Buna göre, şirket yönetiminin işlem ve faaliyetlerini izleme (monitoring)⁸⁶ görevi, aktivist kurumsal yatırımcılar tarafından yerine getirilebilmektedir.⁸⁷ Bu sebeple, doktrinde yer alan bazı eserlerde, pay sahibi aktivizmine başvurma temel gerekçesi olarak, yönetim kurulunun, özellikle üst gözetim olmak üzere, görev ve yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediği durumlara da işaret edilmektedir.⁸⁸ Bu bağlamda, yabancı literatürde “*temsil sorunu (agency problem)*” olarak nitelendirilen ve şirket yöneticilerinin, sermaye sahiplerini temsil etmelerine rağmen, şirket sermayesinin etkin şekilde değerlendirilmesi için kendilerine devredilen yönetim yetkisini kötüye kullanma olasılıklarından doğan menfaat çatışmalarının, aktivist pay sahipleri olan kurumsal yatırımcılar tarafından giderilebileceği öngörülmüştür.⁸⁹ Bu hususta Schmolke, kurumsal yatırımcıların pay sahibi aktivizmini incelediği eserinde, şirket yöneticileri üzerinde yaratılan disipline edici etkinin, aynı zamanda şirketin kontrolünü elinde bulunduran hâkim ortak veya blok paya sahip pay sahipleri üzerinde de etkili olabileceğini ileri sürmüştür.⁹⁰ Bu değerlendirmeye göre, hedef şirkette en çok azınlık konumuna ulaşan kurumsal yatırımcılar, pay sahibi aktivizmine ilişkin faaliyetleri sayesinde büyük pay sahiplerine karşı disipline edici bir güç oluşturabilmektedir.

B. Sakıncalar

Halka açık anonim şirketlerde aktivist kurumsal yatırımcılar tarafından takip edilen bazı stratejiler, hedef şirket üzerindeki uzun vadeli etkileri konusunda doktrinde birtakım eleştirilere tâbi tutulmaktadır. Bu bağlamda, başta serbest fonlar olmak üzere aktivist kurumsal yatırımcılar, genellikle çok kısa bir yatırım ufkuyla sahip olmakla eleştirilmekte ve giderek, kısa vadeli yaklaşımlarının, hedef şirketleri önemli ölçüde zarara uğratabileceği endişesi dile getirilmektedir. Aktivist kurumsal yatırımcılara karşı öne sürülen bir diğer görüş ise, şirketin yönetimini, daha az aktif olma yolunu seçen diğer pay sahiplerinin iradesine karşı etkilemeye çalışabilecekleri yönündedir.⁹¹ Buna göre, aktivist kurumsal yatırımcıların öncelikle kendi menfaatlerine odaklanmasının, bazı durumlarda diğer pay sahipleriyle arasındaki temel menfaat uyumunu bozabileceği, doktrinde ileri sürülmektedir.⁹²

1. Kısa vadeli yatırım yönelimi bakımından

Esasen, “*kısa vadecilik (short-termism)*” sorunu⁹³, hedef şirketin sermaye yapısı gibi belirli yönlerinden ziyade, yönetim yapısını ve genel olarak, kurumsal yönetim ile ilgili kurallarını değiştirmeye odaklanan

⁸⁵ Manavgat, *Halka Açık Anonim Ortaklıklar*, 18.

⁸⁶ Yukarıda anılan “*izleme (monitoring)*” terimi, şirket yönetiminin işlem ve faaliyetlerini gözetmenin ötesinde, geniş bir anlam taşımaktadır. Buna göre, şirket yönetiminin izlenmesi, ücret politikaları; bütçe kısıtlamaları; operasyonel kurallar veya işletme politikaları aracılığıyla, şirket yöneticilerinin davranışlarını kontrol etmek için gösterilen çabaları da kapsamaktadır. Bu hususta bkz. Michael J. Jensen – William H. Meckling, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics* 3/4 (1976), 308, dpn. 9.

⁸⁷ Faure, *Verantwortung institutioneller Aktionäre*, 116.

⁸⁸ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Gillan - Starks, “The Evolution of Shareholder Activism”, 58; Hartmann, *Shareholder Activism*, 7; Cheffins - Armour, “Shareholder Activism by Hedge Funds”, 7-8.

⁸⁹ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Jensen - Meckling, “Theory of the Firm”, 308.

⁹⁰ Schmolke, “Hedge Fonds”, 709; Aynı yönde bkz. Faure, *Verantwortung institutioneller Aktionäre*, 99.

⁹¹ Schmolke, “Hedge Fonds”, 710; Özellikle aktivist serbest fonların, hedef şirkette diğer pay sahiplerinden farklı menfaatler doğrultusunda izledikleri stratejiler ve somut örnekleri için ayrıntılı olarak bkz. Werner G. Steifert – Hans-Joachim Voth, *Invasion der Heuschrecken: Intrigen - Machtkämpfe – Marktmanipulation* (Berlin: Econ Verlag, 2006), 15 vd.

⁹² Brass, *Hedgefonds*, 127.

⁹³ Doktrinde “*kısa vadecilik (short-termism)*” olarak nitelendirilen bu sorun, pay sahipleri için şirketin yönetimine katılmak veya kâr payı almak yerine, yalnızca şirketin pay değerinin dönemsel değişiklikleri üzerinden kazanç sağlamak; yöneticiler için ise uzun vadeli kârlılık ve değer artışına yönelik yatırım planları yerine, çoğunlukla kısa vadede kazanç getiren yatırım hedeflerine

geleneksel kurumsal yatırımcıların pay sahibi aktivizmi açısından genellikle bir önem taşımamaktadır.⁹⁴ Her şeyden önce, kısa vadede yüksek kazanç sağlarken uzun vadede nakit çıkışlarına yol açan stratejiler, özellikle aktivist serbest fonlar açısından eleştirilmekte ve hedef şirketin katlanması gereken maliyetlere yol açtığı öne sürülmektedir.⁹⁵ Bununla birlikte, özellikle serbest fonların kısa vadeli yatırımcılar olarak, şirketin uzun vadeli kârlılığını artırmaya yönelik kurumsal karar ve stratejileri engelleyebileceği belirtilmektedir.⁹⁶ Görüldüğü üzere, doktrinde yapılan değerlendirmeler, çoğunlukla aktivist serbest fonlara odaklanmakta ve kısa vadede yüksek getiri elde etme amaçlarının, hedef şirketin uzun vadeli menfaatlerini ve geleceğini tehlikeye atabileceği noktasında ağırlık kazanmaktadır.⁹⁷

Ancak, doktrindeki bu görüşlerin az sayıda ve sınırlı bulgulara dayandığı dikkate alınırsa⁹⁸, serbest fonlar üzerinde yoğunlaşan bu tür değerlendirmelerin, esasen, herhangi bir aktivist kurumsal yatırımcı girişimi açısından doğrudan doğruya kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.⁹⁹ Gerçekten de, kurumsal yatırımcıların gerçekleştirdiği pay sahibi aktivizmine yönelik, şimdiye kadar istatistiksel olarak kayda değer tespitlere rastlanmamaktadır. Ayrıca, hedef şirketin piyasa değerindeki değişiklikler birçok faktörden etkilendiği için, şirket paylarının piyasa fiyatı her zaman aktivist kurumsal yatırımcı müdahalelerinin etkisini güvenilir bir şekilde yansıtmamaktadır.¹⁰⁰ Bu nedenle, aktivist kurumsal yatırımcıların pratiğe yansıyan her stratejisini, ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Dolayısıyla, kurumsal yatırımcıların pay sahibi aktivizminin kısa vadecilik sorununu tetiklediğine dair genel bir kabul, isabetli bir yaklaşım değildir.¹⁰¹

2. Menfaat çatışmaları bakımından

Kurumsal yatırımcıların pay sahibi aktivizmine dair doktrinde yöneltelen bir diğer eleştiri, hedef şirket bünyesinde menfaat çatışmalarını tetikleyebileceğine ilişkindir. Yine, özellikle aktivist serbest fonlar, daha az aktif olma yolunu seçen diğer pay sahiplerinin iradesine karşı şekilde, hedef şirketin yönetimini etkilemeye çalışmakla eleştirilmektedir. Bu hususta doktrinde, aktivist kurumsal yatırımcıların stratejileri kapsamında, bazı durumlarda birbirleriyle çelişen hedefleri de takip edebileceği öne sürülmüştür. Örneğin, şirketin likidite fazlasının yeniden yatırımlara yönlendirilmesini savunan bir aktivist kurumsal yatırımcının karşısında, daha yüksek kâr payı dağıtımını hedefleyen başka bir aktivist kurumsal yatırımcı yer alabilir.¹⁰² Bu tür bir menfaat çatışması genellikle önem arz etmemekle birlikte, aktivist kurumsal yatırımcının izlediği stratejinin diğer pay sahiplerini zarara uğratabileceği durumlarda önemli bir risk taşıdığı söylenebilir. Örneğin, birleşme ve devralma işlemleri bağlamında,

odaklanmaktadır. Bu kavramın tanımları için bkz. Çiğdem Yatağan Özkan, "Anonim Şirketlerde Pay Sahibi Anlayışındaki Değişimler ve Kısa Vadecilik Akımına Bir Çözüm Önerisi Olarak Sadakat Payları", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)* 32/3, (2016), 153; Lynne L. Dallas, "Short-Termism, the Financial Crisis, and Corporate Governance", *Journal of Corporation Law*, 37, (2012), 288.

⁹⁴ Schmolke, "Hedge Fonds", 713; Kahan - Rock, "Hedge Funds", 1043.

⁹⁵ Stephen M. Bainbridge, "Director Primacy and Shareholder Disempowerment", *Harvard Law Review* 119/6 (2006), 1745.

⁹⁶ Bu hususta bkz. Engert, "Hedgefonds", 2107.

⁹⁷ Yapılan değerlendirmeler için bkz. Martin Lipton, "Empiricism and Experience; Activism and Short-Termism; The Real World of Business", The Columbia Law School's Blog on Corporations and the Capital Markets (The CLS Blue Sky Blog), ed. John C. Coffee Jr./Edward F. Greene/Robert J. Jackson Jr., (Erişim 19 Aralık 2024).

⁹⁸ Aktivist serbest fonlarıyla ilgili bu eleştirileri inceleyen bir çalışmada ise söz konusu eleştirilerin aksini gösterir bulgular tespit edilmiş; herhangi bir gerekçeye dayanmaksızın bu eleştirilerin kabul edilmesinin, esasen uzun vadede şirketler ve pay sahipleri için maliyetler doğuracağı ileri sürülmüştür. Bu hususta bkz. Lucian A. Bebchuk vd., "The Long-Term Effects of Hedge Fund Activism", *Columbia Law Review* 115/5 (2015), 1155; Bu konuda ampirik çalışmaların sınırlılığı ve somut bulguların yetersizliğine ilişkin aynı yönde bkz. Christoph, Burckhardt, *Loyalitätsaktien im schweizerischen Recht de lege lata und de lege ferenda* (Zürich: Dike Verlag, 2023), 186; Schmolke, "Hedge Fonds", 713.

⁹⁹ Aynı yönde bkz. Brückner, *Aktivistische Aktionäre*, 31-32; Schmolke, "Hedge Fonds", s. 713.

¹⁰⁰ Brückner, *Aktivistische Aktionäre*, 31; Faure, s. 87; Mietzner - Schweizer, "Hedge Funds Versus Private Equity Funds", 185; Engert, "Hedgefonds", 2107; Schmolke, "Hedge Fonds", 712.

¹⁰¹ Ayrıca, aktivist serbest fonlar tarafından uygulanan pay sahibi aktivizmi faaliyetlerinin, doktrindeki değerlendirmelerin aksine hedef şirkette uzun vadeli kazanımlar yarattığı yönünde ve ilgili tespitler için bkz. John C. Coffee Jr. - Darius Palia, "The Wolf at the Door: The Impact of Hedge Fund Activism on Corporate Governance", *Annals of Corporate Governance* 1/1 (2016), 7.

¹⁰² Schmolke, "Hedge Fonds", 710.

olası bir menfaat çatışmasının gündeme gelmesi ihtimal dâhilindedir. Buna göre, aktivist pay sahipleri olarak kurumsal yatırımcıların, belirli bir işlem kararını etkilemeye çalışırken hedef şirketin ve diğer pay sahiplerinin menfaatlerinden farklı çıkarlar peşinde olabileceği, doktrinde sıklıkla vurgulanmaktadır. Bu tür çıkarlar, birleşmeye katılan veya rakip şirketlerde sahip olunan katılım paylarının getirilerine veya oluşturulan başka pozisyonlara dayalı olabilir.¹⁰³ Aynı zamanda, birleşme ve devralma işlemlerinin engellenmesinin ardından, bu amaçla ayrılan nakit birikiminin dağıtılmasını talep etmeleri, doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir.¹⁰⁴ 2005 yılında *Deutsche Börse AG*'nin *London Stock Exchange* ile ilgili planlanan devralma işlemini sonlandırarak pay geri alım programı başlatmasına sebep olan müdahale süreci, aktivist pay sahipleri tarafından takip edilen bu strateji için önemli bir örnek oluşturmaktadır.¹⁰⁵

Sonuç

Bu çalışma, kurumsal yatırımcılar tarafından gerçekleştirilen pay sahibi aktivizminin iki uçlu doğasının altını çizmektedir. Kurumsal yönetim anlayışını geliştirme, şirketin performansını yükseltme ve pay sahipliği değerini artırma potansiyeline sahip olmakla birlikte, kısa vadecilik ve olası menfaat çatışmaları ile ilgili endişeleri de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, aktivist kurumsal yatırımcılar tarafından uygulanacak her strateji açısından dengeli bir yaklaşım gözetmek, pay sahibi aktivizminin getireceği sakıncaları azaltırken faydalarından yararlanmak için de gereklidir.

Aktivist kurumsal yatırımcı stratejileri ve iyi bir kurumsal yönetim anlayışı arasındaki karşılıklı ilişkiyi inceleyen bu çalışma, hissedar aktivizmi konusunda doktrinde süregelen tartışmalara katkıda bulunmaktadır. Bu dinamik ortamın karmaşıklıklarını ele almaya çalışan kanun koyucular, finansal piyasa aktörleri ve hedef şirket yöneticileri açısından, pay sahibi aktivizmi olgusunun anlaşılması önümüzdeki süreçte daha da önem kazanacaktır.

¹⁰³ Ayrıntılı olarak bkz. Brass, *Hedgefonds*, 129-134; Steifert –Voth, *Invasion der Heuschrecken*, 15 vd.

¹⁰⁴ Achim Herfs, “Aktionärsaktivismus in Deutschland – wie Hedgefonds Einfluss auf M&A-Transaktionen nehmen”, *M&A Review* 09/30. Jg. (2019), 257; Klingebiel - Klingebiel, “Shareholder Activism”, 7.

¹⁰⁵ Yukarıda verilen somut olay hakkında ayrıntılı olarak bkz. Herfs, “Aktionärsaktivismus”, 257.

Kaynakça

- Akgün, Ali İhsan. “Ekonomik Katma Değer (EVA) ile İşletme Sermayesi Etkinliği Arasındaki İlişki: 2008 Küresel Finansal Kriz Dönemine İlişkin Bulgular”. *Maliye ve Finans Yazıları* 112 (2019), 95-118. <https://doi.org/10.33203/mfy.491229>
- Albath, Christina. *Shareholder Activism im Rahmen der Hauptversammlung*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2022.
- Anabtawi, Iman – Stout Lynn. “Fiduciary Duties for Activist Shareholders”. *Stanford Law Review* 60/5 (2008), 1255-1307. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1089606>
- Arıcı, M. Fatih – Veziroğlu, Cem. *Kaldıraçlı Devralma (Leveraged Buyout) ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Aydın, Alihan. *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi*. İstanbul: Arıkan Yayınları, 2008.
- Bağcı, Haşim. “Özel Sermaye Fonları.” *Girişimcilik Finansmanı*, ed. Gülüzar Kurt Gümüş ve Ceyda Yerdelen Kaygın, 64. Ankara: Gazi Kitabevi, 2021.
- Bainbridge, Stephen M. “Director Primacy and Shareholder Disempowerment”. *Harvard Law Review* 119/6 (2006), 1735-1758. <https://doi.org/10.2139/ssrn.299727>
- Bauer, Rob vd. “Insider Ownership, Governance Mechanisms, and Corporate Bond Pricing Around the World.” *Journal of International Money and Finance* 117 (2021), 1-20. <https://doi.org/10.1016/j.jimonfin.2021.102423>
- Bebchuk, Lucian A. vd. “The Long-Term Effects of Hedge Fund Activism”. *Columbia Law Review* 115/5 (2015), 1085-1155. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2291577>
- Bebchuk, Lucian A. vd. “The Agency Problems of Institutional Investors”. *Journal of Economic Perspectives* 31/3, 89-102. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2982617>
- Black, Bernard S. - Coffee Jr., John C., “Hail Britannia: Institutional Investor Behavior Under Limited Regulation”. *Michigan Law Review* 97/2, 1997-2087. <https://doi.org/10.2307/1289659>
- Bratton, William W. – McCahery, Joseph A. *Institutional Investor Activism: Hedge Funds and Private Equity, Economics and Regulation*. ed. William W. Bratton ve Joseph A. McCahery. New York: Oxford University Press, 2015.
- Brav, Alon vd. “Hedge Fund Activism, Corporate Governance, and Firm Performance”. *The Journal of Finance* 63 (2008). <https://doi.org/10.1111/j.1540-6261.2008.01373.x>
- Brav, Alon vd. “Hedge Fund Activism: A Review.” *Foundations and Trends in Finance* 4/3 (2010), 185-246. <http://dx.doi.org/10.1561/05000000026>
- Brückner, Patrick. *Aktivistische Aktionäre: Leitbildgedanken zum Aktionär, rechtliche Beschränkungen aktivistischen Aktionärsverhaltens und Reaktionsmöglichkeiten*. Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 2023.
- Burckhardt, Christoph. *Loyalitätsaktien im schweizerischen Recht de lege lata und de lege ferenda*. Zürich: Dike Verlag, 2023.
- Carmichael, Jeffrey – Palacios, Robert A.. “A Framework for Public Pension Fund Management.” *Public Pension Fund Management, Governance, Accountability, and Investment Policies: Proceedings of the Second Public Pension Fund Management Conference (May 2003)*, ed. Alberto R. Musalem ve Roberto J. Palacios, Washington, DC: World Bank, 2003.

- Chambers, Nurgül. "Hedge Fonlar". *Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 1/1 (2008), 5-13.
- Cheffins, Brian R. – Armour, John. "The Past, Present and Future of Shareholder Activism by Hedge Funds". *Journal of Corporation Law* 37/1 (2011), 51-103. <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:a6107362-0fcf-4b70-baf3-3a980d4c6746>
- Coffee Jr., John C. – Palia, Darius. "The Wolf at the Door: The Impact of Hedge Fund Activism on Corporate Governance". *Annals of Corporate Governance* 1/1 (2016), 547-602.
- Dallas, Lynne L. "Short-Termism, the Financial Crisis, and Corporate Governance". *Journal of Corporation Law* 37 (2012), 267-362.
- Denes, Matthew vd. "Thirty Years of Shareholder Activism: A Survey of Empirical Research". *Journal of Corporate Finance* 44 (2017), 407-424. <https://doi.org/10.1016/j.jcorpfin.2016.12.003>
- Deutsches Aktieninstitut (DAI) - McKinsey&Company (McKinsey). *Investorendialog im Umbruch: Zum Umgang börsennotierter Unternehmen mit aktiven Aktionären*. 2009.
- Eisenhofer, Jay W. – Barry, Michael J. *Shareholder Activism Handbook*. New York: Wolters Kluwer, 2005.
- Engert, Andreas. "Hedgefonds als aktivistische Aktionäre". *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* (2006), 2105-2113.
- Erdem, Fatih B. ve Cansu Cindoruk. "Corporate Sustainability and the Shareholder Activism Problem." *Law and Sustainability: Perspectives for Lithuania and Beyond*, ed. Alessio Bartocelli ve Dovilė Sagatienė, 2023. Krakow: Księgarnia Akademicka Publishing, 185-206. <https://doi.org/10.12797/9788381388405>
- Faber, Joachim. "Institutionelle Investoren (einschließlich Hedgefonds und Private Equity)." *Handbuch Corporate Governance: Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis*, ed. Peter Hommelhoff, Klaus J. Hopt ve Axel von Werder, 223. Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag.
- Faure, Anna. *Verantwortung institutioneller Aktionäre im deutschen Aktienrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2019.
- Fischel, Daniel. "The Corporate Governance Movement". *Vanderbilt Law Review* 35/6 (1982), 1259-1292.
- Fried, Vance H. vd. "Strategy and the Board of Directors in Venture Capital-Backed Firms". *Journal of Business Venturing* 13/6 (1998), 493-503. [https://doi.org/10.1016/S0883-9026\(97\)00062-1](https://doi.org/10.1016/S0883-9026(97)00062-1)
- Gerlicher, Dominik. *Shareholder Activism im Regelungskontext des deutschen Aktien- und Kapitalmarktrechts*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2017.
- Gillan, Stuart L. – Starks, Laura T. "The Evolution of Shareholder Activism in the United States". *Journal of Applied Corporate Finance* 19/1 (2007), 55-73. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.959670>
- Goranova, Maria – Verstegen Ryan, Lori. "Shareholder Activism: A Multidisciplinary Review". *Journal of Management* 40/5 (2014), 1230-1268. <https://doi.org/10.1177/0149206313515519>
- Graßl, Bernd – Nikoleyczik, Tobias. "Shareholder Activism und Investor Activism". *Die Aktiengesellschaft (AG)* 62/3 (2017), 49-58. <https://doi.org/10.9785/ag-2017-0303>
- Gröntgen, Florian. *Operativer Shareholder Activism: Eine rechtliche Analyse des Zusammenspiels von aktivistischen Aktionären und Verwaltungsorganen unter Einbeziehung von Aktionärsrechterichtlinie und ARUG II (RegE)*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2020.

- Gürel, Murat. *Anonim Şirketin Kendi Paylarının İktisabı Amacıyla Finansal Destek Verme Yasağı*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2014.
- Haan, Sarah C. "Civil Rights and Shareholder Activism: SEC v. Medical Committee for Human Rights". *Washington and Lee Law Review* 76/3 (2019), 1167-1227.
- Hacımahmutoğlu, Sibel. "Ortaklığın Kontrolü Pazarı Teorisi ve Ortaklık Yöneticileri Üzerindeki Etkisi". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)* 23/3 (2006), 257-289.
- Hardesty, Linda. "After shaking up AT&T, Elliott Management divests its stake". *Fierce Network* (17 Kasım 2020), <https://www.fierce-network.com/operators/after-shaking-up-at-t-elliott-management-divests-its-stake>
- Hartmann, Marion D. *Shareholder Activism: Benefits and Drawbacks*. Berlin: Peter Lang Verlag, 2014.
- Hawkins, Jennifer - Del Guercio, Diane. "The Motivation and Impact of Pension Fund Activism". *Journal of Financial Economics* 52 (1999), 293-340. [https://doi.org/10.1016/S0304-405X\(99\)00011-2](https://doi.org/10.1016/S0304-405X(99)00011-2)
- Hirschman, Albert O. *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*. Cambridge: Harvard University Press, 1970.
- Herfs, Achim. "Aktionärsaktivismus in Deutschland – wie Hedgefonds Einfluss auf M&A-Transaktionen nehmen". *M&A Review* 09/30. Jg. (2019).
- Jannson, Andreas. "No Exit!: The Logic of Defensive Shareholder Activism". *Corporate Board: Role, Duties and Composition Journal* 10/ 2 (2014), 16-31. <https://doi.org/10.22495/cbv10i2art2>
- Jensen, Michael C. – Meckling, William H.. "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure". *Journal of Financial Economics* 3/4 (1976), 305-360. <https://doi.org/10.2139/ssrn.94043>
- Kahan, Marcel – Rock, Edward B. "Hedge Funds in Corporate Governance and Corporate Control". *University of Pennsylvania Law Review* 155/5 (2005), 1021-1093. <https://doi.org/10.4324/9781315574288-9>
- Karpoff, Jonathan M. "The Impact of Shareholder Activism on Target Companies: A Survey of Empirical Findings". *Governance i praksis: Internasjonal Seminar* (2001).
- Kaşak, Esra. *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Kestler, Mathias vd. "Distressed Debt Investments-Insolvenzrechtliche Instrumentarien der Unternehmenssanierung über Fremdkapital". *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI)* 8 (2005), 419-422.
- Klein, April – Zur, Emanuel. "Entrepreneurial Shareholder Activism: Hedge Funds and Other Private Investors". *The Journal of Finance* 64/1 (2009), 187-229. <https://doi.org/10.1111/j.1540-6261.2008.01432.x>
- Klingebiel, Norbert – Klingebiel, Maximilian. "Institutionelle Investoren und Strategien des Shareholder Activism". *Wissenschaftliche Beiträge (WiSt)* 6 (2022), 4-10. <https://doi.org/10.15358/0340-1650-2022-6-4>
- La Monica, Paul R., "Activist investor takes a big stake in AT&T, pushing for spinoffs and major changes". *CNN Business* (9 Eylül 2019). <https://www.cnn.com/2019/09/09/media/att-elliott-management>
- Lipton, Martin. "Empiricism and Experience; Activism and Short-Termism; The Real World of Business". *The Columbia Law School's Blog on Corporations and the Capital Markets (The CLS Blue Sky Blog)*,

- (Erişim 19 Aralık 2024), <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2013/10/28/empiricism-and-experience-activism-and-short-termism-the-real-world-of-business/>
- Manavgat Çağlar. *Aleni Pay Alım Teklifi (Tender-Offer, Takeover-Bid)*. Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, 1997.
- Manavgat, Çağlar. *Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2016.
- Manne, Henry G. "Cash Tender Offers for Shares: A Reply to Chairman Cohen". *Duke Law Journal* 2 (1967), 231-253.
- Manne, Henry G. "Mergers and the Market for Corporate Control". *Journal of Political Economy* 73/2 (1965), 110-120.
- McCahery, Joseph A. - Vermeulen Erik P.M. "Private Equity and Hedge Fund Activism: Explaining the Differences in Regulatory Responses". *European Business Organization Law Review* 9 (2008), 535-578. <https://doi.org/10.1017/S1566752908005351>
- Mietzner, Mark – Schweizer, Denis. "Hedge Funds Versus Private Equity Funds as Shareholder Activists in Germany—Differences in Value Creation". *Journal of Economics and Finance* 38 (2014), 181-208. <https://doi.org/10.1007/s12197-011-9203-x>
- Mülberr, Peter O. "Rechtsschutzlücken bei Short Seller-Attacken – und wenn ja, welche". *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR)* 182 (2018), 105-107.
- Nilsson, Gül Okutan. *Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Olson, Mancur. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- Paslı, Ali. *Anonim Ortaklığın Devralınması*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Pasour Jr., Ernest C. "The Free Rider as a Basis for Government Intervention". *The Journal of Libertarian Studies* 5/4, 453-464.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınları, 5. Basım, 2024.
- Rho, Han-Kyun. "On Defining Shareholder Activism: Exploring the Terrain for Research". *Corporate Ownership & Control* 4/2 (2006-2007), 304-311. <https://doi.org/10.22495/cocv4i2c2p7>
- Rose, Paul – Sharfman Bernard S.. "Shareholder Activism as a Corrective Mechanism in Corporate Governance". *Brigham Young University Law Review* 5 (2014), 1015-1065. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2324151>
- Sakarya, Şakir. "Hissedar Değeri ve Hesaplaması Üzerine Bir Uygulama". *Muhasebe ve Finansman Dergisi* 40 (2008), 175-184.
- Schmolke, Klaus U. "Institutionelle Anleger und Corporate Governance-Traditionelle institutionelle Investoren vs. Hedgefonds". *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)* 36/5 (2007), 702-742. <https://doi.org/10.1515/zgr.2007.031>
- Schockenhoff, Martin - Culmann Johannes. "Shareholder Activism in Deutschland". *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* (2015), 297-302.
- Sharfman, Bernard S. "Activist Hedge Funds In A World of Board Independence: Creators or Destroyers of Long-Term Value?" *Columbia Business Law Review* 3 (2015), 813-860. <https://doi.org/10.7916/cblr.v2015i3.1762>

- Solak, Ekrem. "Birleşik Krallık ve Avrupa Birliği Hukukları Kapsamında Pay Sahibi Aktivizmi Düzenlemeleri". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/ 2 (2019), 127-162.
- Steifert, Werner G. – Voth, Hans-Joachim. *Invasion der Heuschrecken: Intrigen - Machtkämpfe – Marktmanipulation*. Berlin: Econ Verlag, 2006.
- Tekinalp, Ünal. "Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının ve Yönetim - Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki". *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan*, ed. Tuğrul Ansay, 229. Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.
- Tekinalp, Ünal. *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979.
- Tekinalp, Ünal vd. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 14. Basım, 2019.
- Wenninger, Thomas G. *Hedge Fonds im Spannungsfeld des Aktien- und Kapitalmarktrechts: Shareholder Activism und aktienrechtliche Corporate Governance*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009.
- Wymeersch, Eddy. "Shareholder(s) Matter(s)." *Unternehmen, Markt und Verantwortung: Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag*, ed. Stefan Grundmann vd., Berlin: De Gruyter, 2010, 1587-1610.
- Yavillioğlu, Cengiz – Delice, Güven. "Tezgâh Üstü Türev Piyasaları: Bir Değerlendirme". *Maliye Dergisi* 151 (2006), 63-84.
- Yatağan Özkan, Çiğdem. "Anonim Şirketlerde Pay Sahibi Anlayışındaki Değişimler ve Kısa Vadecilik Akımına Bir Çözüm Önerisi Olarak Sadakat Payları". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)* 32/3, 155-187.
- Yıldız, Tuba Ertugay. *Hedge Fonların İşleyişi*. Sermaye Piyasası Kurulu Denetleme Dairesi, Yeterlik Etüdü, 2004.

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Zamanaşımı Sürelerini Değiştirme Yasağı *The Prohibition on Changing of the Prescription Periods in Turkish, Swiss and German Law*

Harun Mirsad Günday 

Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Kayseri,
Türkiye, mirsad.gunday@gmail.com,
[ror.org/047g8vk19](https://orcid.org/047g8vk19)



Öz: Borç ilişkilerinde taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince zamanaşımı sürelerine yönelik düzenlemeler yapabilmektedir. Nitekim taraflarca sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü sözleşme ilişkisinden doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı sürelerini belirleme özgürlüğünü de içermektedir. Ancak bu özgürlük de sınırsız olmayıp kanunun öngördüğü sınırlamalara tabidir. Türk-İsviçre hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı yasaklayıcı norm niteliğinde olan TBK md.148 ve OR Art.129 hükümlerinde düzenlenmiştir. Nitekim ilgili hükümler, zamanaşımı süreleri bakımından mutlak değiştirme yasağı öngörmektedir. Ayrıca bu hükümlerin geniş bir uygulanma alanı olması sebebiyle sürelerin değiştirilememesi kural ve değiştirilebilmesi ise istisnadır. Alman hukukunda konuyu ele alan BGB § 202 hükmünde ise sözleşme özgürlüğü ilkesinden hareket edildiği görülmektedir. Gerçekten de Alman kanun koyucusu zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağının sınırlarını genel olarak belirtmekle yetinmiştir. Bu sınırlamalara uyulması kaydıyla zamanaşımı süreleri üzerinde tasarruf edilebileceğini hükme bağlamıştır. Bu çalışmada Türk-İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken de üç hukuk düzeninde yer alan benzerlikler ve farklılıklar ortaya konulmuştur. En nihayetinde yer verilen öneri ve eleştiriler ile birlikte Türk hukukuna katkı sağlanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Zamanaşımı, Alacak Hakkı, Hak Düşürücü Süre, Borç İlişkisi, Sözleşme Özgürlüğü

Geliş Tarihi/Received: 07.02.2025
Kabul Tarihi/Accepted: 14.04.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
22.05.2025

Abstract: In debt relationships, parties can make arrangements regarding prescription periods in accordance with the principle of freedom of contract. Indeed, the freedom of the parties to determine the content of the contract also includes the freedom to determine the prescription periods applicable to the rights arising from the contractual relationship. However, this freedom is not unlimited and is subject to the restrictions prescribed by law. In Turkish-Swiss law, the prohibition on changing prescription periods is regulated in the provisions of TCO Article 148 and OR Article 129, which are of a prohibitive nature. Indeed, the relevant provisions foresee an absolute prohibition regarding the prescription periods. Moreover, due to their broad scope of application, there is a situation where the periods cannot be changed as a rule and changing them is an exception. In German law, it is seen that the provision in § 202 BGB, which deals with the issue, is based on the principle of freedom of contract. Indeed, the German legislator has been content with generally stating the limits of the prohibition of changing prescription periods. It has ruled that savings can be made on prescription periods, provided that these limitations are complied with. In this study, the prohibition of changing prescription periods in the Turkish-Swiss and German legal orders has been examined comparatively. While this examination was being carried out, the similarities and differences in the three legal orders were revealed. Finally, it has been attempted to contribute to Turkish law with the suggestions and criticisms provided.

Keywords: Prescription, Right to Claim, Limitation Period, Debt Relationship, Freedom of Contract

Extended Abstract

The institution of prescription has the property of weakening the creditor's right to claim after a certain period has elapsed. As a result, the possibility of filing a lawsuit is excluded. The Turkish-Swiss and German legal orders have developed different perspectives on the purpose of statutes of prescriptions, which include the protection of public interest, the promotion of legal certainty and stability, as well as the protection of the parties' interests.

In Turkish and Swiss law, the prohibition of changing prescription periods is regulated in the provisions of the Turkish Code of Obligations (TCO) Art. 148 and the Code of Obligations (OR) Art. 129, while the corresponding regulation in German law can be found in § 202 BGB. The Turkish and Swiss legislatures preferred to address the matter by introducing a prohibitive norm in the respective provisions. For this reason, an absolute prohibition was provided for the deadlines contained within the framework of the provision. In German law, on the other hand, the general limits of the freedom to change prescription periods have been regulated; provided that these limits are adhered to, greater freedom has been granted.

In Turkish and Swiss law, the prohibition of changing prescription periods is provided for certain periods. These periods consist of the ten- and fifteen-year prescription periods regulated in Articles 146-147 of the TCO and Articles 127-128 of the OR, as well as the ten-year prescription period that applies in the case of the commencement of a new period according to Article 156/II of the TCO and Article 137/II of the OR. In German law, on the other hand, the general regulation prohibiting the adjustment of prescription periods is applicable to all prescription periods by its very nature. In the Turkish-Swiss and German legal orders, there are indeed views that focus on public interest and the interests of the parties when it comes to provisions that prohibit the modification of prescription periods, but our opinion is that the purpose of this institution is to protect the debtor. In this regard, the regulation in German law, which grants the parties more freedom, appears to us to be the more appropriate one.

In the Turkish, Swiss, and German legal orders, the scope of the prohibition on changing prescription periods includes all regulations that directly or indirectly affect them. In this context, the first thing that comes to mind is that contractually agreed provisions that stipulate shorter or longer prescription periods than the statutory prescription periods are prohibited. Furthermore, the prohibition on changing the prescription periods in contractually agreed regulations that affect the prescription period still applies. In regulations that change the reasons for the suspension or interruption of the prescription period or convert the period into a forfeiture period, this is the case.

The type and form of the legal transaction that changes the statute of prescription periods is another contentious issue in the Turkish, Swiss, and German legal orders. In Turkish and Swiss law, it is argued that prescription periods can be changed through bilateral legal transactions. However, the unilateral modification of the prescription periods is only possible in exceptional cases. The form to which the legal transaction is subject is usually the form provided for the legal transaction concerning this right. In German law, it is argued that prescription periods can generally be changed by a bilateral legal transaction, and it is recognized that the legal transaction, according to prevailing opinion, does not require any formal form. At this point, we believe that prescription periods in contractual obligations can generally be modified through bilateral legal transactions, but in exceptional cases, a modification of the prescription period through unilateral legal transactions is also possible. In the latter case, it is an exception based either on the law or on the agreements of the parties. Regarding the rights arising from a unilateral legal transaction, it must be acknowledged that the prescription period can also be altered by a unilateral legal transaction. Regarding the form to which the legal transaction is subject, we believe that the problem should be resolved by applying TCO Art. 12. Therefore, the amendment of the

prescription period in a formal transaction should be carried out through a regulation that complies with the form requirements stipulated for this transaction.

In Turkish and Swiss law, there is no consensus on when the legal transaction that changes the prescription periods can be carried out at the earliest; however, we believe that the prescription periods can be changed from the moment the debtor-creditor relationship between the parties is established. Nevertheless, the regulations that change the prescription periods must be made no later than before the expiration of the prescription period. In our opinion, this interpretation also better reflects the intention of the Turkish and Swiss legislatures, which regulate the prohibition of changing prescription periods and the waiver of prescription as two separate institutions. In German law, on the other hand, it is recognized that the legal transaction to change the prescription periods is not subject to any time limitation. The reason for this is that the provision of § 202 BGB, which regulates the prohibition of changing prescription periods in German law, is a regulation that also includes the waiver of prescription. In our opinion, this interpretation is also correct with regard to the systematics of the German Civil Code and the content of § 202 BGB.

In Turkish and Swiss legal orders, the question of what the upper limit for the regulations on extending the prescription periods is, is controversial. Here, it is argued that the upper limit, based on the provisions of TCO Art. 140 and OR Art. 127, is a ten-year general prescription period. However, in our opinion, in these legal orders where waiver of the prescription period is permitted, it is more appropriate to set an upper limit on a case-by-case basis to solve the problem. In German law, the upper limit of contractually agreed regulations according to § 202/Abs.2 BGB is a period of thirty years from the beginning of the statutory prescription period. However, this period is only recognized as an absolute upper limit if the regulations are designed as general terms and conditions. Consequently, the question is decided taking into account the specific circumstances and whether the respective period also violates the duty of good faith. If it is concluded that a violation exists, the regulation will be considered invalid in accordance with the provisions of §§ 306 and 307 BGB, even if the relevant period is less than thirty years. Since Turkish and Swiss law do not set a upper limit on prescription periods, there is no discussion in this regard. However, it seems to us that it is ultimately possible to reach a similar result within the framework of the general provisions on general terms and conditions according to TCO Art. 20 ff.

In the Turkish, Swiss, and German legal orders, there is no statutory limit on the minimum duration of periods for shortening the prescription periods. At this point, the prevailing view in the three legal orders is that the matter should be resolved within the framework of concrete case justice. It is also pointed out that the statutory prescription periods established by the legislators should be utilized. For these deadlines are ultimately important benchmarks that illustrate the legal order's stance towards the institution of statutes of prescription.

In Turkish, Swiss, and German law, the sanction for violating the prohibition on changing prescription periods is absolute nullity. At least this is the case for regulations that shorten the prescription periods. However, in regulations that extend the prescription periods, partial nullity may sometimes come into play. The question of the applicability of partial nullity is primarily significant in whether the hypothetical declarations of intent by the parties allow for this. However, the regulations that are considered general terms and conditions no longer involve partial nullity, but rather the application of the statutory prescription period provided for this right.

Giriş

Zamanaşımı alacaklının alacak hakkını belirli bir sürenin geçmesiyle birlikte zayıflatan bir kurumdur¹. Türk, İsviçre ve Alman hukukunda niteliği itibarıyla de bir defi olarak kabul edilir². Böylelikle, borçluya sürenin dolmasıyla birlikte zamanaşımı defini ileri sürerek alacaklının alacağını dava yoluyla isteme yetkisini kesin olarak ortadan kaldırma imkânı sunar³. Başka bir deyişle, borcu ifadan süresiz olarak kaçınma imkânı verir⁴. Bunun dışında, zamanaşımının borcun kendisini sona erdirmeye özelliği yoktur⁵.

Türk, İsviçre ve Alman hukukunda hâkim olan ilke sözleşme özgürlüğüdür. Bu sayede taraflar sözleşmenin içeriğini kanunun öngördüğü sınırlamalara uymak kaydıyla diledikleri gibi belirleme yetkisine sahiptir⁶. İşte, sözleşme özgürlüğünün, hukukî ilişkilerin içeriğini belirlemeye yönelik sunduğu bu imkân, o hukukî ilişkiden doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı süresini de kapsamaktadır⁷. Dolayısıyla taraflar aralarındaki borç ilişkisinden doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemeleri yapma imkânına kural olarak sahiptir. Ne var ki, zamanaşımının hukukî güvenliği ve istikrarı sağlama⁸ ve taraf menfaatlerini koruma⁹ işlevlerini göz önünde bulunduran Türk, İsviçre ve Alman kanun koyucuları, zamanaşımı sürelerine ilişkin yapılacak düzenlemelere yönelik sınırlayıcı birtakım hükümler öngörmüştür.

Türk, İsviçre ve Alman hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağına ilişkin temel düzenlemeler Türk ve İsviçre Borçlar Kanunları ile Alman Medeni Kanunu'nda yer almaktadır. Burada yer alan düzenlemeler dışında, muhtelif bazı özel kanunlarda da benzer hükümlere yer verilmiştir.

¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024), N. 4046 ve 4054; Isabelle Wildhaber - Sevdade, *BK - Berner Kommentar / Allgemeine Bestimmungen - Die Verjährung, Art. 127-142 OR* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2021), *OR vor Art.127-142*, N. 1; Peter Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2020), N. 3269.

² BernerKom/Wildhaber - Dede, *OR vor Art.127-142*, N. 1; Helmut Grothe, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG (Redakteurin: Dr. Claudia Schubert - Herausgegeben von Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker/Dr. Roland Rixecker/Dr. Hartmut Oetker und Bettina Limperg)* (München: C.H.Beck Verlag, 2021), *BGB § 194*, N. 5.

³ Selahattin Sulhi Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 1030; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 4051; Murat Doğan vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 334; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 1216; BernerKom/Wildhaber - Dede, *OR vor Art.127-142*, N. 1; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 194*, N. 5.

⁴ Kemal Oğuzman - Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2024), N. 1903; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 4051.

⁵ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977), 520; Doğan vd., *Borçlar Hukuku*, 334; BernerKom/Wildhaber - Dede, *OR vor Art.127-142*, N. 2; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 194*, N. 5. Zamanaşımı bu yönüyle borcun sona erme hallerinden birini oluşturmaz. Buna rağmen, İsviçre kanun koyucusu, zamanaşımı kurumunu Kanun'un borçların sona ermesi başlığını taşıyan üçüncü bölümünde düzenlemiştir. Türk kanun koyucusu da benzer bir yolu izlemiş ve fakat zamanaşımı kurumunu üçüncü bölümün içerisinde ikinci ayırıma yer vermek suretiyle düzenleyerek bu hataya düşmemiştir. Alman kanun koyucusu ise zamanaşımını kurumunu Alman Medeni Kanunu'nda zamanaşımı başlığını taşıyan özel bir bölümde düzenlemiş ve söz konusu çelişkiye yer vermemiştir. Bununla birlikte, BGB § 901 hükmü, tapu kütüğünden yanlışlıkla silinen ya da kütüğe hiç kaydedilmemiş haklar bakımından istisna bir düzenleme getirmiş ve zamanaşımı süresinin dolmasıyla birlikte bu hakların sona ereceğini düzenlemiştir.

⁶ BernerKom/Wildhaber - Dede, *OR vor Art.127-142*, N. 1; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 954; Dirk Looschelders, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (München: Verlag Franz Vahlen, 2021), § 3 N. 3; Detlef Leenen - Martin Häublein, *BGB Allgemeiner Teil* (Berlin/Boston: Walter de Gruyter GmbH Verlag, 2021), § 1 N. 6.

⁷ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 1; Laurent Killias - Matthias Wiget, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR (Herausgegeben von Yesim M. Atamer und Andreas Furrer)* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2023), *OR Art.129*, N. 1; Heinrich Dörner, *Nomos Handkommentar - Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar (von SCHULZE Reiner/DÖRNER Heinrich/EBERT Ina u.a.)* (Baden: Nomos Verlag, 2023), *BGB § 202*, N. 1; Johanna Schmidt-Räntsch, *ERMAN BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BVerStG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VBG, VersAusglG, WEG - teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht, (Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann/Prof. Dr. Barbara Grunewald/Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer)* (Koeln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023), *BGB § 202*, N. 1. Türk hukukunda dolaylı olarak bu yönde bkz.: Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 407; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 1009; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku*, N. 274.

⁸ Andreas Furrer - Markus Müller-Chen, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2020), § 21 N. 78; Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3278; Andreas von Tuhr - Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts - Band II* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 1974), 211.

⁹ BernerKom/Wildhaber - Dede, *OR vor Art.127-142*, N. 12 vd.

Ancak bu çalışmada, konunun kapsamını genişletmemek amacıyla, yalnızca sözü edilen kanunlarda yer alan hükümler incelenmiştir.

I. Zamanaşımı Sürelerini Değiştirme Yasağına İlişkin Temel Hukukî Düzenlemeler

A. Genel olarak

Türk hukukunda zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceğine ilişkin düzenleme “sürelerin kesinliği” kenar başlığını taşıyan Türk Borçlar Kanunu (TBK) md.148’de yer almaktadır. İlgili hükümde, “*Bu ayırimda belirlenen zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle değiştirilemez.*” denilmektedir.

İsviçre hukukunda ise konu sürelerin değiştirilemezliği (*unabänderlichkeit der Fristen*) kenar başlığını taşıyan Borçlar Kanunu (*Obligationenrecht - OR*) Art.129 hükmünde¹⁰ düzenlenmiştir. İlgili hüküm TBK md.148 hükmüne mehz teşkil etmektedir. Nitekim bu hükümde “*Bu ayırimda yer alan zamanaşımı süreleri tarafların tasarrufu ile değiştirilemez.*” denilmek suretiyle esasen bazı farklar bir kenara bırakılır ise esas itibariyle benzer çözüm yolu benimsenmiştir.

Türk-İsviçre hukukunda yer alan düzenlemelere bakıldığında, her iki kanun koyucunun da meseleyi yasaklayıcı norm getirmek suretiyle düzenlediği görülmektedir. Yani, hükmün kapsamında yer alan süreler bakımından yasaklayıcı nitelikteyken; hükmün kapsamı dışında kalan süreler yönünden ise serbestî tanıyan niteliktedir¹¹. İlgili düzenlemeler niteliği itibariyle de emredici hukuk kurallarıdır¹².

Alman hukukunda ise meselenin zamanaşımına ilişkin anlaşmaların geçersizliği (*Unzulässigkeit von Vereinbarungen über die Verjährung*) başlığını taşıyan Medenî Kanun (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) § 202 hükmünde¹³ düzenlendiği görülmektedir¹⁴. İlgili hüküm Türk-İsviçre hukukundaki düzenlemelere nazaran daha ayrıntılıdır. Nitekim BGB § 202’de, “(1) *Zamanaşımı süresi kast sebebiyle sorumluluk hâlinde önceden hukukî işlem yoluyla hafifletilemez. (2) Zamanaşımı süresi hukukî işlem yoluyla yasal başlangıç anından itibaren otuz yıllık süreyi aşacak şekilde ağırlaştırılamaz.*” denilmek suretiyle mesele konu ve süre bakımından iki ayrı fıkrada düzenlenmiştir. Ayrıca, hükmün meseleyi ele alış şekli de Türk-İsviçre hukukundaki düzenlemelerden tamamen farklıdır. Zira BGB § 202 hükmü, belirli sınırlamalara yer vermekle birlikte esas itibariyle serbestîyi kabul etmiştir¹⁵. Türk-İsviçre hukukundaki yaklaşım ise az önce ifade ettiğimiz üzere bunun tam tersidir¹⁶.

¹⁰ İlgili hükmün Almanca metni şu şekildedir: “*Die in diesem Titel aufgestellten Verjährungsfristen können durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden.*”

¹¹ Stephen V. Berti, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1h/2 - Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung, Art. 127-142 - OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2002, OR Art.129/141, N. 8.

¹² Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), § 42 N. 17.

¹³ İlgili hükmün Almanca metni şu şekildedir: “(1) *Die Verjährung kann bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden. (2) Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden.*”

¹⁴ Alman kanun koyucusunun madde başlığını isabetsiz bir şekilde düzenlediği ve geçersizlik halinin hükmün öngördüğü tek müeyyide olmadığı ve burada kısmî hükümsüzlüğün de gündeme gelebileceği yönünde bkz.: Heinz-Peter Mansel, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO* (Herausgegeben von Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner) (München: C.H.Beck Verlag, 2023), BGB § 202, N. 1.

¹⁵ Panajotta Lakkis, *Juris PraxisKommentar BGB Band 1 Allgemeiner Teil* (herausgegeben von Prof. Dr. Klaus Vieweg) – Gesamtherausgeber: Prof. Dr. Maximilian Herberger/Prof. Dr. Dr. H.c. Helmut Rüßmann/Prof. Dr. Stephan Weth (Saarbrücken: juris GmbH, 2014), BGB § 202, N. 1; Florian Eichel, *BGB Soergel - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 2/2: Allgemeiner Teil 2/2: §§ 158-240* (Bandredaktor: Herr Prof. Dr. Jan Dirk Harke - Bearbeitet von Prof. Dr. Walter Bayer/Prof. Dr. Florian Eichel/Dr. Cyril Hergenröder/Prof. Dr. Fabian Klinck/Dr. Michael Matthiessen und Frau Prof. Dr. Claudia Mayer) (Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 2022), BGB § 202, N. 1. Bu yönüyle, süreleri uzatan düzenlemeleri mutlak surette yasaklayan ve süreleri kısaltan düzenlemeler bakımından tam serbestîyi kabul eden eski BGB § 225 hükmündeki düzenlemeden de ayrılan bir çözüm yolu benimsenmiştir. Bu noktada BGB § 202 hükmünde yer alan sınırlamalar da genel itibariyle dürüstlük kuralı ve genel işlem koşulları gibi hususların doğal uzantısını oluşturduğunu da ayrıca ifade etmek gerekir. Bu doğrultuda bkz.: Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 1. Alman kanun koyucusunun avrupa sözleşme hukukundaki ilkelere dayanarak yeni düzenlemeyi yaptığı yönünde bkz.: juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 2.

¹⁶ İsviçre kanun koyucusu, 2020 yılında İsviçre Borçlar Kanunu revizyonu sürecinde tıpkı Alman kanun koyucusunun çizgisinden hareket ederek benzer şekilde meseleyi çözümlemişti. Nitekim Taslak OR Art. 159 hükmü, yürürlükte olan OR

B. Zamanaşımı Sürelerini Değiştirme Yasağına İlişkin Hukukî Düzenlemelerin Amacı

Zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı öngören hükümlerin kamu yararı amacıyla getirildiği ileri sürülmektedir¹⁷. Bunun sebebi, zamanaşımı kurumunun en nihayetinde hukukî güvenliği ve istikrarı sağlamaya hizmet etmesidir¹⁸. Taraflara süreler üzerinde diledikleri şekilde tasarruf etme imkânının verilmesi bu kurumun amacının büyük ölçüde ortadan kaldırılması anlamına gelir¹⁹. Bunun dışında, değiştirme yasağıyla güdülen diğer amaç taraf menfaatlerini korumaktır. Taraflar ile kastedilen zamanaşımına tabi borcun alacaklısı ve borçlusudur²⁰. Bu kapsamda, zamanaşımı süresinin uzatılması suretiyle borçlu bakımından aşırı bağılıkların önlenmesi amaçlanmaktadır²¹. Alacaklı bakımından ise amaç sürelerin ölçsüz bir şekilde kısaltılmasının önüne geçilmesidir²².

Zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı öngören hükümlerin amacı kanaatimizce zamanaşımına tabi borcun borçlusunu korumaktan ibarettir²³. Daha açık bir deyişle, ilgili kurum özellikle borçluyu korumak amacıyla düzenlenmiştir²⁴. Bunun dışında, burada öncelikli olarak bir kamu yararı amacı güdülmemekte²⁵ ve alacaklının menfaati de en nihayetinde ikincil plandadır²⁶. Bu görüşün temel

Art.129 hükmünün aksine, “zamanaşımı sürelerine ilişkin kararlaştırmalar” kenar başlığını taşımakta ve hükmün ilk fıkrasında zamanaşımı sürelerinin taraflarca kısaltılabileceği ve uzatılabileceği düzenlenmekteydi. Müteakip ikinci ve üçüncü fıkrada ise bu serbestinin süre bakımından sınırları yer almaktaydı.

¹⁷ Robert K. Däppen, *Basler Kommentar, Basler Kommentar Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR (Hergestellt von Widmer Luchinger Corinne/Oser David)* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020), OR Art.129, N. 1; Raphael Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht (Hervorragende Beiträge zu den Rechtswissenschaften Band/Nr. 04)* (Zürich: Dike Verlag, 2023), N. 635; BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 13; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 42 N. 35; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, 530; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 4048; Fikret Eren - Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi – Cilt III m. 83-206* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), *TBK md.148*, N. 2. Türk-İsviçre hukukunda zamanaşımı süresini kısaltan düzenlemelere de sınırlama getirildiği düşünüldüğünde buradaki tek amacın kamu yararı olmadığı ifade edilmektedir. Bu görüş için bkz.: Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku*, N. 1909.

¹⁸ Ahmet Mithat Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), N. 5670; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 635; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 1; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 4048; BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 13; Ivo Schwander, *OFK - Orell Füssli Kommentar / OR Kommentar - Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht (Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander und Stephan Wolf)* (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2023), OR Art.129, N. 1. Zamanaşımının alacaklının alacağı ile ilgisini sağlama işlevine de sahip olduğu yönünde ayrıca bkz.: Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, N. 5669.

¹⁹ BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 13.

²⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 4066; BH-Şerhi/Eren – Dönmez, *TBK md.148*, N. 2; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 635.

²¹ BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 14; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 635.

²² Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3379; BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 15; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 635.

²³ Böylelikle, borçlu lehine hukukî güvenliğin garanti altına alınması ve onun korunmasının temininin sağlanacağını yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı için bkz.: BGE 132 III 226 E. 3.3.1. www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 25.03.2024).

²⁴ CHK/Killias – Wiget, OR Art.129, N. 1.

²⁵ Nitekim İsviçre hukukunda da isabetli olarak modern zamanaşımı hukuku düzenlemelerinin taraflara daha fazla özgürlük tanıdığı ve zamanaşımı kurumunda bir liberalleşme adınının atılmasının zamanın ruhuna daha uygun olacağı ifade edilmektedir. Bundan dolayı da temel prensibin zamanaşımı sürelerini değiştirme özgürlüğü olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 636.

²⁶ Nitekim zamanaşımı kurumu ve ayrıca süreleri değiştirme yasağını öngören hükmün daha ziyade borçluyu korumayı amaçladığı yönünde ayrıca bkz.: Yasin Alperen Karaşahin, *Parteiautonomie im Verjährungsrecht* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2017), N. 345; BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 14. İsviçre hukukunda borçluyu ön plana almak suretiyle yaklaşım sergileyen görüşler dikkate alındığında, bize göre, bu görüşlerin de ulaştığı sonuç aslında zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağına ilişkin hükümlerin bilhassa borçluyu korumak amacıyla getirildiği yönündedir. Zira, bir hükmün özellikle getirilme amacı esasında hükmün öngördüğü ilk amaçtan ibarettir. Yoksa, burada muhtemel birden fazla amaç arasındaki eşitliği vurgulama amacı söz konusu değildir. Bundan dolayıdır ki, Alman kanun koyucusu eski Kanun döneminde zamanaşımı süresini uzatan düzenlemeleri mutlak surette yasaklayan yaklaşımı terk etmiştir. Zira eski Kanun dönemindeki hâkim anlayış söz konusu yasağın hem borçluyu hem de kamu yararı amacını koruyan bir işleve sahip olduğu yönündeydi. Bu sebeple de süreleri kısaltan düzenlemelere cevası verilmemekteydi. Oysa, BGB § 202 hükmü ile beraber Alman kanun koyucusu sözleşme özgürlüğü ilkesini taraflar bakımından güçlendirmeyi tercih etmiştir. Bu konuda ilgili açıklamalar için bkz.: MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 1-2. Ancak, bu yapılırken borçlu aleyhine olan zamanaşımı sürelerini ağırlaştıran düzenlemeler bakımından açıkça bir üst sınıra yer verilerek sözleşme özgürlüğünün sınırları bu tür düzenlemelerde kesin olarak tayin edilmiştir. Benzer bir mutlak sınırlamaya zamanaşımı süresini hafifleten düzenlemelerde rastlanmadığı gibi; BGB § 202/Abs.1 hükmü de esasında BGB § 276 hükmünü tamamlayan bir düzenlemedir. Bu yönüyle de BGB § 202 hükmünün asıl işlevi zamanaşımı sürelerini ağırlaştıran düzenlemeler bakımından söz konusudur. Bu yönüyle de Alman kanun koyucusunun burada kamu yararı düşüncesinden hareket etmediği açık olmakla birlikte asıl olan kanaatimizce borçluyu koruma düşüncesidir.

gerekçelerini ise her üç hukuk düzeninde yer alan hukukî düzenlemelerden hareket ederek ortaya koymak mümkündür.

İlk olarak, Türk-İsviçre hukukundaki düzenlemelerde hükmün uygulama alanı, aşağıda inceleneceği üzere, yalnızca belirli zamanaşımı süreleri ile sınırlandırılmıştır. Oysa, bize göre, kamu yararı amacı güden bir hükmün genel nitelikte ve daha kapsayıcı bir düzenleme getirmiş olması gerekirdi. Bu sebeple, Türk-İsviçre kanun koyucularının zamanaşımı süreleri içerisinde bir ayırım yapmaması gerekirdi²⁷. Nitekim İsviçre hukukunda meseleyi ele alan yazarlar da İsviçre kanun koyucusunun OR Art.129 hükmünde zamanaşımı süreleri arasında neden böyle bir ayırıma yer verildiğinin makul bir cevabının bulunmadığını belirtmektedir²⁸. Oysa, Alman hukukuna bakıldığında böyle bir sorunla karşılaşmamaktadır. Zira BGB § 202 hükmünün öngördüğü temel prensip sürelerin değiştirilebileceği yönündedir. Kamu yararı amacı düşüncesinden hareket etmeyen Alman kanun koyucusunun bu şekilde bir düzenlemeye yer vermesi de aslında olması gereken bir durumdur. Zira kamu düzeni ve yararını koruyan bir hükmün, en azından zamanaşımı süreleri yönünden serbestî sunmaktan ziyade sınırlayıcı bir karaktere sahip olması gerekirdi. Zaten, İsviçre hukukunda zamanaşımı kurumunun temelinde de borçluya esnek koruma sağlama imkânının kendisine sunulmuş olması yer alır²⁹. Nitekim, buna paralel olarak, zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesinde alt ve üst sınırları düzenlemek suretiyle taraflara kural olarak özgürlük tanıyan ön tasarı aşamasındaki Art. 133 VE-OR (*Vorentwurf-Obligationenrecht*) hükmünün³⁰ daha uygun bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir³¹.

İkinci olarak, Alman hukukuna bakıldığında ise BGB § 202 hükmünde zamanaşımının hafifletilmesi ve ağırlaştırılması ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Oysa, bu ifadeler hem alacaklı hem de borçlu için kullanılabilir niteliktedir³². Ancak, zamanaşımı süresinin otuz yılı aşacak şekilde ağırlaştırılmasını yasaklayan ikinci fıkra göz önüne alındığında, hükmün asıl amacının borçluyu korumak olduğu anlaşılmaktadır³³. Bu sonuca, zamanaşımı süresini kısaltan düzenlemelerden yola çıkılarak da açıkça ulaşılabilmektedir. Gerçekten de Alman kanun koyucusu zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemelerde sürelerin hafifletilemeyeceğini düzenlemiştir. Zamanaşımı sürelerinin kısaltılması niteliği itibarıyla borçlunun durumunu hafifleten bir hâldir. Bu da Alman kanun koyucusunun BGB § 202 hükmünü düzenlemesindeki temel amacın borçluyu korumak olduğunu ortaya koymaktadır. Öte yandan, borç ilişkilerinde alacaklı taraf genel olarak borçlu tarafa nazaran daha güçlü pozisyonundadır.

²⁷ Türk hukukunda bu konuda farklı eleştiriler getiren yazar için ayrıca bkz.: Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 376.

²⁸ İsviçre Borçlar Kanunu'nun üçüncü ayırımında yer alan zamanaşımı sürelerinin diğer yasal zamanaşımı sürelerinden ne yönüyle ayrı olduğu ve OR Art.129 hükmünün bu süreler için öngördüğü farklı muameleyi haklı kılacak anlaşılabilir bir sebebin bulunmadığı yönünde bkz.: Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 638. OR Art.129 hükmünün üçüncü ayırımının içerisinde yer alan süreler ile bu ayırımın dışında yer alan süreler arasında ortaya koymuş olduğu bu fark ikna edici değildir. Geniş kapsamlı uygulama alanına sahip olan ve özel süreleri içermeyen zamanaşımı sürelerini tarafların tasarrufunun kapsamında çıkarırken; borçluyu korumak amacıyla getirilmiş olan özel süreler üzerinde taraflara tasarruf etme imkânı sunmak anlaşılması güç bir durumdur. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz.: Claire Huguenin - Florent Thouvenin, *Verjährung und Reform in der Schweiz (in: Verjährungsrecht in Europa - zwischen Bewährung und Reform)*, University of St. Gallen Law School Law and Economics Research Paper Series Working Paper No. 2013-11, 7.

²⁹ ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 2.

³⁰ İlgili hükmün Almanca metni şu şekildedir: "(1) Die relative Frist kann bis auf eine Mindestdauer von einem Jahr verkürzt oder bis zu einer Höchstdauer von zehn Jahren verlängert werden. (2) Die absolute Frist kann bis zu einer Mindestdauer von drei Jahren verkürzt oder bis zu einer Höchstdauer von dreissig Jahren verlängert werden. (3) Allgemeine Geschäftsbedingungen, die eine Verkürzung der Verjährungsfristen bei Personenschäden vorsehen, sind nichtig. (4) Der Beginn der Verjährungsfristen kann abgeändert werden, soweit dies nicht dazu führt, dass die Mindestfristen unterschritten und die Höchstfristen überschritten werden".

³¹ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 8. Benzer eleştiriler için ayrıca bkz.: Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 660.

³² Zira zamanaşımı süresinin uzatılması borçlu bakımından koşulları ağırlaştırırken; zamanaşımı süresinin kısaltılması hâlinde artık alacaklı bakımından ağırlaşan koşullar söz konusu olur.

³³ Nitekim Alman hukuk öğretisinde de zamanaşımı süresini kısaltan anlaşmalar için "zamanaşımını hafifleten düzenlemeler" ifadesi kullanılırken; zamanaşımı süresini uzatan anlaşmalar için ise "zamanaşımı süresini ağırlaştıran" ifadesine yer verilmektedir. İlk durumda alacaklı aleyhine kararlaştırmalar söz konusuyken; ikinci durumda borçlu aleyhine kararlaştırmalardan söz edilmektedir. Bu doğrultuda bkz.: Nomos-HK/Dörner, *BGB § 202*, N. 2-3. Aynı doğrultuda bkz.: Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 1; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 1.

Hâl böyleyken, borçlunun alacaklıya karşı zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemeleri dayatması da pratikte pek mümkün olmaz³⁴.

C. Zamanaşımı Sürelerini Değiştirme Yasağına İlişkin Hukukî Düzenlemelerin Uygulanma Alanı

1. Genel olarak

Zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağına ilişkin hükümler Türk, İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu noktada, Türk-İsviçre hukuku benzer bir çözüm yolu benimsemektedir. Alman hukuku ise bu iki hukuk düzenine nazaran oldukça farklı bir yaklaşıma sahiptir.

2. Türk-İsviçre hukuku

Türk-İsviçre hukukundaki hukukî düzenlemelerin uygulanma alanı ilgili hükümlerde belirtilmiştir. Buna göre, zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı, her iki hukuk düzeninde “*bu ayırımda belirlenen zamanaşımı süreleri*” için uygulanacaktır. Yani, TBK md.146-147 hükümlerinde (OR Art.127-128) yer alan on ve beş yıllık zamanaşımı süreleri ile TBK md.156/II’de (OR Art.137/Abs.2) yeni sürenin başlaması hâlinde uygulanacak on yıllık zamanaşımı süresi bu yasağın kapsamında yer almaktadır³⁵. Dolayısıyla, hükmün zıt anlamından çıkan sonuç, söz konusu zamanaşımı süreleri dışındaki sürelerin

³⁴ Bundan dolayıdır ki, zamanaşımı sürelerini değiştirmeye yönelik genel işlem koşuluyla yapılan düzenlemeler öğretide ayrıca tartışma konusu olmuştur. Alman hukukunda bu konudaki tartışmalar için bkz.: Wolfgang Henrich, *BeckOK-BGB: Bamberger / Roth / Hau / Poseck Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Band 1: §§ 1-480 (Herausgegeben von Dr. Wolfgang Hau/Dr. Roman Poseck/Dr. Heinz Georg Bamberger und Dr. Herbert Roth)* (München: C.H.Beck Verlag, 2023), *BGB § 202*, N. 1; *MüKo-BGB/Grothe, BGB § 202*, N. 5.

³⁵ Isabelle Wildhaber - Sevdâ Dede, *Verzicht auf die Verjährungseinrede (in: Das neue Verjährungsrecht Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern // Herausgegeben von: Walter Fellmann)* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2019), 137; Huguenin - Thouvenin, 7; CHK/Killias – Wiget, *OR Art.129*, N. 2; Frédéric Krauskopf, *Präjudizienbuch OR - Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020) (Herausgegeben von Peter Gauch und Hubert Stöckli)* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2021), *OR Art.129*, N. 1; Gümüş, *Borçlar*, 1219; Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3377; ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 11; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 18 ve 20; Karasahin, *Parteiautonomie*, N. 210. TBK md.146-147 ile sınırlı olarak bu doğrultuda bkz.: TBK md.146-147 hükümleriyle sınırlı olarak meseleyi ele alan görüşler için bkz.: Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 4070; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, N. 5848; Doğan vd., *Borçlar Hukuku*, 336; BH-Şerhi/Eren – Dönmez, *TBK md.148*, N. 3. Türk hukukunda bazı yazarlara göre, TBK md.148 hükmünün uygulama alanı içerisinde alacaklıya ek altmış günlük süre tanıyan TBK md.158 hükmü de yer almaktadır. Kanaatimizce bu görüş isabetli olmayıp ilgili hükümde düzenlenen sürenin niteliği itibarıyla bir zamanaşımı süresi olduğu dahi tartışmalıdır. Bu noktada fikrimiz ilgili sürenin bir zamanaşımı süresi olmadığı yönündedir. Bu sebeple de TBK md.148 hükmünün kapsamında yer alması düşünülemez. TBK md.158’de düzenlenen altmış günlük sürenin zamanaşımı süresi niteliğinde olmadığı yönünde görüşler için ayrıca bkz.: Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku*, N. 1957. Türk hukukunda Erdem, altmış günlük ek sürenin niteliği itibarıyla zamanaşımı süresi olmadığını ve burada bir hak düşürücü süre olduğunu ileri sürmesine rağmen TBK md.148 hükmünün kapsamında TBK md.158 hükmünün de yer aldığını söylemektedir. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira hak düşürücü sürelerde kamu düzeni esas olduğundan sürelerin değiştirilmesi mümkün değildir. Yazarın bu husustaki açıklamaları için bkz.: Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 317 ve 370. TBK md.158 hükmünün süreleri değiştirme yasağının kapsamında yer aldığını ileri süren görüşler için ayrıca bkz.: Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 1070; Gümüş, *Borçlar*, 1219. İsviçre hukukunda 2020 yılında yapılan revizyon ile birlikte OR Art.128a hükmünde üç ve yirmi yıllık zamanaşımı süreleri ile OR Art.139 hükmünde otuz yıllık zamanaşımı süresi getirilmiştir. İlgili zamanaşımı sürelerinin, zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı öngören OR Art.129 hükmünün kapsamına girip girmediği meselesi ise tartışmalıdır. OR Art.128a hükmünün haksız fiile; OR Art.139 hükmünün ise müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemeler olması sebebiyle ilgili zamanaşımı sürelerinin değiştirme yasağının kapsamında yer almadığı ifade edilmektedir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3377a. OR Art.128a hükmünde yer alan zamanaşımı sürelerinin OR Art.129 hükmünün kapsamında yer almadığını ifade eden bir başka görüş için bkz.: Yasin Alperen Karasahin, “Verjährungsverzicht und Vereinbarungen über die Dauer von Verjährungsfristen nach der Revision des Verjährungsrechts”, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 0/11 (November 2019), 752 vd. OR Art.128a ve OR Art.139 hükümlerinde öngörülen zamanaşımı sürelerinin değiştirme yasağının kapsamında yer aldığını ifade eden aksi yöndeki görüş için bkz.: Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 649-650 ve 654.

kural olarak değiştirilebileceği yönündedir³⁶. Meğer ki, ilgili zamanaşımı süreleri emredici nitelikte düzenlenmiş olsun³⁷. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaklaşımı da bu doğrultudadır³⁸.

İsviçre hukukunda bazı yazarlar, değiştirme yasağını öngören hükmün kapsamını yalnızca bu zamanaşımı süreleriyle sınırlı tutmanın makul izahattan yoksun olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple de ilgili ayırımın dışında yer alan zamanaşımı süreleri için de yasağın uygulanması gerektiğini savunmaktadır³⁹. Ancak Türk-İsviçre hukukundaki hâkim görüş, ilgili ayırımda belirtilen zamanaşımı süreleri dışındaki sürelerin yasağın kapsamında yer almadığı yönündedir⁴⁰. Aksi yönde bir yorum, sözleşme özgürlüğünün kapsamını daraltan bir istisna teşkil edeceğinden hükmün bu şekilde geniş yorumlanması mümkün olmamalıdır⁴¹. Bu sebeple de taraflar diğer zamanaşımı süreleri üzerinde kanunun öngördüğü genel sınırlamalara riayet etmek kaydıyla serbestçe tasarruf edebilir.

Olmayı gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından yapılacak değerlendirme farklı olmakla birlikte, pozitif hukuk (*de lege lata*) bağlamında bizim de kanaatimiz, hükmün dar yorumlanması gerektiği yönündedir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin, ilgili düzenlemeleri, sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak ele alması da bu kanaatimizi destekler niteliktedir⁴². Kaldı ki, Türk-İsviçre hukukunda asıl olan irade özerkliğidir. Zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağını öngören hükümler ise bu özerkliği sınırlandırmak amacıyla getirilen istisnai düzenlemelerdir. İstisna öngören bir hükmün ise genişletici değil ama daraltıcı yoruma tabi tutulması uygun olan çözüm yolunu oluşturur.

3. Alman hukuku

Alman hukukunda BGB § 202 hükmünün uygulanma alanı Türk-İsviçre hukukuna nazaran oldukça farklıdır. Zira BGB § 202 hükmü genel olarak tüm zamanaşımı süreleri bakımından uygulanır⁴³. Meğerki, belirli zamanaşımı süreleri bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmiş olsun⁴⁴. Böyle bir durumda, sürelerle ilişkin anlaşmalar artık özel hükmün öngördüğü sınırlamaya uygun olarak yapılmalıdır. Örneğin; Aktiengesetz (*AktG*) § 93/Abs.6 ve Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter

³⁶ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 52; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 632, 634 ve özellikle 661; *Präjudizienbuch-OR/Krauskopf*, *OR Art.129*, N. 1; ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 17; OFK/Schwander, *OR Art.129*, N. 1; Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 372; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, 530 vd.; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 1070; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, N. 5850; BaslerKom/Däppen, *OR Art.129*, N. 2; CHK/Killias – Wiget, *OR Art.129*, N. 6; Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3378 vd.; BH-Şerhi/Eren – Dönmez, *TBK md.148*, N. 3. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer 4A_221/2010 E. 3 Urteil vom 12. Januar 2012. www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 31.07.2024).

³⁷ OFK/Schwander, *OR Art.129*, N. 1; Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 372; ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 19; *Präjudizienbuch-OR/Krauskopf*, *OR Art.129*, N. 1. Örneğin; sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarda zamanaşımı süresini düzenleyen TBK md.82 ve OR Art.67'de yer alan sürelerin değiştirilebilir nitelikte olduğu yönünde bkz.: BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 52.

³⁸ "...Üçüncü kısım dışında yer alan zamanaşımı sürelerinin tarafların anlaşması suretiyle değiştirilmesi mümkündür.", BGer 4A_221/2010 E. 3 Urteil vom 12. Januar 2012. www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 31.07.2024).

³⁹ Karl Spiro, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 1975), 864 vd.; Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 1964), 439. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz.: ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 13.

⁴⁰ Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3380; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 1070; BaslerKom/Däppen, *OR Art.129*, N. 2; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, N. 5850; Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 394; BH-Şerhi/Eren – Dönmez, *TBK md.148*, N. 3; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, 530 vd. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGer 4A_221/2010 E. 3; BGE 108 II 194 E. 4b; 99 II 185E. 2aB; BGE 112 II 231 E. 3e/bb. www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 25.03.2024).

⁴¹ Melanie Catalina Gottini, *Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht, Grundlagen und ausgewählte Problembereiche* (Zürich: Universität Zürich, Wirtschaftsrecht, Dissertation), 134; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 16.

⁴² BGE 132 III 226 E. 3.3.1 Urteil vom 13. Februar 2006. www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 31.07.2024).

⁴³ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 12. BGB § 202 hükmünün kapsayıcı niteliği hükmün kapsamını oluşturan hukukî işlemler yönünden de söz konusudur. Gerçekten de BGB § 202 hükmü süreleri değiştiren hukukî işlemler dışında ayrıca zamanaşımından feragati de içeren daha kapsamlı bir düzenlemedir. Hatta ilgili hüküm, zamanaşımına ilişkin taraflarca yapılması mümkün tüm düzenlemeleri kapsamaktadır. Oysa Türk-İsviçre hukukunda zamanaşımından feragat TBK md.160 ve OR Art.141 hükümlerinde ayrı olarak düzenlenmiştir. Alman hukukunda bu hususta bkz.: Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 4; Jauernig/Mansel, *BGB § 202*, N. 1; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 10; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 3. Bunun dışında, zamanaşımına tabi olmayan haklar bakımından ilgili hüküm uygulanmaz. Söz konusu hakların zamanaşımına tabi olacağına ilişkin kararlaştırmalar da aynı şekilde geçersizdir. Bu doğrultuda bkz.: BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 2; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 7; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 6; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 15.

⁴⁴ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 5.

Haftung (*GmbHG*) § 43/Abs.4'te yer alan süreler bakımından süreleri kısaltan düzenlemeler geçersizdir⁴⁵. Benzer düzenlemeye, satış sözleşmelerinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin süreler bakımından BGB § 476/Abs.2'de de rastlanmaktadır⁴⁶. Bu yönüyle Alman hukukunda, Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak, söz konusu yasak genel ve kapsayıcı nitelikte düzenlenmiş ve belirli zamanaşımı süreleri ile sınırlı bir yaklaşım ortaya konmamıştır. Öte yandan, zamanaşımı sürelerinin tabi olduğu hakkın sözleşmeden doğmuş olması da gerekmez⁴⁷. Dolayısıyla BGB § 202 hükmü zamanaşımına tabi olan tüm haklar bakımından uygulama alanı bulur.

Alman kanun koyucusu BGB § 202 hükmünün uygulanma alanı bakımından ayrıca özel bir sınırlamaya yer vermiştir. O da kast sebebiyle sorumluluğun varlığı hâlinde önceden yapılan zamanaşımı koşullarını hafifleten düzenlemelerdir. Son halde, taraflarca yapılan ilgili düzenlemeler artık geçersizdir.

4. Değerlendirme ve kanaatimiz

Zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı öngören hükümlerin temel amacının asıl olarak borçluyu korumak olduğu düşünüldüğünde⁴⁸, kanaatimizce, Alman hukukunda yer alan düzenleme daha isabetlidir. Gerçekten de Alman kanun koyucusunun, zamanaşımı kurumunu düzenlerken kamu yararını gözetme veya borçluyu koruma amacıyla hareket ettiği pek tabii ileri sürülebilir. Buna rağmen, Alman kanun koyucusu, zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağını düzenleyen BGB § 202 hükmünde, bu amaç veya amaçların yalnızca belirli zamanaşımı süreleri bakımından geçerli olduğu şeklinde bir çelişkiye düşmemiştir. Daha açık bir deyişle, zamanaşımı kurumunun temelinde yer alan amacın ne olduğundan bağımsız olarak süreleri değiştirme yasağının kapsamı yalnızca belirli zamanaşımı süreleri ile sınırlı tutulmamıştır. Alman hukukunda süreleri değiştirme yasağı Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak bazı zamanaşımı süreleri sınırlı değildir. Bu yönüyle de oldukça tutarlı bir yaklaşım ortaya konulmuştur.

Kanaatimizce de zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı bakımından önemli olan husus, sürelerin nerede düzenlendiği değildir. Çünkü zamanaşımı kurumunun öngördüğü bir amaç var ise bu tüm zamanaşımı süreleri bakımından bulunur. Aksi takdirde, söz gelimi kamu yararı amacının yalnızca belirli zamanaşımı süreleri bakımından bulunduğunu kabul etmek gerekir. Böyle bir yorum ise mantıklı izahattan yoksundur. Bunu göz önünde bulunduran Alman kanun koyucusu da hükmün uygulanma alanı bakımından sürelerin düzenlendiği yeri değil; sürenin azami sınırını ve sorumluluğu doğuran kusurun derecesini dikkate almıştır. Böylelikle, zamanaşımı kurumunun amacına uygun ve ayrıca sorumsuzluk anlaşmalarında kast sebebiyle sorumluluktan önceden kurtaran anlaşmaların geçersizliğini düzenleyen BGB § 276/Abs.3 hükmüyle de çelişmeyen bir tutum sergilenmiştir.

II. Zamanaşımı Sürelerini Değiştirme Yasağının Kapsamı

A. Türk-İsviçre hukuku

Türk-İsviçre Hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağının kapsamını öncelikle ilgili sürelerden daha uzun veyahut daha kısa bir süreye yer veren düzenlemeler oluşturur⁴⁹. Böyle bir durumda, sürelerin doğrudan değiştirilmesi (*unmittelbare Abänderung*) gündeme gelir⁵⁰. Taraflarca yapılan değişiklikler de esas olarak zamanaşımına ilişkin sabit süreye (*Verjährungsfrist als fester*

⁴⁵ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 5.

⁴⁶ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 3 ve 6; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 8.

⁴⁷ juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 5.

⁴⁸ Bkz.: Yukarıda dipnot 23 ve 24'ü karşılayan cümleler.

⁴⁹ ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 14; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 656; *Präjudizienbuch-OR/Krauskopf*, *OR Art.129*, N. 1; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 23, 25 ve 45; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 1072; Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 372; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, N. 5851; BH-Şerhi/Eren – Dönmez, *TBK md.148*, N. 1; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 4065; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, 530.

⁵⁰ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 23.

Zeitabstand) yapılan bir müdahaleden ibarettir. Bu noktada, zamanaşımı süresinin tamamen kaldırılması da yine bu kapsamda değerlendirilmektedir⁵¹.

Zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesinden yalnızca ilgili sürelerin kısaltılması veya uzatılması anlaşılmamalıdır⁵². Zamanaşımı sürelerine dolaylı olarak etki eden her türlü düzenlemeler de aynı şekilde yasağın kapsamında yer alır⁵³. Zamanaşımı sürelerine dolaylı etki ile kastedilen ise sürenin kendisinden ziyade onun başlangıç veya sona erme anına müdahale edilmek suretiyle fiili zamanaşımı süresinin (*faktische Verjährungsdauer*) değiştirilmesini ifade etmektedir⁵⁴. Bu kapsamda, TBK md.149 ve OR Art.130 hükümlerinden ayrılan ve zamanaşımı süresinin başlangıç anını değiştiren her türlü kararlaştırma yasağın kapsamında yer alır⁵⁵. Örneğin; zamanaşımının son gününün tatil gününe denk gelmesi hâlinde, sürenin hesaplanması bakımından TBK md.151/II hükmü dolayısıyla uygulanacak olan TBK md.93/I hükmünün⁵⁶ bertaraf edilmesi bu kapsamdadır⁵⁷. Keza, zamanaşımının yasal başlangıç anından itibaren ayrıca bir yıllık vadenin dolmasıyla birlikte işleyeceğinin kararlaştırılması hâlinde de durum böyledir⁵⁸.

Zamanaşımının durma veya kesilme sebeplerini değiştiren hallerde süreleri değiştirme yasağı aynı şekilde uygulama alanı bulur⁵⁹. Bunun sonucu olarak, zamanaşımını durduran ya da kesen sebepleri ortadan kaldıran yahut süreyi durduran ya da kesen yeni sebeplere yer veren düzenlemeler geçersizdir⁶⁰. Aksi yönde bir yorum, sürelerle dolaylı olarak etki eden düzenlemeler yapmak suretiyle hükmün dolanımına imkân vermek anlamına gelir⁶¹. Bu sebeple, zamanaşımı süresinin hak düşürücü

⁵¹ ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 14; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 23. Hakkın zamanaşımı süresine tabi olmayacağına yönelik kararlaştırmalar zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı öngören TBK md.148 ve OR Art.129 hükümlerinin kapsamında yer almaz. Aksi yönde bir yorum, süreleri değiştirme yasağının kapsamında yer almayan zamanaşımı sürelerinin tamamen kaldırılabilirliği anlamına gelir. Oysaki, zamanaşımına ilişkin yapılan ve feragat niteliğinde olan bu tür hukukî işlemler geçersizdir. Bu yönde ayrıntılı açıklamalar için bkz.: Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 659.

⁵² ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 3.

⁵³ Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 656; CHK/Killias – Wiget, *OR Art.129*, N. 3; ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 3 ve 14; Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 375; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 24 ve 46; Gottini, *Die Verjährung*, 139.

⁵⁴ Fiili zamanaşımı süresi ile kastedilen, sürenin başlamasından sona ermesi anına kadar geçen zaman aralığını ifade eder. Zamanaşımını kesen veya durduran sebepler dolayısıyla bu süre ilgili zamanaşımı süresinden daha uzun olabilir. Bu husustaki açıklamalar için bkz.: Gottini, *Die Verjährung*, 130.

⁵⁵ Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 656; Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3373 vd.; ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 3; Gümüş, *Borçlar*, 1220; CHK/Killias – Wiget, *OR Art.129*, N. 3; von Tuhr - Escher, *Allgemeiner Teil*, 216; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 32; Gottini, *Die Verjährung*, 135; Karasahin, *Parteiautonomie*, N. 417; Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 375; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bern: Stämpfli Verlag, 2017), N. 71.36. Bu noktada, borcun ödenmesinin ertelenmesi amacıyla borçluya mühlet verilmesinin süreleri değiştirme yasağının kapsamında yer almadığı yönünde ayrıca bkz.: Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 71.36; Gümüş, *Borçlar*, 1220; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 1072. Borcun ertelenmesi anlaşmasının zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağına takılmaması için henüz borç muaccel olmadan yapılması gerekir. Aksi takdirde, taraflarca yapılan düzenlemeler zamanaşımı süresinin uzatılması anlamına geleceğinden TBK md.148 hükmüne aykırılık gündeme gelir. Bu yöndeki görüş için bkz.: BH-Şerhi/Eren – Dönmez, *TBK md.148*, N. 7; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 4069.

⁵⁶ TBK md.93/I'e göre, "İfa zamanı veya sürenin son günü, kanunlarda tatil olarak kabul edilen bir güne rastlarsa, kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçer".

⁵⁷ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 24. Böyle bir durumda, zamanaşımı süresine dolaylı etkinin söz konusu olmadığı; aksine doğrudan etki eden bir durumun bulunduğu şeklinde aksi yöndeki görüş için bkz.: ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 14.

⁵⁸ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 46.

⁵⁹ ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 3; CHK/Killias – Wiget, *OR Art.129*, N. 3; Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 375; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 1072; BH-Şerhi/Eren – Dönmez, *TBK md.148*, N. 5; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 4067; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku*, N. 1910; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, 530; Gümüş, *Borçlar*, 1219 vd. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3373 vd.; von Tuhr - Escher, *Allgemeiner Teil*, 216; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 34. Zamanaşımının durması ve kesilmesini düzenleyen hükümler taraflarca yeni durma ve kesme sebeplerinin kararlaştırılmasını yasaklamaktadır. Ancak, taraflar mevcut durma ve kesme sebeplerine ilişkin düzenlemeler yapabilir. Bu düzenlemeler sebebiyle de fiili zamanaşımı süresi somut olayda uzamış olabilir. Bu doğrultudaki açıklamalar için ayrıca bkz.: BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 48-49.

⁶⁰ ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 15; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 17. Yasal zamanaşımı süresine bir müdahale söz konusu olmadığından bu tür düzenlemelerin zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağının kapsamında yer almadığını ifade eden aksi yöndeki görüş için bkz.: Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 658.

⁶¹ ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 15; Jauernig/Mansel, *BGB § 202*, N. 2.

süreye dönüştürülmesine yönelik düzenlemeler de aynı şekilde yasağın kapsamında yer alır⁶². Böyle bir durumda, ilgili süreyi kısaltan ya da uzatan bir düzenlemenin varlığı da gerekmez. Zira hak düşürücü süre somut olayda fiili zamanaşımı süresinden daha kısa olma tehlikesine sahiptir⁶³. Bu sebeple de bu tür kararlaştırmalar zamanaşımı süresinin kısaltılmasına yönelik düzenlemeler olarak kabul edilmektedir⁶⁴.

B. Alman hukuku

Alman hukukunda BGB § 202 hükmünün kapsamını zamanaşımı sürelerine hem doğrudan hem de dolaylı olarak etki eden düzenlemeler oluşturmaktadır. Bunun sonucu olarak, süreler etkinin doğrudan (*unmittelbare*-) ya da dolaylı (*mittelbare Wirkung*) olması hükmün kapsamının tayini açısından hiçbir öneme sahip değildir⁶⁵. Bu yönüyle de Türk-İsviçre hukukundakine benzer bir çözüm yolu benimsenmiştir. Bu çerçevede, zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağının kapsamını öncelikle ilgili yasal zamanaşımı sürelerinden daha uzun veyahut daha kısa bir süreye yer veren anlaşmalar oluşturmaktadır⁶⁶.

Alman hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştirmeyen ve fakat sürelerin işlemesine etki eden düzenlemeler, zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağının bir uzantısı olarak, BGB § 202 hükmünün kapsamında yer alır⁶⁷. Bu çerçevede, zamanaşımı süresinin başlangıç anını değiştiren düzenlemeler sürenin uzaması veya kısalması sonucunu doğuracağından BGB § 202 hükmünün göz önünde bulundurulması gerekir⁶⁸. Nitekim, zamanaşımı süresinin başlangıç anını erteleyen anlaşmaların varlığı hâlinde durum böyledir⁶⁹. Böyle bir durumda, ilgili düzenleme, zamanaşımı süresinin uzaması sonucunu doğuracağından BGB § 202/Abs.2 hükmünün kapsamında yer alır⁷⁰. Bu sebeple de fiili zamanaşımı süresi, zamanaşımının yasal başlangıç tarihinden itibaren otuz yılı geçmediği takdirde geçerli olur⁷¹. Bunun aksine, zamanaşımı süresinin başlangıç anını öne çeken düzenlemelerin varlığı hâlinde ise artık BGB § 202/Abs.1 hükmü uygulanarak mesele çözümlenir⁷². Zira bu durumda artık zamanaşımı süresinin kısalması gündeme gelir. Bu durum, zamanaşımı süresinin yasal olarak öngörülenden daha önce dolmasına sebep olan diğer düzenlemeler bakımından da aynıdır⁷³.

Zamanaşımı sürelerinin durma sebeplerini daraltan ya da genişleten düzenlemeler de aynı şekilde BGB § 202 hükmünün kapsamındadır⁷⁴. Bunun gibi, BGB § 212'de yer alan zamanaşımı süresinin kesilmesi sebeplerinin daraltılması ya da genişletilmesine ilişkin düzenlemeler yönünden de durum aynıdır⁷⁵. Zamanaşımını durduran ya da kesen sebepleri daraltan düzenlemeler sürelerin kısaltılması sonucunu

⁶² BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 59; BH-Şerhi/Eren – Dönmez, *TBK md.148*, N. 5.

⁶³ Özellikle zamanaşımını kesen veya durduran sebeplerin varlığı hâlinde bu sonucun ortaya çıkacağı yönünde bkz.: Peter Nabholz, *Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsründe infolge Zeitablaufs* (Zürich: Universität Zürich, Dissertation), 150.

⁶⁴ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 59.

⁶⁵ BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 3; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 1.

⁶⁶ Jörn Heinemann, *Gesetzesformulare Bürgerliches Gesetzbuch: BGB Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch (Herausgegeben von Reiner SCHULZE/Herbert GRZIWOTZ/Rudolf LAUDA)* (Baden: Nomos Verlag, 2020), *BGB § 202*, N. 1 vd. ile 5 vd.; Nomos-HK/Dörner, *BGB § 202*, N. 2-3; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 17; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 4; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 3; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 14 ve 21; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 6 ve 11.

⁶⁷ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 4; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 17. Bu doğrultuda bkz.: BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 3.

⁶⁸ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 3; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 10. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Jauernig/Mansel, *BGB § 202*, N. 2; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 3.

⁶⁹ Nomos-HK/Dörner, *BGB § 202*, N. 3; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 22; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 11. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 3; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 21.

⁷⁰ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 4; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 11; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 22.

⁷¹ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 10. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGH NJWRR 1994, 1327, 1328; BGH NJW 2008, 2995, 2996.

⁷² juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 19; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 4 ve 14; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 6.

⁷³ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 14.

⁷⁴ Nomos-HK/Dörner, *BGB § 202*, N. 3; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 4; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 3. Aynı doğrultuda bkz.: Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 14 ve 21; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 1 ve 5-6.

⁷⁵ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 21; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 19 ve 22; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 1 ve 5.

doğuracağından BGB § 202/Abs.1 hükmünün kapsamında yer almaktadır⁷⁶. Zamanaşımı süresini hak düşürücü süreye çeviren düzenlemeler bakımından da durum aynıdır⁷⁷. Bununla birlikte, durma ve kesme sebeplerini genişleten düzenlemelerin varlığı hâlinde ise artık BGB § 202/Abs.2 hükmü devreye girer⁷⁸. Zira son halde artık süreleri uzatan düzenlemelerin varlığı söz konusu olur.

Son olarak, zamanaşımından ziyade hakkın kendisini konu alan düzenlemeler BGB § 202 hükmünün kapsamında yer almaz. Borçluya mehil verilmesi suretiyle bir borç erteleme (Stundungsvereinbarung) yapılması hâlinde durum böyledir⁷⁹. Zira BGB § 202 hükmünün koruduğu şey zamanaşımı süresinin kendisidir. Yoksa, hakkın kendisi üzerinde tasarrufta bulunmak suretiyle yapılan değişiklikler benzer amaca ulaşmaya hizmet ediyor olsa bile bu hükmün korumasından faydalanmaz⁸⁰. Nitekim Türk-İsviçre hukukunda yer alan yaklaşım da bu yöndedir⁸¹.

III. Zamanaşımı Sürelerini Değiştirmeye İlişkin Hukukî İşlemlerin Niteliği ve Şekli

A. Türk-İsviçre hukuku

Türk-İsviçre hukukundaki hâkim görüşe göre zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağını düzenleyen hükümlerin kapsamını hem tek taraflı hem de iki taraflı hukukî işlemler oluşturur⁸². Bu sebeple, TBK md.148'deki "...sözleşmeyle değiştirilemez." ifadesiyle; OR Art.129'daki "...durch Verfügung der Beteiligten..." şeklindeki tarafların tasarrufuyla ifadesini geniş yorumlamak gerekir. Zira burada önemli olan husus, ilgili hukukî işlemin zamanaşımı sürelerini kısaltma ya da uzatma amacına sahip olmasıdır. Bu noktada, TBK md.148 ve OR Art.129 hükümleri söz konusu hukukî işlem yönünden bir sınırlama içermemektedir⁸³. Dolayısıyla, değiştirme yasağının kapsamında yer alan zamanaşımı süreleri gerek tek gerekse iki taraflı hukukî işlemle değiştirilemeyecek iken; değiştirme yasağının kapsamı dışında yer alan zamanaşımı süreleri de aynı şekilde gerek tek taraflı gerekse iki taraflı hukukî işlemle değiştirilebilecektir⁸⁴. Ancak, taraflar arasında sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelerin kural olarak tarafların her ikisinin de katılımını arayan bir sözleşmeyle değiştirilebileceği ifade edilmektedir⁸⁵. Bu yönüyle, Türk-İsviçre hukukunda tek taraflı hukukî işlemle zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelere istisnâ hallerde cevaz verildiği görülmektedir⁸⁶.

⁷⁶ juris-PraxisKom/Lakkis, BGB § 202, N. 19.

⁷⁷ juris-PraxisKom/Lakkis, BGB § 202, N. 19 ve 20; LAG Frankfurt AP 1950 Nr. 50; LAG Hannover NZA-RR 2005, 401 (405).

⁷⁸ MüKo-BGB/Grothe, BGB § 202, N. 11; juris-PraxisKom/Lakkis, BGB § 202, N. 22.

⁷⁹ Soergel/Eichel, BGB § 202, N. 23. Taraflarca yapılan bu yönde bir düzenleme BGB § 205 hükmü gereği zamanaşımını durduran bir sebeptir. Ancak, burada durma sebeplerini genişleten ya da daraltan bir düzenleme söz konusu olmadığından BGB § 202 hükmünün uygulanması gündeme gelmemektedir.

⁸⁰ Bu doğrultuda bkz.: Soergel/Eichel, BGB § 202, N. 23.

⁸¹ Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, N. 71.36; Gümüş, Borçlar, 1220; Tekinay vd., Borçlar Hukuku, 1072.

⁸² CHK/Killias – Wiget, OR Art.129, N. 2 ve 6; Karaşahin, Parteiautonomie, N. 352; BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 22 ve 53; Spiro, Die Begrenzung, 845, dpn.5; ZK/Berti, OR Art.129/141, N. 14 ve 26; von Tuhr - Escher, Allgemeiner Teil, 217.

⁸³ Märki, Der Verjährungseinredeverzicht, N. 668. Bu yönüyle, sözleşme ve tek taraflı hukukî işlemler dışında şirket ana sözleşmeleri ve karar niteliğindeki hukukî işlemler yönünden de zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağının uygulanacağı hususunda ayrıca bkz.: Karaşahin, Parteiautonomie, N. 349 vd.

⁸⁴ BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 52-53; ZK/Berti, OR Art.129/141, N. 26; CHK/Killias – Wiget, OR Art.129, N. 2; Karaşahin, Parteiautonomie, N. 352.

⁸⁵ Karaşahin, Parteiautonomie, N. 335; Märki, Der Verjährungseinredeverzicht, N. 668.

⁸⁶ Bu konuda açıklamalar için bkz.: Märki, Der Verjährungseinredeverzicht, N. 668, dpn.1222 ve Karaşahin, Parteiautonomie, N. 336, dpn.411'de yer alan açıklamalar. Kanunda yer alan bazı özel düzenlemeler bazı özel hallerde istisnâ olarak bir tek taraflı hukukî işlemle ya da tüzük düzenlemesi yoluyla bir borç ilişkisinin kurulması imkânını tanımış olabilir. Böyle bir durumda, söz konusu borç ilişkisinden doğan alacağın tabi olduğu zamanaşımı sürelerinin, tıpkı borç ilişkisinin muhtevasında yer alan vade, ifa yeri hususlarında olduğu gibi, yine tek taraflı hukukî işlem ya da tüzük düzenlemesi yoluyla değiştirilebilmesi mümkündür. Yeter ki, borç ilişkisi henüz taraflar arasında kurulmamış olsun. Zira, taraflar arasındaki borç ilişkisi kurulduktan sonra süreleri değiştiren düzenlemeler bakımından artık taraflarca bir sözleşmenin yapılması gerekir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Karaşahin, Parteiautonomie, N. 336. İsviçre hukukunda bu hususta dernek üyeleri bakımından aidat ödeme borcunun kapsamının dernek tüzüğünde düzenleme yapılmak suretiyle değiştirilebileceği ifade edilmektedir. Ancak, dernek üyelerinin aidat ödeme borcu TBK md.147/b.1 hükmü gereğince beş yıllık zamanaşımına tabidir. İlgili zamanaşımı süresi ise TBK md.148 hükmünün kapsamında yer aldığından bu sürelerle ilişkin düzenlemeler süreleri değiştirme yasağına takılmalıdır.

Türk-İsviçre hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştiren hukukî işlemler yönünden herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir⁸⁷. Bu sebeple de TBK md.17/I ve OR Art.16/Abs.1 hükümleri kapsamında taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça sürelere ilişkin düzenlemelerde şekil serbestisi prensibi geçerlidir⁸⁸. Bununla birlikte, kanunî şekil şartının öngörüldüğü durumlarda meselenin TBK md.12 ve 13 hükümlerine⁸⁹ göre çözülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, sözleşme ilişkisinin kurulduğu esnada sürelere ilişkin düzenlemelerin bağlayıcı olabilmesi için TBK md.12 gereği o hukukî işlem için aranan şekil şartına uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Ancak, sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra süreleri değiştiren düzenlemeler ise TBK md.13 hükmüne kapsamında sözleşme metniyle çelişmeyen yan hükümler kapsamındadır. Bu sebeple de herhangi bir şekle bağlı olmaksızın değiştirilmesi artık mümkündür⁹⁰.

B. Alman hukuku

Alman hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağını düzenleyen hükmün kapsamına ilişkin oldukça farklı bir yaklaşım söz konusudur. Her ne kadar BGB § 202 hükmünde “*hukukî işlem*” ifadesine yer verilse de Alman hukuk öğretisindeki hâkim görüş ilgili ifadenin “kanundan ve sözleşmeden doğan haklar yönünden taraflarca yapılacak anlaşmalar” şeklinde yorumlanması gerektiği yönündedir⁹¹. Bunun sebebi, sözleşmenin değiştirilmesinde her iki tarafın da katılımını arayan BGB § 311/Abs.1 hükmüdür⁹². Dolayısıyla, tek taraflı hukukî işlemle zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesi Alman hukukunda da kural olarak kabul edilmemiştir. İlgili hükmün üst başlığını oluşturan “*Zamanaşımına İlişkin Anlaşmaların Geçersizliği*” başlığı göz önüne alındığında, en azından Alman hukuku yönünden, bu yorum kanaatimizce de daha isabetlidir. Zira anlaşma nihayetinde karşılıklı iki irade beyanını zorunlu kılan bir eylemdir.

Alman hukukunda kural bu şekilde olmakla birlikte istisnaen tek taraflı hukukî işlemle de zamanaşımı sürelerinin değiştirilebileceği kabul edilmektedir. Buna göre, tek taraflı hukukî işlemde doğan haklar bakımından ilgili zamanaşımı sürelerinin yine tek taraflı hukukî işlemle değiştirilmesi mümkündür⁹³. Bu kapsamda örneğin; BGB § 657 kapsamında ödül sözü verme, BGB § 661a kapsamında kâr vaadi veya BGB § 2147 kapsamında vasiyetnameden doğan borca ilişkin zamanaşımı süresi tek taraflı hukukî işlemle değiştirilebilir⁹⁴. Bu noktada, BGB § 311/Abs.1 hükmü bu imkânı ortadan kaldıran bir düzenleme şeklinde de ele alınamaz⁹⁵.

⁸⁷ Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 695.

⁸⁸ Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 695.

⁸⁹ İsviçre hukukunda OR Art.11 ve 12 hükümleri kapsamında.

⁹⁰ ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 26. Bununla birlikte, İsviçre hukukunda zamanaşımından feragatte OR Art.141/1bis hükmü ile zamanaşımının durma sebeplerinde OR Art.134/Abs.1-b.8 hükümlerinin öngördüğü yazılı şekil şartının kıyasen zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelere uygulanıp uygulanamayacağı meselesi ayrıca tartışma konusu olmuştur. İsviçre hukukunda kimi yazarlar bu soruya olumlu cevap verirken; bazı yazarlar ise bu soruyu olumsuz cevaplamaktadır. Ne var ki, bu soruya olumlu cevap verilir ise şekil şartına tabi olmayan hukukî işlemlerde de en azından zamanaşımı sürelerini uzatan düzenlemeler ilgili hükümler gereği yazılı şekil şartına tabi olacaktır. Türk hukukunda söz konusu hükümlere Türk kanun koyucusu TBK md.153 ile md.160 hükümlerinde yer vermediğinden tartışmaların kapsamını yalnızca İsviçre hukuku oluşturmaktadır. İlgili görüşlere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.: Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 696 vd.; Karasahin, *Parteiautonomie*, N. 638; Karasahin, “*Verjährungsvezicht*”, 755 vd.

⁹¹ BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 4; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 2; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 4.

⁹² MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 4. Bu sebeple de zamanaşımı sürelerine ilişkin düzenlemeleri ancak borç ilişkisinin taraflarının yapma yetkisine sahip olduğu yönünde ayrıca bkz.: Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 2.

⁹³ BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 5; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 4; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 2.

⁹⁴ juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 11 ve özellikle 12; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 5; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 2; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 19. En nihayetinde burada zamanaşımı süresini uzatan düzenlemelerin yer aldığı ifade edilmektedir. Bu kapsamda da borçlunun tek taraflı hukukî işlemle kendi aleyhine olacak şekilde zamanaşımı koşullarını ağırlaştırması söz konusudur. Yoksa, alacaklının tek taraflı olarak zamanaşımı süresini uzatması mümkün değildir. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 19. Yazar meseleyi vasiyetnameden doğan haklar yönünden ele almakta ve yalnızca borçlu bakımından bunun mümkün olduğunu söylemektedir.

⁹⁵ BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 5. Alman hukukunda, mirasbırakan tarafından tek taraflı hukukî işlem (vasiyetname) ile, saklı paylı mirasçılardan kazandırma lehdarına karşı ileri sürebilecekleri talepler yönünden sahip oldukları üç yıllık zamanaşımı süresini otuz yıla kadar uzatıp uzatamayacağı meselesi ise tartışmalıdır. Bu husustaki tartışmalara ilişkin ayrıntılı ve kapsamlı açıklamalar için bkz.: MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 4; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 6.

Alman hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştiren hukukî işlemlerde herhangi bir şekil şartı aranmamıştır⁹⁶. Bunun sonucu olarak, hukukî işlemin herhangi bir şekle bağlı olmaksızın sözlü veya yazılı olarak yapılması mümkündür⁹⁷. Bu noktada, süreleri değiştiren düzenlemelerin açık veya zımnen kararlaştırılabileceği ve sözleşmenin yorumu yoluyla da sürelerin kısaltılması veya uzamasının mümkün olabileceği kabul edilmektedir⁹⁸. Ancak, şekle tabi hukukî işlemlerde zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelerin de şeklin kapsamında yer alıp almayacağı meselesi ise tartışmalıdır.

Öğretideki bir görüş, zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelerde taşınmaz satışında resmî şekli öngören BGB § 311b hükmünün dahi şekil serbestisini sınırlayan bir işleve sahip olmadığını ifade etmektedir⁹⁹. Zira şekle tabi bir hukukî işlemde zamanaşımı sürelerine ilişkin kayıtlar o şeklin kapsamında yer almayan sözleşme noktalarını oluşturmaktadır¹⁰⁰. Bunun karşısında yer alan ikinci görüşe göre ise şekle tabi bir hukukî işlem içerisinde yer alan sürelerle ilişkin düzenlemeler sözleşmenin bir parçasını oluşturmaktadır. Bu sebeple de o sözleşme için öngörülen şekil kurallarına tabi olmak zorundadır¹⁰¹. Örneğin; taşınmaz satış sözleşmesinde yer alan ve zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelerde durum böyledir¹⁰². Zira taraflarca taşınmaz satış sözleşmesinde zamanaşımı sürelerine ilişkin düzenlemeye yer verilmek isteniyor ise ilgili düzenlemeler en nihayetinde sözleşmenin parçası niteliğindedir. Bu yönüyle de BGB § 311b/Abs.1 hükmünün ilk cümlesinde ifade edilen “*Taraflardan birinin bir taşınmazın mülkiyetini devretme veya iktisap etme borcu altına girdiği sözleşme*”nin veya daha doğru bir deyişle sözleşme metninin içeriğine dahil olur. Bunun sonucu olarak da BGB § 311b/Abs.1 hükmü gereğince resmî şekle uygun olarak düzenlenmiş olması şarttır. Ancak, taşınmaz satış sözleşmesi kurulduktan ve tescil talebi ileri sürüldükten sonra taraflarca herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın zamanaşımı sürelerine ilişkin düzenleme yapılması artık mümkündür. Zira bu halde taraflar arasındaki hukukî işlemin konusu taşınmaz satış sözleşmesinden doğan hakların tabi olacağı zamanaşımı sürelerini düzenlemekten ibarettir. Bunun dışında, taşınmaz mülkiyetinin devri borcunu doğuran bir hukukî işlem söz konusu değildir¹⁰³. Öte yandan, tescil talebi ile birlikte şekil şartına olan ihtiyaç da artık ortadan kalkmaktadır¹⁰⁴. Aynı durum, taşınmaz satış sözleşmesi yapıldıktan ve fakat henüz tescil talebi ileri sürülmeden yapılacak düzenlemeler yönünden de geçerlidir¹⁰⁵. Zira böyle bir durumda da ilgili düzenlemeler, taşınmaz mülkiyetinin devri borcunun içeriğini değiştiren bir niteliğe sahip değildir¹⁰⁶. Dolayısıyla da şekil şartına bağlı olmaksızın yapılabilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁷.

Son olarak, taşınmaz satışında tarafların yükümlülüklerinde önemli değişikliğe sebep olmayan süreye yönelik düzenlemelerin de şeklin istisnasını oluşturacağı kabul edilmektedir¹⁰⁸.

C. Değerlendirme ve kanaatimiz

Zamanaşımı sürelerini değiştiren hukukî işlemlerde nitelik ve şekil konusunu ayrı ayrı ele almak suretiyle bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu kapsamda, ilk olarak hukukî işlemin niteliği yönünden meseleyi ele almak gerekir. Türk, İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde iki taraflı hukukî işlem yapılmak

⁹⁶ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 5; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 10; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 8; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 3; Jauernig/Mansel, *BGB § 202*, N. 2; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 8.

⁹⁷ juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 10; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 8; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 5.

⁹⁸ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 7. Aynı doğrultuda bkz.: MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 11; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 9.

⁹⁹ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 5.

¹⁰⁰ Dolaylı olarak bu yönde bkz.: MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 5.

¹⁰¹ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 8. Taşınmaz satış sözleşmesi kapsamında bu yönde bkz.: Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 3; Jauernig/Mansel, *BGB § 202*, N. 2.

¹⁰² Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 3; Jauernig/Mansel, *BGB § 202*, N. 2.

¹⁰³ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 3.

¹⁰⁴ BGH MDR 2018, 1308 Rn 6 (Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 3’ten naklen).

¹⁰⁵ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 3.

¹⁰⁶ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 3.

¹⁰⁷ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 3.

¹⁰⁸ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 8.

suretiyle zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelere cevaz verilirken; tek taraflı hukukî işlem ile sürelerin değiştirilmesi istisnaen kabul edilmektedir. Bu noktada kanaatimiz de Türk, İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde yer alan bu yaklaşımla aynıdır. Bununla birlikte, tek taraflı hukukî işlemler yönünden ise bazı farklılıklara değinmek gerekmektedir.

ise kaydıyla, Türk-İsviçre hukuku ile Alman hukukunda yer alan bu yaklaşımın makul olduğu yönündedir.

Her şeyden önce, zamanaşımı sürelerinin kanunun öngördüğü sınırlamalara uyulmak kaydıyla taraflarca yeniden düzenlenmesinde hiçbir sakınca yoktur. Ne var ki, zamanaşımı süresinin sonradan değiştirilmesi taraflar arasındaki mevcut sözleşme ilişkisine müdahale anlamı taşımaktadır. Zira zamanaşımı kuralları en nihayetinde sözleşmenin içeriğine dahil unsurlardır¹⁰⁹. Bu sebeple, sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinde uygulanacak olan zamanaşımı süresinin değiştirilmesi, kanaatimizce, taraflar arasında bir tadil sözleşmesi yapılması suretiyle mümkündür. Bu sonuca, TBK md.13 ve OR Art.12 hükümlerinden dolayı olarak ulaşmak da mümkün gözükmemektedir. Zira bize göre, TBK md.13 hükmü sözleşmenin değiştirilmesinde her iki tarafın da katılımını açıkça öngören BGB § 311/Abs.1 hükmüyle paralel bir düzenleme içermektedir. Ondan tek farkı, hükmün, resmî şekle tabi olan sözleşmelerin değiştirilmesini konu alan tadil sözleşmelerine uygulanacak şekli düzenlemesidir. Bu sebeple, hükmün lafzından bu sonuca açıkça ulaşılammamaktadır. Bu noktada, yalnızca borç altına girenlerin imzasını arayan TBK md.14 hükmünün zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemeler bakımından da uygulama alanı bulacağını ayrıca belirtmek gerekir. O halde, zamanaşımı süresini kısaltan düzenlemelerde yalnızca borçlunun imzası; zamanaşımı süresini uzatan düzenlemelerde ise alacaklının imzası yeterli olacak olup; işbu hukukî işlem en nihayetinde yine iki taraflı hukukî işlem olacaktır. Bu yorum, TBK md. 148 ve 160 hükümlerinin birbirinin tamamlayıcısı olduğu düşünüldüğünde¹¹⁰, zamanaşımından feragatin iki taraflı hukukî işlemle yapılabileceğini savunan Türk-İsviçre hukuk öğretisindeki görüş ile de uyumlu gözükmemektedir¹¹¹. Bu sebeple, borçlunun zamanaşımı sürelerini uzatan düzenlemeleri; alacaklının ise zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemeleri tek taraflı hukukî işlemle yapabilmeleri mümkün değildir. Burada, taraflardan ziyade, söz konusu yasağın kapsamı göz önüne alınarak yeknesak bir çözüm yolu benimsemek bize göre daha doğru gözükmemektedir.

Kural bu şekilde olmakla birlikte, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde zamanaşımı süresinin, tek taraflı hukukî işlemle değiştirilmesi istisnaen mümkün olabilir. Bunlar; kanunun taraflara bu konuda izin vermesi veyahut taraflarca sözleşmede bu hususta bir kararlaştırmaya yer verilmiş olmasıdır¹¹². İlk durumda, sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi için aranan tadil sözleşmesinin istisnasını oluşturan bir özel hüküm söz konusu olacak iken; ikinci durumda ise taraflardan birine borç ilişkisine müdahale etme yetkisi veren değiştirici yenilik doğuran hakkın tanınması gündeme gelecektir¹¹³. Bunun dışında, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde zamanaşımı süresinin tek taraflı hukukî işlemle değiştirilmesi, taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, kanaatimizce mümkün değildir.

Tek taraflı hukukî işlemde doğan borçların tabi olduğu zamanaşımı süresinin değiştirilmesi meselesine gelince şunları söylemek gerekir: Tek taraflı hukukî işlemlerde irade beyanını açıklayan kişinin bu beyanı istenilen hukukî sonucu doğurmak için yeterlidir. Dolayısıyla, beyanı ortaya koyan kişi, borcun

¹⁰⁹ Gülşah Hamamcıoğlu Vardar, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 111.

¹¹⁰ OFK/Schwander, *OR Art.129*, N. 2. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: *Präjudizienbuch-OR/Krauskopf*, *OR Art.129*, N. 2; Hülya Atlan Güler, "Zamanaşımından Feragat", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 35/162 (Eylül-Ekim 2022), 295.

¹¹¹ Zamanaşımından feragatin tek taraflı bir hukukî işlemle değil; tarafların karşılıklı olarak bir araya geldiği ve akdettiği bir sözleşme ile mümkün olabileceği yönündeki görüşler için bkz.: BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.141*, N. 62, Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 71.19. Bu sebeple, zamanaşımından feragatin tek taraflı bir hukukî işlemle yapılabileceğini savunan Türk-İsviçre hukuk öğretisindeki görüşlere katılmamaktayız. Bu yöndeki görüşler için bkz.: Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 385; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 5 N. 9; Atlan Güler, *Zamanaşımından Feragat*, 321 dñn. 132.

¹¹² Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 311*, N. 8.

¹¹³ Böyle bir durumda, söz konusu değiştirici yenilik doğuran hak niteliği itibariyle bir opsiyon hakkıdır.

kapsamını ve sona erme sebeplerini de dilediği şekilde belirleme yetkisine sahiptir. Yeter ki, kanunun öngördüğü sınırlamalara riayet edilmiş olsun. Bunun dışında, borçlunun, tek taraflı hukukî işlemde doğan hakkın tabi olduğu zamanaşımı sürelerini tek taraflı hukukî işlemle değiştirebilmesi ise yine mümkün olmamalıdır. Bu konuda sınırlayıcı bir yorum yapmak, kanaatimizce, zamanaşımı kurumunun niteliğine daha uygun düşmektedir. Bu noktada, Türk hukukunda ödül sözü verme her ne kadar tek taraflı hukukî işlem olsa da¹¹⁴ uygulanacak zamanaşımı süresi TBK md.146 hükmü gereği on yıldır¹¹⁵. Bu yönüyle de Alman hukukundan farklı olarak TBK md.148 hükmünde öngörülen yasağın kapsamına girer. Bu sebeple de zamanaşımı süresinin tek taraflı hukukî işlemle değiştirilmesi mümkün değildir¹¹⁶. Ancak, vasiyetnameden doğan borçlarda TMK md.602'de öngörülen on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacağından, mirasbırakanın, yine tek taraflı hukukî işlemle ilgili süreyi değiştirebilmesi kanaatimizce mümkün olmalıdır. Zira TBK md.148'in öngördüğü yasağın kapsamında TMK md.602'deki on yıllık süre yer almamaktadır¹¹⁷.

Son olarak, hukukî işlemin şekli konusunda ise kanaatimiz, süreleri değiştiren hukukî işlemlerin, hakkın yer aldığı sözleşme ilişkisinin bağlı olduğu şekil şartına tabi olduğu yönündedir. Bu noktada, hukukî işlemin ne zaman yapıldığı da bize göre hiçbir öneme sahip değildir. Zira zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemeler kanaatimizce sözleşmenin içeriğine dahil olan unsurlardır. Bununla birlikte, TBK md.13/I hükmü bağlamında sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler olarak ele alınması da mümkün değildir. Gerçekten de şekle tabi olan bir hukukî işlemde yer alan borcun ifasına ilişkin süreleri düzenleyen sözleşme noktaları da en nihayetinde o şeklin kapsamında yer alan sözleşme unsurları olarak değerlendirilmelidir. Aksi yönde bir yorum, kanunun öngördüğü şekil şartının içinin boşaltılması anlamı gelir. Bu kapsamda örneğin; bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesine TBK md.145 hükmü gereğince uygulanacak on yıllık zamanaşımı süresinin değiştirilmesine ilişkin bir hukukî işlem nihayetinde TBK md.29/f.2 ve 237/f.2 hükümleri gereğince yine resmî şekle tabi olacaktır.

IV. Zamanaşımı Sürelerini Değiştirmeye İlişkin Hukukî İşlemlerin Geçerliliği

A. Genel olarak

Türk-İsviçre ve Alman hukuku sistemlerinde zamanaşımı sürelerine ilişkin hukukî işlemlerin geçerliliği üç ana başlık altında ele alınmaktadır. Bunlar; ilgili hükümlerin kapsamı dikkate alınarak ortaya konulan geçerlilik şartları ile birlikte zamanaşımı sürelerini ağırlaştıran ve hafifleten düzenlemelere ilişkin özel geçerlilik şartlarıdır. Bu çerçevede, ilk olarak ilgili hükümlerin kapsamı dikkate alınmak suretiyle genel geçerlilik şartları üzerinde durulmuş ve daha sonra özel geçerlilik şartları ele alınmıştır.

¹¹⁴ Hukukî nitelik konusundaki tartışmalar için ayrıca bkz.: Cem Akbıyık, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre İlân Yoluyla Ödül Sözü Verme", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11/2 (Temmuz 2012), 28 vd.

¹¹⁵ Akbıyık, *Ödül Sözü Verme*, 42.

¹¹⁶ Ödül verme sözünde TBK md.148 hükmünün öngördüğü yasak olmasaydı dahi vaad eden, kanaatimizce, henüz sonuç gerçekleşmeden (borç muaccel olmadan) ve vaadi yerine getiren alacaklı sıfatını kazanmadan önce zamanaşımı süreleri üzerinde tek taraflı olarak tasarrufta bulunma imkânına sahip olamazdı. Bu yorum, henüz sonuç gerçekleşmeden ödül verme sözünden cayan kimse bakımından tazminat öngören TBK md.9/II hükmü ile de uyumlu gözükmektedir.

¹¹⁷ Bu noktada, TBK md.146'da düzenlenen on yıllık zaman genel zamanaşımı süresinden hareketle TMK md.602'de yer alan on yıllık zamanaşımı süresinin de yasağın kapsamında yer aldığını söylemek mümkün olmamalıdır. Daha açık bir deyişle, kanun koyucunun TMK md.602'de on yıllık bir süreye yer veriyor oluşu TBK md.146'daki genel zamanaşımı süresinin bir nevî teyidi anlamına gelmez. Aksi yönde bir yorum, kanun koyucusu tarafından düzenlenen tüm on yıllık zamanaşımı sürelerini TBK md.148 hükmünün kapsamına dahil etme anlamını taşır. Bu ise kanun koyucunun iradesinin yerini almak anlamına geliyor. Kaldı ki, TBK md.148 hükmünde "*bu ayırmada*" denilmek suretiyle nerede düzenlenmiş olan zamanaşımı sürelerinin TBK md.148 hükmünün kapsamında yer aldığını açıkça ifade etmiştir. Bu ifade İsviçre Borçlar Kanunu'nda çok daha nettir. Zaten, olması gereken de yasaklayıcı bir norm olan istisnâi nitelikteki TBK md.148 hükmünü bu noktada dar yorumlamaktır. Öte yandan, ilgili hükümde yer alan "*her alacak*" ifadesinden yola çıkarak da TMK md.602'deki zamanaşımı süresini TBK md.148'in kapsamına dahil etmek mümkün değildir. Aksi takdirde, aynı hükümde yer alan "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça...*" ifadesi de anlamını yitirmektedir. Kaldı ki, Türk kanun koyucusu, vasiyetnameden doğan borçların tabi olduğu zamanaşımı süresinin genel zamanaşımı süresinin rejimine tabi olmasını isteseydi TMK md.602 tekrar zamanaşımı süresini düzenleyen bir hükme zaten yer vermezdi. Zira böyle bir durumda uygulanacak süre TBK md.146 hükmü sebebiyle yine on yıl olurdu.

1. Türk-İsviçre hukuku

Türk-İsviçre hukukunda TBK md.148 ve OR Art.129 hükümlerinin hükmün kapsamı dışında kalan süreler bakımından izin verici norm (*Erlaubnisnorm*) niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹¹⁸. Dolayısıyla taraflarca zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağının kapsamı dışında yer alan bu süreler serbestçe değiştirilebilir¹¹⁹. Ancak bu serbestlik mutlak ve sınırsız olmayıp birtakım sınırlamalara tabidir¹²⁰.

Taraflarca zamanaşımı sürelerini değiştirebilme özgürlüğü kanunda öngörülen özel ve genel sınırlamalara tabidir. Bu çerçevede, sürelerle ilişkin hukukî işlemler ancak özel kanunlarla ayrıca bir sınırlama getirilmediği veyahut kamu düzenine, ahlâka ya da kişilik haklarına aykırılık söz konusu olmadığı müddetçe geçerli olur¹²¹. Bu sebeple, sözleşme özgürlüğünün genel sınırlamasını oluşturan TBK md.27 ile OR Art.19/Abs.2 ve 20/Abs.1 hükümleri ile TMK md.23 ile ZGB Art.27/Abs.2 hükümleri burada da uygulama alanı bulur¹²².

TBK md.148 ve OR Art.129 hükümlerinin kapsamı dışında kalan zamanaşımı sürelerinin niteliği ele alınması gereken bir diğer husustur¹²³. Bu sebeple, sürelerin emredici nitelikte düzenlenmiş olup olmadığı veya sürelerin değiştirilebileceğine ilişkin bir düzenlemenin bulunup bulunmadığının tespiti ayrıca önem arz etmektedir¹²⁴. Bu sebeple de hükmün amacı göz önünde bulundurularak bir çözüm yolu ortaya konmalıdır¹²⁵. Somut olaya göre bu tespit yapılırken de tarafların eğitimi, tecrübesi gibi subjektif kıstaslar değil; hukukî güvenlik ilkesinden hareket edilerek mesele çözümlenmelidir¹²⁶. Nitekim İsviçre

¹¹⁸ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 52. İsviçre Federal Mahkemesi bu konuya ilişkin bir kararında açıkça şu ifadelerle yer vermiştir: “...*OR Art.129* hükmü yalnızca ilgili bölümde düzenlenen süreler bakımından sözleşme ile yapılan değişiklikleri yasaklamaktadır. Bu sebeple, öğretideki hâkim görüş, yasanın diğer bölümlerinde ve bunun sonucu olarak da ayrıca *OR Art.371/Abs.2* hükmü bakımından farklı kararlaştırmalara izin vermektedir.”, BGE 108 II 194 E. 4b Urteil vom 21. September 1982. www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 31.07.2024).

¹¹⁹ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 52; CHK/Killias – Wiget, *OR Art.129*, N. 6; ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 6, 10 ve 18. İsviçre hukukunda kimi yazarlar ilgili hükmün öngördüğü yasağın zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemeler bakımından mutlak şekilde uygulanamayacağını savunmaktadır. Bu yazarlara göre, zamanaşımı süresinin kısaltılması, zamanaşımı kurumunun niteliği ile bağdaşmayan bir durum değildir. Hükmün esas itibarıyla süreleri uzatan düzenlemeleri yasaklamak istemiştir. Bu görüş içerisindeki kimi yazarlara göre ise süreleri kısaltan düzenlemeler sözleşmenin yapıldığı anda kararlaştırıldığı takdirde geçersizdir. Sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra TBK md.148 ve OR Art.129 hükümlerinin kapsamında yer alan sürelerin kısaltılması yine mümkündür. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Gottfried Hiestand, *Die Verjährung nach schweizerischem Obligationenrecht* (Zürich: Universität Zürich, Dissertation), 45 vd.; BaslerKom/Däppen, *OR Art.129*, N. 5; Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3380. Türk hukukunda bazı yazarlar ise süreleri değiştirme yasağının kapsamını ele alırken yalnızca sürelerin uzatılabileceğine dikkat çekmiş ve fakat kısaltılması hususunda hiçbir açıklamaya yer vermemiştir. Bu görüş için ayrıca bkz.: Ayşe Arat, “Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/3-4 (Aralık 2004), 198.

¹²⁰ Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 1071; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, 531.

¹²¹ CHK/Killias – Wiget, *OR Art.129*, N. 6; ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 6, 10 ve 18; Gümüş, *Borçlar*, 1219. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 6. maddesi bu kapsamda getirilen özel sınırlamalardan birini oluşturmaktadır. Gerçekten de ilgili hükmün, ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin aksine bir düzenleme olmadıkça değiştirilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla, ticarî hükümler koyan kanunlardaki zamanaşımı sürelerinin değiştirilebilmesi için buna olanak tanıyan bir hükmün varlığına ihtiyaç söz konusudur. Aksi, takdirde, ilgili düzenlemeler geçersizdir. Bunun gibi, İsviçre hukukunda da sigortacıya karşı sürülecek sigorta sözleşmelerinden doğan taleplere ilişkin iki yıllık zamanaşımı süresinin VVG Art.46/Abs.1’de kısaltılamayacağı düzenlenmiştir.

¹²² ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 10; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 54.

¹²³ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 54; Nabholz, *Verjährung*, 145 vd.; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 1071; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 676; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, 531; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 4071; Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 372; BH-Şerhi/Eren – Dönmez, *TBK md.148*, N. 4. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için ayrıca bkz.: BGE 99 II 185 E. 2a S. 188 Urteil vom 8. März 1973; BGE 108 II 194 E. 4a S. 195 f. Urteil vom 21. September 1989. www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 06.12.2024).

¹²⁴ BaslerKom/Däppen, *OR Art.129*, N. 2; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 1071; CHK/Killias – Wiget, *OR Art.129*, N. 6; ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 19; Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3378; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 54, 57 ve 79; Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 394; Gottini, *Die Verjährung*, 129; von Tuhr - Escher, *Allgemeiner Teil*, 217. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için ayrıca bkz.: BGE 4A_221/2010 E. 3 Urteil vom 12. Februar 2012. www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 31.07.2024).

¹²⁵ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 55; Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 409.

¹²⁶ ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 19 ve 22; *Präjudizienbuch-OR/Krauskopf*, *OR Art.129*, N. 1; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 55. Aynı doğrultuda bkz.: Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 676.

Federal Mahkemesi'nin içtihadı da bu yöndedir¹²⁷. Bu kapsamda, örneğin; TMK md.492/I ve ZGB Art.454/Abs.1 hükümleri gereğince sorumlu vasi ya da kayyım açılacak tazminat davası için öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresi emredici niteliktedir¹²⁸. Keza TBK md.72/I ve OR Art.60/Abs.1 hükümleri gereğince sözleşme dışı sorumluluk için getirilen on yıllık zamanaşımı süresi bakımından da durum böyledir¹²⁹. Bu sebeple, ilgili sürelerin taraflarca değiştirilmesi mümkün değildir. Ancak, bunlar dışında, örneğin; TBK md.478 kapsamında eser sözleşmelerinde yüklenicinin ayıplı bir eser meydana getirmesi sebebiyle açılacak davalar için öngörülen zamanaşımı süresinin değiştirilmesi mümkündür¹³⁰. Bu durum, satıcının ayıptan doğan sorumluluğunda öngörülen zamanaşımı süreleri yönünden de geçerlidir¹³¹.

Türk-İsviçre hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştiren hukukî işlemin geçerliliği zamansal bir sınırlamaya tabidir¹³². Bu sınırlama hukukî işlemin en erken ve en geç yapılabileceği an olarak ikili bir ayırıma sahiptir. Bu kapsamda, tartışmalı olan konulardan birincisini hukukî işlemin en erken ne zaman yapılabileceği konusu oluşturmaktadır. Öğretide yer alan bir görüş, sürelerle ilişkin hukukî işlemin en erken zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı andan itibaren yapılabileceğini savunmaktadır¹³³. Bu görüşün temelinde yer alan gerekçe ise feragati ancak işlemeye başlamış zamanaşımı süresi için mümkün kılan OR Art.141 hükmüdür. Zira zamanaşımından feragat niteliği itibarıyla zamanaşımı süresinin uzatılması anlamına gelir¹³⁴. Zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemeler bakımından ise bir boşluk söz konusudur. Bu boşluk ise OR Art.141 hükmü ile doldurulmalıdır¹³⁵. Dolayısıyla da süreleri kısaltan ve uzatan hukukî işlemlerin her ikisi de OR Art.141 hükmüne uygun olarak zamanaşımı süresi başladıktan sonra geçerli bir şekilde yapılabilir¹³⁶.

Öğretide yer alan ikinci görüş ise, zamanaşımı sürelerini değiştiren hukukî işlemin taraflar arasındaki borç ilişkisinin kaynağını oluşturan sözleşmenin kurulduğu andan itibaren yapılabileceğini savunmaktadır¹³⁷. Bu noktada TBK md.160 ve OR Art.141 hükümleri de sınırlayıcı bir işleve sahip değildir. Çünkü sürelerin değiştirilebilirliği ile feragate ilişkin her iki hükmün düzenlediği mesele

¹²⁷ BGE 108 II 194 E. 4a Urteil vom 21. September 1982. www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 31.07.2024).

¹²⁸ Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 1071; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku*, N. 1911; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 4071; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, 531.

¹²⁹ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, 531; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 1071; Nabholz, *Verjährung*, 146.

¹³⁰ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, N. 5849. "...OR Art.129 hükmü yalnızca ilgili bölümde düzenlenen süreler bakımından sözleşme ile yapılan değişiklikleri yasaklamaktadır. Bu sebeple, öğretideki hâkim görüş, yasanın diğer bölümlerinde ve bunun sonucu olarak da ayrıca OR Art.371/Abs.2 hükmü bakımından farklı kararlaştırmalara izin vermektedir.", BGE 108 II 194 E. 4b Urteil vom 21. September 1982. www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 31.07.2024).

¹³¹ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, 531; Doğan vd., *Borçlar Hukuku*, 336.

¹³² BernerKom/Wildhaber - Dede, *OR Art.129*, N. 56; Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 374. Bunun dışında, zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağının kapsamında yer alan süreler yönünden ise bir zamansal sınırlama söz konusu değildir. Dolayısıyla değiştirme yasağının kapsamında yer alan bir zamanaşımı süresini değiştirmeye yönelik düzenlemeler gerek zamanaşımı süresi işlemeye başladıktan sonra gerekse zamanaşımı süresi işlemeye başladıktan sonra yapılmış olsun her halükârda hükmün öngördüğü yasağa takılmış olur. Bu yönde bkz.: Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 656; Gottini, *Die Verjährung*, 139.

¹³³ Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3379. Dolaylı olarak bu yönde ayrıca bkz.: Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 657. Sürelerle ilişkin düzenlemelerin en erken ne zaman yapılabileceğine ilişkin bir açıklamada bulunmaksızın zamanaşımı süreleri henüz işlemeyen yapılabileceğini ileri süren aksi yöndeki görüş için bkz.: Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 374.

¹³⁴ Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3379. Zamanaşımından feragati zamanaşımı süresinin uzatılması şeklinde değerlendirmekle birlikte, burada, OR Art.129 anlamında yasal zamanaşımı süresinin değiştirilmesinin söz konusu olmadığı yönünde ayrıca bkz.: Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 657. Zamanaşımından feragatin zamanaşımı süresinin uzatılması anlamına gelmediği yönündeki karşıt görüş için ayrıca bkz.: Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 71.16; Wildhaber - Dede, *Verjährungseinrede*, 139.

¹³⁵ Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3379.

¹³⁶ Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3379.

¹³⁷ Ingeborg Schwenzer - Christiana Fountoulakis, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2020), N. 84.11; BaslerKom/Däppen, *OR Art.129*, N. 3; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 672; Arat, *Alacak Zamanaşımı*, 198. Böyle bir durumda, taraflarca asıl sözleşme içerisinde zamanaşımı sürelerine yönelik bir sözleşme kaydına yer vermek suretiyle yapılan bir düzenleme söz konusudur. Bu doğrultuda bkz.: Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 672.

birbirinden oldukça farklıdır¹³⁸. Başka bir deyişle, bu iki hüküm arasında sıkı veya iç bağlantı dahi söz konusu değildir¹³⁹. Zamanaşımı sürelerini uzatan düzenlemeler bakımından da durum böyledir. Öte yandan, sözleşmenin kurulduğu esnada taraflara zamanaşımı süreleri üzerinde tasarruf etme imkânı sunmak pratik açıdan ihtiyaçlara göre düzenlemeler yapma imkânı da sunmaktadır¹⁴⁰. Olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bağlamında sürelere ilişkin hukukî işlemlere zamanaşımı süresi işlemeye başladıktan sonra cevaz vermek makul gözükse de pozitif hukuk (*de lege lata*) bağlamında burada bir sınırlamadan bahsetmek kanaatimizce de mümkün değildir¹⁴¹. Yeter ki, kanunun öngördüğü geçerlilik şartlarına taraflarca riayet edilmiş olsun.

Türk-İsviçre hukukunda zamanaşımı sürelerine ilişkin hukukî işlem ancak ilgili zamanaşımı süresi dolmadan (*vor der Vollendung der Verjährung*) yapılabilir¹⁴². Zira burada mevcut zamanaşımı süresini değiştirmeyi amaçlayan bir hukukî işlem söz konusudur¹⁴³. Zamanaşımı süresi dolduktan sonra mesele artık zamanaşımı defini ilgilendiren bir durumdur. Zamanaşımı definden feragat ise kanaatimizce TBK md.148 ve OR Art.129 hükümlerinin değil; ancak TBK md.160 ve OR Art.141 hükümlerinin konusunu oluşturan bir durumdur. Zaten, dolmuş olan bir zamanaşımı süresinin değiştirilmesinden bahsetmek de bize göre mümkün değildir¹⁴⁴.

Türk-İsviçre hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak, henüz tartışılmamakla birlikte, zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelerin kapsamını kanaatimizce yalnızca zamanaşımına tabi haklar oluşturur. Daha açık bir deyişle, zamanaşımına tabi olmayan bir hakkın, TBK md.148 ve OR Art.129 hükümleri kapsamında taraflarca bir düzenleme yapılarak zamanaşımına tabi kılınması mümkün değildir¹⁴⁵. Bu sebeple, örneğin; altsoyun TMK md.370 kapsamında sahip olduğu ve zamanaşımına tabi olmayan denkleştirme alacağının taraflarca belirli bir zamanaşımı süresine tabi olacağına ilişkin bir düzenleme yapılması mümkün değildir. Böyle bir düzenleme, TBK md.148 ve OR Art.129 hükümlerinin izin verdiği sözleşme özgürlüğünün kapsamında yer alan bir hukukî işlem değildir.

Son olarak, zamanaşımı süresini kısaltan düzenlemeler genel işlem koşulu niteliğinde düzenlenmiş ise geçerlilik, yorum ve içerik denetimine tabi olur¹⁴⁶. Bu noktada, zamanaşımı süresini kısaltan genel işlem koşulu niteliğindeki düzenlemelere yalnızca düzenleyenin aleyhine olacak şekilde yer verilebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁷. Burada temel amaç sözleşmenin zayıf tarafını korumaktır. Bu kapsamda, İsviçre hukukunda OR Art.141/Abs.1bis¹⁴⁸ hükmünden hareketle borçlunun zamanaşımı koşullarını hafifleten; alacaklının ise zamanaşımı koşullarını ağırlaştıran düzenlemelerin yapılamayacağı kabul

¹³⁸ Zaten TBK md.160 ile OR Art.148 hükümlerinin uygulama alanı da TBK md.148 ve OR Art.129 hükümlerden çok daha kapsamlıdır. Zamanaşımından feragat ilişkin hükümler tüm zamanaşımı süreleri bakımından uygulanabilirken; zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağını düzenleyen hükümlerin kapsamı oldukça dardır. Bu yöndeki açıklamalar için ayrıca bkz.: Wildhaber - Dede, *Verjährungseinrede*, 137 vd.; Murat Sarıkaya, "İsviçre Borçlar Hukuku'nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26/2 (Aralık 2020), 1213.

¹³⁹ Wildhaber - Dede, *Verjährungseinrede*, 138 vd.

¹⁴⁰ Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 674.

¹⁴¹ BernerKom/Wildhaber - Dede, *OR Art.129*, N. 56 ve 83.

¹⁴² ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 28; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 672; Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 338; BernerKom/Wildhaber - Dede, *OR Art.129*, N. 29 ve 56; Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 374.

¹⁴³ ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 28.

¹⁴⁴ Bu doğrultudaki görüşler için ayrıca bkz.: ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 28; BernerKom/Wildhaber - Dede, *OR Art.129*, N. 56; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 672 ve özellikle eleştiriler için ayrıca N. 674.

¹⁴⁵ Benzer durum, hakkın tabi olduğu zamanaşımı sürelerinin ortadan kaldıran düzenlemeler için de söz konusudur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 659.

¹⁴⁶ Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 542 vd.; BernerKom/Wildhaber - Dede, *OR Art.129*, N. 76.

¹⁴⁷ BernerKom/Wildhaber - Dede, *OR Art.129*, N. 76.

¹⁴⁸ Türk hukukunda zamanaşımından feragati düzenleyen TBK md.160'da karşılığı olmayan bu hükme göre, genel işlem koşulu ile zamanaşımından feragat ancak genel işlemler koşullarını düzenleyen taraf için mümkündür. Sözleşmenin karşı tarafının bir genel işlem koşulu yoluyla zamanaşımından feragat etmesi (ettirilmesi) mümkün değildir.

edilmektedir¹⁴⁹. Aksi takdirde, ilgili sözleşme kayıtları geçersiz olur. Bu yorumu, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın ilgili sözleşmeden doğan hakkını daha uzun süreli zamanaşımı süresiyle teminat altına alan düzenlemeleri kapsayacak şekilde ele almak ise kanaatimizce daha uygundur¹⁵⁰. Bu sebeple, meseleyi yalnızca zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemelerle sınırlamamak gerekir¹⁵¹. Nitekim, Alman hukukunda yer alan yaklaşım da bu yöndedir. Türk hukukunda OR Art.141/Abs.1bis'te yer alan düzenlemeye benzer bir hükme yer verilmemiş olsa da genel işlem koşullarını düzenleyen TBK md.20 vd.'de yer alan hükümler kapsamında aynı sonuca ulaşmak ise kanaatimizce pek tabii mümkündür.

2. Alman hukuku

Alman hukukunda zamanaşımı sürelerine ilişkin düzenlemeler kural olarak geçerlidir¹⁵². Zira BGB § 202 hükmü niteliği itibarıyla genel nitelikte bir yasaklayıcı norm değildir. Alman kanun koyucusu esas itibarıyla ilgili hükümde halihazırda kabul edilen düzenleme serbestliğinin sınırlarını çizmektedir. Söz konusu sınırlamalar zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemeler bakımından borçlunun kast sebebiyle sorumlu olduğu haller iken¹⁵³; zamanaşımı sürelerini uzatan düzenlemeler bakımından ise yasal zamanaşımı başlangıcından itibaren otuz yıllık üst sınırdır¹⁵⁴.

Alman hukukunda da zamanaşımı sürelerine ilişkin düzenlemeler genel geçerlilik kurallarına tabidir¹⁵⁵. Bu sebeple, zamanaşımı süresini değiştiren düzenlemeler kanunun öngördüğü emredici hükümlere aykırı olmadığı müddetçe geçerlidir¹⁵⁶. İlgili emredici hükümler ile kastedilen ise pek tabii hukukî işlemler için öngörülen geçerlilik şartlarına yönelik hükümlerdir. Ancak bunun dışında, Alman kanun koyucusu, zamanaşımı sürelerine ilişkin düzenlemelerin geçerliliğine yönelik ayrıca sınırlamalar getiren özel hükümlere yer vermiştir. Böyle bir durumda, BGB § 202 hükmünün öngördüğü serbestî artık ortadan kalkmaktadır. BGB § 202'de getirilen genel sınırlamalara uyulmuş olması da artık tek başına yeterli olmaz. Çünkü sürelerle ilişkin hukukî işlemin geçerliliği artık özel hükmün öngördüğü sınırlamaya tabi olur¹⁵⁷. Nitekim AktG § 93/Abs.6 ve GmbHG § 43/Abs.4'te yer alan hükümlerin kısmen emredici olduğu ve bu hükümlerde yer alan sürelerin kısaltılamayacağı ifade edilmektedir¹⁵⁸. Bunun gibi, Alman kanun koyucusu BGB § 309/N.8-lit.b ff hükmünde, satış ve eser sözleşmelerinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin iki ve beş yıllık zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemelerde zamanaşımı süresinin asgari bir yıl olma şartını aramıştır¹⁵⁹. Benzer düzenlemelere acentelik ve tur sözleşmeleri (BGB § 651j ve § 651y) ile toplu iş sözleşmeden (TVG § 4/Abs.4) doğan haklar bakımından da rastlanmaktadır¹⁶⁰.

¹⁴⁹ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 76. OR Art.141/1bis hükmünün zamanaşımı sürelerini uzatan düzenlemeler için uygulanacağını ve dolayısıyla yalnızca genel işlem koşulunu kullanan taraf aleyhine olacak şekilde bu düzenlemelerin yapılabileceği yönündeki görüş için ayrıca bkz.: Karasahin, "Verjährungsvezicht", 755 vd.

¹⁵⁰ OR Art.141/1bis hükmünün zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelerde kıyasen uygulanamayacağı şeklindeki karşıt görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 692.

¹⁵¹ Uygulamada bu tür kararlaştırmalarla bilhassa tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılaşılabileceği dikkate alındığında bu yorumumuzun isabetliliği daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

¹⁵² juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 5; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 6 ve 11.

¹⁵³ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 2; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 2; Nomos-HK/Dörner, *BGB § 202*, N. 2; Jauernig/Mansel, *BGB § 202*, N. 1; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 1 ve 11.

¹⁵⁴ Nomos-HK/Dörner, *BGB § 202*, N. 3; Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 6; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 2 ve 11; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 1; Nomos-HK/Dörner, *BGB § 202*, N. 3; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 10; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 11; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 16.

¹⁵⁵ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 8.

¹⁵⁶ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 4; Nomos-HK/Dörner, *BGB § 202*, N. 2-3; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 4.

¹⁵⁷ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 5.

¹⁵⁸ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 8; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 5. Bunun dışında, ilgili sürelerin uzatılması hususunda söz konusu hükümler bir engel teşkil etmemektedir.

¹⁵⁹ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 13; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 3; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 10.

¹⁶⁰ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 13-14; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 3; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 9. BGB § 202 hükmünün toplu iş sözleşmelerinde uygulanabilirliğinin tartışmalı olduğu yönünde ayrıca bkz.: Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 4 ve 13.

Zamanaşımı sürelerine ilişkin hukukî işlemin geçerliliği konusunda ele alınması gereken bir diğer husus ilgili zamanaşımı süresinin emredici nitelikte düzenlenmiş olup olmadığıdır. Bunun sebebi, emredici nitelikte olan zamanaşımı hükümlerinin taraflarca değiştirilmesinin mümkün olmamasıdır¹⁶¹. Bu kapsamda, tüketici satışlarında zamanaşımına ilişkin düzenlemelerin münhasıran tüketici lehine düzenlenebileceği kabul edilmektedir. Bu sebeple, tüketicinin sahip olduğu haklar bakımından zamanaşımı süresini kısaltan düzenlemelerin yapılması kural olarak mümkün değildir¹⁶². Ancak, zamanaşımını süresini uzatan düzenlemelerin yapılmasında bir sakınca yoktur. Zira son halde tüketici lehine bir düzenlemeden bahsetmek gerekir¹⁶³.

Alman hukukunda zamanaşımı sürelerine ilişkin hukukî işlemin herhangi bir zamansal sınırlamaya tabi olmadığı kabul edilmektedir¹⁶⁴. Bunun sebebi, Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda süreleri değiştirme yasağını düzenleyen BGB § 202 hükmünün zamanaşımından feragati de kapsayan bir düzenleme olmasıdır¹⁶⁵. Dolayısıyla, henüz borç doğmadan veyahut doğmuş olan borç bakımından taraflarca sürelerle ilişkin bir hukukî işlemin yapılması peki tabii mümkündür¹⁶⁶. Nitekim, henüz borç doğmadan zamanaşımı sürelerine ilişkin düzenlemelerin yapılabileceği sonucuna BGB § 202/Abs.1 hükmünün karşıt kavram kanıtı yoluyla yorumundan zaten ulaşılabilmektedir¹⁶⁷. Bunun gibi, zamanaşımı süresi işlemeye başladıktan sonra da sürelerle ilişkin hukukî işlemin yapılmasında bir engel bulunmamaktadır¹⁶⁸. Hatta Alman hukukunda, sona ermiş bir zamanaşımı süresini uzatan düzenlemelerin de yapılabileceği ifade edilmektedir¹⁶⁹. Son halde, dolmuş olan zamanaşımı süresinin geçmişe etkili olarak uzatılması söz konusudur¹⁷⁰.

Alman hukukunda da zamanaşımı süresini kısaltan düzenlemelerin genel işlem koşulu niteliğinde düzenlenmesi hâlinde BGB § 307 vd.'de yer alan hükümler gereğince genel işlem koşulları denetimine tabi olduğu ifade edilmektedir¹⁷¹. Böyle bir durumda, BGB § 138 ve § 307 hükümleri uyarınca içerik denetimi yürür¹⁷². Bu sebeple, ilgili sözleşme kaydının kanunun diğer emredici hükümlerine aykırı olmadığı iddiası artık ileri sürülemez. Aksi takdirde, BGB § 307 hükümlerinin öngördüğü koruma dolanılmış olur¹⁷³. Bunun gibi, zamanaşımı süresini uzatan düzenlemeler de kimi zaman BGB § 307'nin öngördüğü içerik denetimine takılabilir¹⁷⁴. BGB § 548 hükmü gereğince kiraya verenin tazminat taleplerinin tabi olduğu altı aylık zamanaşımı süresini uzatan düzenlemeler bakımından durum böyledir. Bu yönde düzenlemelerin genel işlem koşulları içerisinde yer alması hâlinde artık içerik denetimi devreye girer¹⁷⁵.

¹⁶¹ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 12.

¹⁶² BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 13; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 12. Buna ilişkin düzenleme BGB § 476 hükmünde yer almaktadır. İlgili hükme göre, tüketici satışlarında ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin süreler yeni ürün satışında iki yıl ve ikinci el satışta ise bir yıldan daha kısa kararlaştırılamaz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 8.

¹⁶³ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 12.

¹⁶⁴ BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 3; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 5; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 15.

¹⁶⁵ Jauernig/Mansel, *BGB § 202*, N. 1; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 4; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 10. Bu doğrultuda bkz.: Nomos-HK/Dörner, *BGB § 202*, N. 4.

¹⁶⁶ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 5; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 1 ve 20; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 5. Borçlunun hakkının doğumundan haberdar olmadan önce sürelerle ilişkin düzenlemelerin yapılabileceği yönünde bkz.: juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 15.

¹⁶⁷ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 5.

¹⁶⁸ BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 3; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 1.

¹⁶⁹ juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 16; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 3; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 20.

¹⁷⁰ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 20.

¹⁷¹ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 4; Nomos-HK/Dörner, *BGB § 202*, N. 2; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 3 ve 14; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 10.

¹⁷² Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 14; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 2.

¹⁷³ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 4.

¹⁷⁴ juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 8; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 3.

¹⁷⁵ Jauernig/Mansel, *BGB § 202*, N. 1. Zamanaşımına ilişkin sürelerin genel işlem koşulu olarak düzenlenmesi hâlinde tabi olacakları geçerlilik şartlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 13.

Alman hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelerin mutlaka gün, ay ve yılı kapsayacak şekilde yapılmasının zorunlu olmadığı ifade edilmektedir¹⁷⁶. Dolayısıyla, belirli bir zaman aralığını içerecek şekilde yapılan düzenlemeler de aynı şekilde geçerlidir. Örneğin; zamanaşımı süresinin malın teslim anından itibaren işlemeye başlayacağı şeklinde bir kararlaştırma BGB § 202 hükmünün kapsamında yer aldığından geçerli olur¹⁷⁷. Yeter ki, söz konusu düzenlemeyle zamanaşımı süresinin yasal başlangıç anı öne çekilmiş ya da ertelenmiş olsun. Bu yaklaşımı, zamanaşımı sürelerinin başlangıç anını değiştiren düzenlemeleri TBK md.148 ve OR Art.129 hükümlerinin kapsamına dahil eden Türk-İsviçre hukuku bakımından da kabul etmek mümkün gözükmemektedir.

Taraflarca zamanaşımı sürelerine ilişkin yapılacak düzenlemeler ancak zamanaşımına tabi olan haklar bakımından mümkündür. Zamanaşımına tabi olmayan haklar BGB § 202 hükmünün kapsamında yer almazlar¹⁷⁸. Taşınmazlar bakımından düzenlenen BGB § 898 hükmünde yer alan atıf sebebiyle BGB §§ 894-896 hükümlerinde ve ayrıca BGB § 902'de yer alan haklar bu kapsamdadır¹⁷⁹. Dolayısıyla, zamanaşımına tabi olmayan bir hakkın BGB § 202 hükmü kapsamında zamanaşımına bağlanması mümkün değildir¹⁸⁰. Bu yönde düzenlemeler BGB § 194/Abs.2 hükmüne aykırılık sebebiyle her halükârda geçersiz olur¹⁸¹. Bunun gibi, zamanaşımına tabi bir borcun da zamanaşımı süresinin dolmasıyla birlikte sona ereceğinin kararlaştırılması aynı şekilde mümkün değildir¹⁸². Bununla birlikte, taraflar bir borç ilişkisinden doğan haklardan yalnızca bir veya birkaçı için düzenleme yapmışsa tarafların iradelerinden aksi anlaşılmadıkça ilgili düzenleme diğer yarışan veya birlikte uygulanan haklar yönünden de uygulama alanı bulur¹⁸³. Bu kapsamda örneğin; sözleşme kaydı niteliğindeki "bakım yükümlüsünün ücret talebi ile sağlık sigortası ettirenin iade taleplerinin bir yıldan sonra zamanaşımına uğrayacağı" şeklindeki zamanaşımı sürelerini hafifleten düzenlemeler sözleşmenin ihlâlinden doğan diğer iade veya haksız fiilden kaynaklı olmayan diğer talepler için de uygulama alanı bulur¹⁸⁴.

Taraflarca üçüncü kişiyi koruyucu etkili ya da üçüncü kişi yararına sözleşmede ilgili düzenlemelere yer verilmesi hâlinde, borçlu, ilgili üçüncü kişiye karşı zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemeleri ileri sürme hakkına sahiptir¹⁸⁵. Kanaatimizce bu hususla pek tabii zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemelerde karşılaşılır. Ancak, zamanaşımı sürelerine ilişkin yapılan düzenlemelerde sürelerin etki ve sonuçlarını yalnızca üçüncü kişiler aleyhine değiştiren kararlaştırmalara yer verilmesi de mümkün değildir¹⁸⁶. Zira sözleşmenin taraflarınca üçüncü kişinin menfaatlerini ağırlaştıran bu tür düzenlemeler geçersizdir¹⁸⁷. Bu yorumu, üçüncü kişiler aleyhine ve onların durumunu ağırlaştıran sağlararası hukuk işlemler yapma yasağını kabul eden Türk-İsviçre hukuku için de aynı şekilde benimsemek mümkün gözükmemektedir¹⁸⁸.

¹⁷⁶ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 11.

¹⁷⁷ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 11.

¹⁷⁸ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 7; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 15; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 6; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 2.

¹⁷⁹ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 7.

¹⁸⁰ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 6; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 15.

¹⁸¹ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 15.

¹⁸² Taraflarca bu yönde bir sonuç arzu ediliyor ise hak düşürücü sürenin kararlaştırılması gerektiği yönünde bkz.: juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 17.

¹⁸³ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 7; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 6; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 9.

¹⁸⁴ juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 6.

¹⁸⁵ BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 9.

¹⁸⁶ juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 17.

¹⁸⁷ Looschelders, *Schuldrecht*, § 51 N. 7.

¹⁸⁸ Michael Hochstrasser, *Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2006), N. 495; Harun Mirsad Günday, *Alım Hakkı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 322. Nitekim Türk ve İsviçre kanun koyucuları zamanaşımından feragatte bu hususu açıkça düzenlenmiştir. Her ne kadar zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı ve zamanaşımından fergat kurumları niteliği itibarıyla birbirinden farklı olsalar da ilgili hükümlerin kanun koyucuların iradelerini yorumlayabilmek bakımından önemi büyüktür. Zira TBK md.160/II ve OR Art.141/Abs.2 hükümleri gereğince müteselsil borçlulardan birinin feragatanın diğer borçlulara karşı ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir. Benzer çözüm yolu, TBK md.160/III ve OR Art.141/Abs.3 hükümlerinde, bölünemez bir borcun borçlularından birinin feragat etmiş olması hali için de

B. Zamanaşımı Koşullarının Ağırlaştırılması

1. Genel olarak

Zamanaşımı koşullarının ağırlaştırılması ile kastedilen husus borçlu aleyhine yapılan düzenlemelerdir¹⁸⁹. Dolayısıyla da burada zamanaşımı uzatılmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Zamanaşımı koşullarını ağırlaştıran düzenlemelerde kapsam ve geçerlilik yönünden ele alınması gereken kendine özgü hususlar söz konusudur. Bu kapsamda, meselenin Türk-İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde ayrı ayrı ele alınması gerekir.

2. Türk-İsviçre hukuku

Türk-İsviçre hukukunda zamanaşımı sürelerinin uzatılmasına ilişkin düzenlemelere süre yönünden üst sınır getiren bir hükme yer verilmemiştir. Bu sebeple de sürelere ilişkin düzenlemelerin üst sınırının ne olduğu konusu tartışmalıdır. Öğretide yer alan bir görüşe göre düzenlemelerin üst sınırını TBK md. 146 ve OR Art. 127’de düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresi oluşturur¹⁹⁰. Zira Türk-İsviçre hukukundaki on yıllık genel zamanaşımı süresi niteliği itibarıyla emredici nitelikte bir süredir¹⁹¹. Öte yandan, on yıllık genel zamanaşımı süresi özel hukuk bağlamında azami zamanaşımı süresi olarak kabul edilmektedir¹⁹². Başka bir deyişle, Türk-İsviçre kanun koyucularının zamanaşımı yönünden kabul ettiği makul üst sınır budur. TBK md.148 ile OR Art.129 hükümleri ise burada bir üst sınıra yer vermediğinden burada bir kanun boşluğu bulunmaktadır¹⁹³. Bu boşluk ise zamanaşımı süresinde azami sınırı oluşturan on yıllık genel zamanaşımı süresiyle doldurulmalıdır¹⁹⁴. Bunun sonucu olarak, on yıllık süreyi aşan düzenlemelere cevaz verilmemelidir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelerin üst sınır yönünden on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olacağını kabul etmektedir¹⁹⁵. On yıllık üst sınıra ilişkin hesaplama ise taraflarca yapılan düzenlemeye konu yasal zamanaşımı süresinin yasal başlangıç anından itibaren on yıllık süre işletilmek suretiyle yapılır¹⁹⁶. Söz konusu hesaplama neticesinde ulaşılan sürenin son günü zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelerin de üst sınırını oluşturur. Bu yönüyle de Alman hukukunda zamanaşımı sürelerini uzatan düzenlemelerde üst sınırı belirleyen BGB § 202/Abs.2 hükmüne paralel bir çözüm yolu benimsendiğini söylemek mümkündür.

Öğretide yer alan ikinci görüşe göre ise zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelerde on yılı aşan düzenlemelere yer verilmesi mümkündür¹⁹⁷. Zira bize göre, on yıllık zamanaşımı süresinden feragatin ve dolayısıyla da süreyi dolaylı olarak uzatmanın mümkün olduğu Türk-İsviçre hukuk düzeninde bu süreyi aşan düzenlemelere yer verilemeyeceğini düşünmek anlamsızdır. Dolayısıyla buradaki temel sınırlayıcı düzenlemeler olsa olsa kişiliğin korunmasına ilişkin TMK md.23/II ve OR Art.27/Abs.2 hükümleridir¹⁹⁸.

benimsenmiştir. Keza, TBK md.160/IV ve OR Art.141/Abs.4 hükümlerinde asıl borçlunun feragatinin de kefile karşı ileri sürülemeyeceği hükme bağlanmıştır.

¹⁸⁹ Nomos-HK/Dörner, *BGB § 202*, N. 2-3; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 1; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 1.

¹⁹⁰ ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 23; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku*, N. 1912; Gümüş, *Borçlar*, 1219; CHK/Killias – Wiget, *OR Art.129*, N. 6; Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 372 ve 374; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 4070; BH-Şerhi/Eren – Dönmez, *TBK md.148*, N. 3; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 1071; von Tuhr - Escher, *Allgemeiner Teil*, 217; Spiro, *Die Begrenzung*, 855; *Präjudizienbuch-OR/Krauskopf*, *OR Art.129*, N. 1; Schwenzer - Fountoulakis, *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 84.12; BaslerKom/Däppen, *OR Art.129*, N. 3; Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 398; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 71.31.

¹⁹¹ ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 23.

¹⁹² Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 397.

¹⁹³ Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 397 vd.

¹⁹⁴ Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 398.

¹⁹⁵ Bu doğrultudaki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer 4A_221/2010 E. 3 Urteil vom 12. Januar 2012 ve BGE 99 II 185 E. 2a Urteil vom 8. März 1983 www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 31.07.2024).

¹⁹⁶ Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 684.

¹⁹⁷ Bernhard Berger, *Allgemeines Schuldrecht - Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht* (Bern: Stämpfli Verlag, 2018), N. 1451; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 86.

¹⁹⁸ Berger, *Allgemeines Schuldrecht*, N. 1451.

İsviçre hukukunda zamanaşımı hukukuna ilişkin revizyon döneminde henüz ön tasarıda yer alan düzenlemelerden hareketle meseleyi inceleyen ve benzer sonuca ulaşan üçüncü görüş de sürelerin on yılı aşacak şekilde kararlaştırılabileceğini savunmaktadır. Zira taraflarca kimi zaman on yılı aşan zamanaşımı sürelerine yönelik düzenlemelere de ihtiyaç duyulabilir¹⁹⁹. Bu görüşe göre, zamanaşımı sürelerini uzatan düzenlemelerin üst sınırı ise otuz yıldır²⁰⁰.

Öğretide yer alan görüşlere bakıldığında, kanaatimiz, ikinci görüşe öncelik verilmesi gerektiği yönündedir. Zira TBK md.140 ve OR Art.129 hükümlerinde Türk ve İsviçre kanun koyucularının süre yönünden bir sınırlamaya yer vermediği açıktır. Öte yandan, Türk-İsviçre hukuk düzenlerinde on yılı aşan daha uzun zamanaşımı sürelerine yer verildiği de zaten görülmektedir. O halde, on yıllık genel zamanaşımı süresinin zamanaşımı hukukunda üst sınırı oluşturan bir ölçüt olarak dikkate alınması bize göre mümkün olmamalıdır. Kaldı ki, Türk-İsviçre hukuku, Alman hukukundan farklı olarak, süreleri değiştiren düzenlemelerin üst sınırı için açık bir hüküm de öngörmemiştir. O halde, gerek doğrudan gerek ise kıyas ya da karşıt kavram kanıtı yoluyla bizi azami sınır olarak on yıllık süreye ulaştıran bir yasal dayanak Türk-İsviçre hukukunda yoktur. Alman hukukunda BGB § 202/Abs.2 hükmü göz alındığında da Alman kanun koyucusunun üst sınır olarak otuz yıllık uzun zamanaşımı süresine paralel bir süreye yer verdiği görülmektedir. Oysa Alman hukukunda da otuz yıllık süre olağan zamanaşımı süresi niteliğine sahip değildir. O halde, TBK md.148 ile OR Art.129 hükümlerinin kapsamı dışında kalan sürelerle ilişkin düzenlemelerde de üst sınırın olağan zamanaşımı sürelerini düzenleyen TBK md.140 ve OR Art.127 hükümlerindeki on yıllık süreler olmadığını söylemek daha doğru gözükmemektedir. Aksi yönde bir yorumun kabulü hâlinde ilgili düzenlemelerin üst sınırının yirmi yıllık zamanaşımı sürelerine yer veren Türk-İsviçre hukuk düzenlerinde neden yirmi olamayacağının makul bir cevabı da kanaatimizce yoktur. Dolayısıyla taraflarca yapılan düzenlemelerin üst sınırını çizen hüküm bize göre de olsa olsa TMK md.23/II hükmü olmalıdır. TMK md.23/II hükmü ise üst sınırı tayin etme yönünden kesin bir sınır çizemez. Burada daha ziyade somut olay bağlamında bir değerlendirme yapmak suretiyle bir sonuca ulaşmak gerekir. Somut olay adaletine göre hareket edilirken de Türk-İsviçre kanun koyucularının zamanaşımı hukukunda belirlediği süreler somut olay adaletinin tespitinde elbette dikkate alınabilir. Nitekim Alman hukukundaki yaklaşım da bu yöndedir. Ancak bu yorum, TBK md.148 ve OR Art.129 hükümleri kapsamında süreleri uzatan düzenlemelerin mutlak üst sınıra sahip olduğu ve bu üst sınırın da on yıllık genel zamanaşımı süresi olduğu sonucuna bizleri hiçbir şekilde götürmez.

3. Alman hukuku

Alman hukukunda zamanaşımı süresinin uzatılmasına ilişkin düzenlemeler yasal zamanaşımı süresinin başlangıcından itibaren otuz yılı geçmeyecek şekilde kararlaştırılabilmektedir²⁰¹. Otuz yıllık üst sınırın hesabında yasal zamanaşımı süresinin başlangıç anı belirleyicidir²⁰². Bu sebeple, ilgili sürenin hesabında süreleri değiştiren düzenlemelerin yapıldığı andan itibaren otuz yıllık süre hesaplanmaz²⁰³. Zamanaşımı sürelerinin başlangıç anının tespiti ise BGB § 188/2 ile § 199-201 hükümlerine göre tayin edilir²⁰⁴.

¹⁹⁹ Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 682.

²⁰⁰ Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 682.

²⁰¹ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 6; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 2 ve 11; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 1; Nomos-HK/Dörner, *BGB § 202*, N. 3; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 10; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 22; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 11; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 16. Otuz yılı aşan süreyle kurulan garanti sözleşmelerinin BGB § 202/Abs.2 hükmü kapsamı dışında yer aldığı yönünde bkz.: BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 11; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 22; Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 6. Zira garanti sözleşmelerinde garanti ediminin zamanaşımına tabi olması söz konusu değildir. Burada bir sürekli borç ilişkisi mevcut olup sözleşmenin süresi BGB § 202 hükmünün kapsamında yer alan sınırlamaya tabi olmaz. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 22; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 10.

²⁰² juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 22; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 22.

²⁰³ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 22.

²⁰⁴ juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 22.

Taraflarca zamanaşımı süresinin başlangıcının ileride gerçekleşmesi belirsiz bir olaya bağlandığı haller söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, otuz yıllık yasal sınırın aşılp aşılmadığının tespiti ilgili olayın gerçekleştiği an dikkate alınarak yapılır²⁰⁵.

Taraflarca zamanaşımı süresinin uzatıldığı durumlarda zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, otuz yıllık üst sınır hesaplanırken zamanaşımını durduran ya da yeniden işlemeye başlamasına sebep olan hususlar dikkate alınmaz²⁰⁶. Burada önemli olan husus, sürenin azami otuz yıl boyunca işleyebilecek olmasıdır. Bu sebeple, mesela zamanaşımının durması sebebiyle fiili zamanaşımı süresinin otuz yılı aşması BGB § 202 hükmüne aykırılık oluşturmaz. Bunun sonucu olarak, taraflarca otuz yıllık süreden daha uzun bir fiili zamanaşımı süresini kapsayan sonuç arzu ediliyor ise BGB § 203 vd.'de yer alan hükümler kapsamında zamanaşımının durması ya da BGB § 212 hükmü uyarınca zamanaşımının yeniden başlaması yollarından birine başvurulması gerekir²⁰⁷.

Zamanaşımı süresini uzatan düzenlemeler borçlunun durumunu önemli ölçüde zorlaştırabilir²⁰⁸. Bu noktada, BGB § 202/Abs.2 hükmünün işlevi ise süreleri uzatan düzenlemeler yönünden sözleşme özgürlüğüne mutlak üst sınır getirmekten ibarettir²⁰⁹. Ancak genel işlem koşulu yoluyla yapılan süreleri uzatan düzenlemeler BGB § 138 hükmü kapsamında dürüstlük kuralına aykırı olamaz²¹⁰. Bir meselenin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının tespiti ise somut olay kapsamında değerlendirilebilecek bir durumdur. Bu sebeple de otuz yıllık üst sınırın Alman kanun koyucusunun tüm düzenlemelerde cevaz verdiği bir azami sınır olarak düşünülmemesi gerektiği ifade edilmektedir²¹¹. Eğer genel işlem koşulları kapsamında yapılan bir düzenleme söz konusu ise yasal otuz yıllık üst sınırdan ziyade somut olaya göre değerlendirme yapılarak mesele çözümlenmelidir²¹². Bu kapsamda da taraflar arasındaki borç ilişkisinin niteliği ve zamanaşımına tabi olan hakkın niteliği göz önünde bulundurulmalıdır²¹³. Bunun sonucu olarak, süreyi uzatan genel işlem koşulu niteliğindeki düzenlemelerin otuz yıldan daha kısa süreli olması BGB § 202/Abs.2 hükmüne uygun gözüktüğü de BGB § 306 ve § 307 hükümlerine aykırılık gündeme gelebilir. Bu noktada, üç yıllık olağan zamanaşımı süresini aşmayan düzenlemelerin ise dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediği ve geçerli olduğu kabul edilmektedir²¹⁴.

BGB § 202/Abs.2 hükmünün uygulama alanını yalnızca otuz yıldan kısa zamanaşımı süreleri oluşturur. Bunun dışında, Alman kanun koyucusunun düzenlediği otuz yıllık zamanaşımı sürelerinin ayrıca uzatılabilmesi mümkün değildir²¹⁵. Örneğin; BGB §§ 196, 197/Abs.3-b.1 ile Abs.4'te düzenlenen zamanaşımı süreleri bu kapsamdadır²¹⁶.

C. Zamanaşımı Koşullarının Hafifletilmesi

1. Genel olarak

Zamanaşımı koşullarının hafifletilmesi ile kastedilen husus alacaklı aleyhine yapılan düzenlemelerdir²¹⁷. Dolayısıyla da burada, zamanaşımı süresinin kanunun öngördüğü süreden daha önce dolmasına sebep olan, süreleri kısaltan düzenlemeler söz konusudur²¹⁸. Zamanaşımı koşullarını

²⁰⁵ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 11; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 29.

²⁰⁶ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 7; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 17.

²⁰⁷ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 16.

²⁰⁸ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 14.

²⁰⁹ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 17.

²¹⁰ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 17.

²¹¹ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 17.

²¹² MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 12; Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 6; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 3 ve 17.

²¹³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 17.

²¹⁴ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 14.

²¹⁵ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 6.

²¹⁶ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 6.

²¹⁷ Nomos-HK/Dörner, *BGB § 202*, N. 2-3; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 1; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 1.

²¹⁸ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 14.

hafifleten düzenlemelerde de kapsam ve geçerlilik yönünden ele alınması gereken kendine özgü hususlar söz konusudur. Bu kapsamda, meselenin Türk-İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde ayrı ayrı ele alınması gerekir.

2. Türk-İsviçre hukuku

Türk-İsviçre hukukunda zamanaşımı sürelerinin kısaltılmasına ilişkin düzenlemelere süre yönünden alt sınır getiren bir hükme yer verilmemiştir. Bu sebeple de meselenin çözümü hukuk öğretisi ve uygulamasına bırakılmıştır. Bu çerçevede, Türk-İsviçre hukukunda, zamanaşımı süresinin kısaltılmasına ilişkin düzenlemelerin, alacaklının, alacağını yasal olarak talep etme imkânına başvurmasını önemli ölçüde zorlaştırmadığı müddetçe geçerli olacağı kabul edilmektedir²¹⁹.

Alacaklının durumunu önemli ölçüde zorlaştırmamanın olup olmadığının tespitinde somut olay dikkate alınır. Bu yapılırken de ilgili düzenlemelerin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği önem arz etmez. Daha açık bir deyişle, önemli ölçüde zorlaştırma, somut olay bakımından bir hakkın kötüye kullanılması aşamasına ulaşmadan da gerçekleşmiş olabilir²²⁰. Örneğin; gizli ayıp için kararlaştırılan zamanaşımı süresi henüz ayıbın anlaşılamayacağı bir zaman diliminde dolacak nitelikte ise artık önemli ölçüde zorlaşmış olma şartı gerçekleşmiş olur²²¹.

Zamanaşımı süresinin kısaltılmasına ilişkin düzenlemelerin sınırını kimi zaman ilgili süreyi düzenleyen hüküm belirlemiş olabilir. İsviçre hukukunda satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresini düzenleyen OR Art.210/Abs.4-a hükmü bu kapsamdadır²²². Nitekim ilgili hükümde, ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin zamanaşımı süresinin taraflarca iki yıldan; ikinci el satışlarda ise bir yıldan daha kısa süre olacak şekilde düzenlemeler yapılması yasaklanmıştır. Benzer düzenleme, VVG Art.46/Abs.1'de sigortacıya karşı sigorta sözleşmesinde doğan taleplerin tabi olduğu iki yıllık zamanaşımı süresi bakımından da söz konusudur.

Zamanaşımı süresinin niteliği taraflarca sürenin kısaltılabilmesinin önünde bir engel oluşturabilir. Bu çerçevede, Türk-İsviçre hukukunda on yıldan daha uzun zamanaşımı sürelerinin kısaltılamayacağı kabul edilmektedir. Bunun sebebi, on yıldan daha uzun zamanaşımı sürelerinin istisnâî ve daha yüksek koruma ihtiyacı sebebiyle düzenlenmiş olduğuna yönelik yaklaşımdır²²³.

Zamanaşımı sürelerinin kısaltılmasına ilişkin düzenlemelerin taraflarca bir koşula yer verilmek suretiyle yapılması söz konusu olabilir. Bu kapsamda, taraflar alacaklının belirli süre içerisinde belirli bir davranışta bulunmaması hâlinde borcun sona ereceğine ilişkin bozucu koşul kararlaştırmış olabilirler²²⁴. Örneğin; borcun dava dışı yolla talep edilmemesi hâlinde borcun sona ereceğine ilişkin anlaşmalarda durum böyledir²²⁵. İsviçre hukukunda bu tür düzenlemeler fiili zamanaşımı süresinin kısaltılması olarak kabul edilmektedir²²⁶. İsviçre hukukundaki hâkim görüş ise bu tür düzenlemelerin geçerli olduğu yönündedir. Yeter ki, söz konusu koşul zamanaşımı süresini kısaltmak kastıyla kararlaştırılmamış olsun²²⁷. Bunun sebebi, alacaklının borcu dava dışı yolla talep etmiş olması hâlinde

²¹⁹ ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 24; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 690; CHK/Killias – Wiget, *OR Art.129*, N. 6; BaslerKom/Däppen, *OR Art.129*, N. 3; Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 372 ve özellikle 373 vd.; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku*, N. 1912; Gümüş, *Borçlar*, 1219; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 4070; BH-Şerhi/Eren – Dönmez, *TBK md.148*, N. 3; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, N. 5851; *Präjudizienbuch-OR/Krauskopf*, *OR Art.129*, N. 1; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 58.

²²⁰ ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 24.

²²¹ ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 25; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 690.

²²² Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 689; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 61 ve 80.

²²³ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 77; Gottini, *Die Verjährung*, 132; Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 410.

²²⁴ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 36; CHK/Killias – Wiget, *OR Art.129*, N. 4.

²²⁵ von Tuhr - Escher, *Allgemeiner Teil*, 217.

²²⁶ CHK/Killias – Wiget, *OR Art.129*, N. 4; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 36.

²²⁷ BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 36. Aksi takdirde, söz konusu düzenlemelerin TBK md.148 ve OR Art.129 hükümlerinin dolanımı anlamına geldiği ve bu sebeple de geçersiz olacağı yönünde bkz.: BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 36. Bunun dışında, TBK md.148 ve OR Art.129 hükümlerinin kapsamında yer almayan zamanaşımı süreleri üzerinde tarafların serbestçe tasarruf etmesi mümkün olduğu gibi; zamanaşımı sürelerini kısaltmak kastıyla söz konusu düzenlemeleri yapması pek tabii mümkündür.

kanunun öngördüğü zamanaşımı süresinin varlığını korumaya ve TBK md. 154 kapsamında zamanaşımı sürelerinin kesilmesi imkânına alacaklının aynı şekilde sahip olmaya devam etmesidir²²⁸.

Zamanaşımı süresini kısaltan düzenlemeler alacaklının hakkını süre bakımından sınırlaması sebebiyle dolaylı olarak sorumluluğun sınırlandırılması (*Haftungsbeschränkung*) şeklinde ele alınmaktadır²²⁹. Bunun sonucu olarak, süreleri kısaltan düzenlemelerin TBK md.115 ve OR Art.100 hükümleri kapsamında sorumsuzluk anlaşması niteliğinde olduğu kabul edilmektedir²³⁰. Bu sebeple de borçlunun ağır kusurlu davranışı sebebiyle meydana gelen zararlardan doğan taleplerin tabi olduğu zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemelerin geçersiz olduğu kabul edilmektedir²³¹. Aynı durum, bedensel zararlardan doğan sorumluluğa ilişkin taleplerin tabi olduğu zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemeler yönünden de söz konusudur²³². Ancak, bedensel zararlardan doğan sorumluluğa ilişkin taleplerde, borçlunun ağır kusurlu olarak hareket etmiş olması şartı artık aranmaz²³³. Dolayısıyla borçlu hafif ihmâl ile hareket etmiş olsa dahi ileri sürülecek taleplerin tabi olduğu zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemeler geçersiz olur.

3. Alman hukuku

Alman hukukunda zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemelerin kural olarak geçerli olduğu kabul edilmektedir²³⁴. Nitekim BGB § 202/Abs.1 hükmünün karşıt kavram kanıtı yoluyla yorumundan çıkan sonuç da zaten bu şekildedir²³⁵. Ancak bu konudaki düzenleme özgürlüğünün de tıpkı Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi sınırsız olmadığı kabul edilmektedir.

Alman hukukunda da zamanaşımı süresini kısaltan düzenlemeler yönünden süreye ilişkin bir alt sınıra yer verilmemiştir. Ancak bu durum tarafların süreyi dilediği şekilde tayin edebilecekleri anlamını taşımaz²³⁶. Zira Alman kanun koyucusunun bir alt sınır düzenleyememesinin sebebi, tüm haklar bakımından uygulanabilecek bir mutlak sürenin bulunmuyor olmasıdır²³⁷. Dolayısıyla da somut olay bağlamında meselenin çözülmesi gerekmektedir²³⁸. Burada en nihayetinde zamanaşımı sürelerini düzenleyen hükümlerin sistematigi dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır²³⁹. Bu noktada, borcun dürüstlük kuralına uygun olarak ifasını zorunlu kılan BGB § 242 hükmü ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır²⁴⁰. Zira BGB § 242 hükmünde öngörülen dürüstlük kuralı en nihayetinde BGB § 202 hükmünün de genel sınırını oluşturmaktadır²⁴¹. Bu kapsamda da Alman hukuk öğretisinde meselenin çözümü olağan zamanaşımı sürelerinden hareketle ortaya konmaktadır.

²²⁸ BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 41. Bundan dolayıdır ki, alacaklının, belirli süre içerisinde borcu dava yoluyla talep etmemesi hâlinde borcun sona ereceğine ilişkin bozucu koşullar değiştirme yasağı takılır. Zira böyle bir durumda alacağı dava yoluyla talep etme imkânı süre yönünden sınırlandırılmakta ve buna bağlı olarak ayrıca fiili zamanaşımı süresi de kısalmaktadır. Bu yönde ayrıca bkz.: BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 41; Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 516 vd.; von Tuhr - Escher, *Allgemeiner Teil*, 217; *Präjudizienbuch-OR/Krauskopf*, OR Art.129, N. 1; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 656.

²²⁹ Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 694; BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 68, Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 539.

²³⁰ Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 540; BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 68.

²³¹ BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 70; Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 540; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 694.

²³² Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3094; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 694; BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 71.

²³³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: BernerKom/Wildhaber – Dede, OR Art.129, N. 71; Gauch vd., *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 3094.

²³⁴ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 2; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 2 ve 6. İlgili hükmün hak düşürücü süreler bakımından da uygulama alanı bulduğu yönünde bkz.: Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 10.

²³⁵ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 10 ve 14.

²³⁶ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 4.

²³⁷ juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 21.

²³⁸ juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 21.

²³⁹ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 2.

²⁴⁰ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 2.

²⁴¹ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 8.

Alman hukukunda BGB § 195 hükmü gereğince olağan zamanaşımı süresi üç yıldır. Üç yıllık sürenin bazı hallerde yeterli olmayacağını düşünen Alman kanun koyucusu BGB § 196 ve § 197 hükümlerinde on yıl ile otuz yıllık zamanaşımı sürelerini düzenlemiştir²⁴². Alman kanun koyucusunun bu iradesinden yola çıkılarak da on ve otuz yıllık zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemelerin kural olarak caiz olmadığı ifade edilmektedir²⁴³. Bunun sebebi, olağan zamanaşımı süresinden daha kısa kararlaştırılmış sürelerin alacaklının durumunu önemli ölçüde zorlaştıracak olduğuna yönelik kabuldür²⁴⁴. Pek tabii bu değerlendirme somut olaya göre yapılacak bir tespitten ibarettir. Bu noktada, on yıl ile otuz yıllık süreleri üç yıllık olağan zamanaşımı süresinden daha kısa düzenleyen düzenlemelerin ise her halükârda caiz olmadığı kabul edilmektedir²⁴⁵. Bunun sonucu olarak, Alman hukukunda on ve otuz yıllık uzun zamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelerin alt sınırı üç yıllık olağan zamanaşımı süresiyken; üç yıldan daha uzun süre öngören düzenlemelerde ise somut olaya göre değerlendirme yapmak suretiyle mesele çözümlenmektedir.

BGB § 202/Abs.1 hükmünde kural yukarıda anlatıldığı şekilde olmakla birlikte bu kuralın istisnasını borçlunun kast sebebiyle sorumlu olduğu haller oluşturur²⁴⁶. Zira Alman hukukunda da tıpkı Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi zamanaşımı süresini kısaltan düzenlemeler sorumluluğun sınırlandırılması olarak kabul edilmektedir²⁴⁷. Bu sebeple de süreleri kısaltan düzenlemelere sınırlama getiren BGB § 202/Abs.1 hükmünün temelinde BGB § 276 hükmünün yer aldığı ifade edilmektedir²⁴⁸. İlgili hüküm, Türk-İsviçre hukukunda sorumsuzluk anlaşmalarını düzenleyen TBK md.115 ile OR Art.100 hükümlerinin karşılığını oluşturmaktadır. Bu kapsamda, borçlu kast sebebiyle sorumlu olduğu haller bakımından kendisine karşı ileri sürülebilecek taleplerin tabi olduğu zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemeler yapamaz²⁴⁹. Aksi takdirde, ilgili düzenlemeler kesin hükümsüz olur²⁵⁰. Ancak bunun için ilgili düzenlemelerin taraflarca önceden düzenlenmiş olması şarttır²⁵¹. Burada önceden düzenlenmiş olma ile ifade edilmek istenen ise ilgili düzenlemelerin henüz zamanaşımı süreleri işlemeye başlamadan yapılmış olmasıdır. Dolayısıyla, zamanaşımı süreleri işlemeye başladıktan sonra kast sebebiyle sorumluluk halleri bakımından da süreleri kısaltan düzenlemeler yapılması mümkündür²⁵². Böyle bir durumda, ilgili düzenlemeler ne BGB § 202/Abs.1 ne de BGB § 276/Abs.3

²⁴² Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 13.

²⁴³ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 13. Otuz yıllık zamanaşımı süresinin uzun nitelikte olması sebebiyle bu süreyi kısaltan düzenlemelerin kural olarak geçerli olduğu şeklindeki aksi yönde görüş için bkz.: juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 43. Bununla birlikte, Alman hukukunda Budzikiewicz, *BGB § 199* hükmü gereğince nispî nitelikte olan üç yıllık olağan zamanaşımı süresinin yasal başlangıç anını değiştirmeyen ve borçluya kısa düşünme süresi vermeyecek nitelikteki düzenlemelerin caiz olduğunu kabul etmektedir. Bu durum, mutlak zamanaşımı süreleri bakımından da aynıdır. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Aktaran Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 13.

²⁴⁴ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 13.

²⁴⁵ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 13.

²⁴⁶ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 2; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 2; Nomos-HK/Dörner, *BGB § 202*, N. 2; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 19; Jauernig/Mansel, *BGB § 202*, N. 1; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 1 ve 11.

²⁴⁷ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 14; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 1; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 8; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 5 ve 10; Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 4.

²⁴⁸ juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 18; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 8.

²⁴⁹ BGB § 202/Abs.1 hükmünün dar yorumlanması gerektiği ve yasal temsilci ile ifa yardımcılara karşı ileri sürülebilecek haklar bakımından kast sebebiyle sorumluluk hâlinde dahi süreleri kısaltan düzenlemelerin yapılabileceği yönünde bkz.: juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 20.

²⁵⁰ Taraflar arasındaki borç ilişkisinde yer alan karşılıklı hakların tümünün hak düşürücü süreye tabi olacağına yönelik düzenlemeler sürelerin kısaltılması niteliğinde olmasına rağmen bu tür kararlaştırmaların BGB § 202/Abs.1 hükmünün öngördüğü yasağa aykırı olmayacağı yönündeki görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 20.

²⁵¹ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 8; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 10; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 20; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 1 ve 11; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 6.

²⁵² BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 10; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 12. Zamanaşımı süresinin başlangıç anından ziyade hakkın doğum anını esas alan görüş için bkz.: MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 7; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 20. Bu görüşe göre, hakkın doğduğu konusunda bilgi sahibi olmanın da hiçbir önemi yoktur. Önemli olan hakkın doğduğuna ilişkin objektif durumdur. Bu yönde ayrıca bkz.: juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 20.

hükmüne aykırılık teşkil eder²⁵³. Ancak bunun için, alacaklının, sürelerle ilişkin düzenlemeler yapılırken borçlunun kasta dayalı sorumluluğunun bulunduğunu biliyor olması gerekir²⁵⁴.

BGB § 202/Abs.1 hükmünün istisnasını oluşturan kast sebebiyle sorumluluk hâlindeki kast sözcüğünü BGB § 276/Abs.3 hükmüne uygun olarak yorumlamak gerekir²⁵⁵. Bu çerçevede, BGB § 202/Abs.1'de borçlunun kast dışındaki ağır ihmâli kural olarak hükmün kapsamında yer almaz. Ancak bunun istisnasını ise BGB § 309/Abs.7 hükmü oluşturur. İlgili hükme göre, ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlâlinden doğan sorumluluk hallerinin tümü ile borçlunun ağır kusuru sebebiyle doğan diğer sorumluluk hallerinde uygulanacak zamanaşımı sürelerinin genel işlem koşulu yoluyla kısaltılması mümkün değildir²⁵⁶. İlk halde, borçlunun hafif ihmâli bakımından dahi düzenleme yapılamazken; ikinci halde ağır ihmâl de sınırlamanın kapsamına dahil olur. Bu yönüyle, BGB § 309/Abs.7 hükmü niteliği itibarıyla BGB § 202/Abs.1 hükmünün öngördüğü sınırlamanın kapsamını genişleten istisna bir özel hüküm olarak karşımıza çıkar.

Taraflar bir sözleşme ilişkisinden doğan tüm taleplerin tabi olacağı zamanaşımı süresini kısaltan bir sözleşme kaydına yer verebilir. Örneğin; taraflarca tüm taleplerin bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağının kararlaştırıldığı hallerde durum bu şekildedir. Böyle bir durumda, süreye ilişkin düzenleme, kast sebebiyle sorumluluk ile birlikte ölüm ve bedensel zararlardan doğan talepler dışındaki talepler için uygulama alanı bulur²⁵⁷. Ancak yine de Alman hukuk öğretisinde, taraflarca süreleri kısaltan düzenlemeler yapılırken kast sebebiyle sorumluluk halinin düzenlemenin kapsamı dışında tutulmak istendiği hallerde bunun taraflarca açıkça belirtilmiş olması gerektiği ifade edilmektedir²⁵⁸. Bunun sebebi, kanaatimizce, kanunun öngördüğü müeyyide ile karşı karşıya kalma riskini bertaraf etme ve kısmî hükümsüzlüğe cevaz verilmeyen durumlarda yapılan düzenlemelerin kesin hükümsüz olma ihtimalini ortadan kaldırma düşüncesidir.

V. Zamanaşımı Sürelerini Değiştirme Yasağına Aykırılığın Müeyyidesi

A. Türk-İsviçre hukuku

Türk-İsviçre hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağına aykırılık hâlinde TBK md.27 ile OR Art.19/Abs.2 ve Art.20 hükümleri uygulama alanı bulur²⁵⁹. Dolayısıyla, süreleri değiştirme yasağına aykırılığın müeyyidesinin kesin hükümsüzlük olduğu kabul edilmektedir²⁶⁰. Bu noktada, kısmî hükümsüzlüğe cevaz veren TBK md.27/II ile OR Art.20/Abs.2 hükümleri aynı şekilde uygulanmaya devam eder. Dolayısıyla, bir sözleşme içerisinde yer alan sürelerle ilişkin düzenlemelerin geçersizliği sözleşmenin diğer kısımlarının geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Aksine, taraflar arasındaki borç ilişkisi ayakta kalmaya devam eder. Ancak, böyle bir durumda, İsviçre hukukunda uygulanacak zamanaşımı süresinin taraflarca kararlaştırılan süreler yerine kanunun öngördüğü yasal zamanaşımı süreleri olduğu ifade edilirken²⁶¹; Türk hukukunda hâkim görüş ise değiştirilmiş kısmî hükümsüzlüğün uygulanarak sürenin azami yasal sınırını oluşturduğu ifade edilen TBK md.146'daki on yıllık süreye indirilmesi gerektiği yönündedir²⁶². Bizim kanaatimiz ise, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, TBK

²⁵³ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 8; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 10; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 11-12.

²⁵⁴ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 12.

²⁵⁵ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 11.

²⁵⁶ Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 9 ve 12; Jauernig/Mansel, *BGB § 202*, N. 1; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 10.

²⁵⁷ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 3. Yazar kast dışında ağır ihmâli de bu kapsamda değerlendirmektedir.

²⁵⁸ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 2.

²⁵⁹ Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 656; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 87; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, N. 5852; Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 374.

²⁶⁰ Gümüş, *Borçlar*, 1219; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, N. 5852; Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 374; BH-Şerhi/Eren – Dönmez, *TBK md.148*, N. 8; ZK/Berti, *OR Art.129/141*, N. 16; BaslerKom/Däppen, *OR Art.129*, N. 6; CHK/Killias – Wiget, *OR Art.129*, N. 7; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 87; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 71.26.

²⁶¹ Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 13.37; BernerKom/Wildhaber – Dede, *OR Art.129*, N. 87; Märki, *Der Verjährungseinredeverzicht*, N. 656; Karaşahin, *Parteiautonomie*, N. 560. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer 4A_392/2019 E. 3 Urteil vom 16. Januar 2020. www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 06.12.2024).

²⁶² Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 374 vd.

md.148 hükmünün üst sınırının TBK md.146'da düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresi olmadığı yönündedir. Bu sebeple de azami süre bakımından somut olaya göre bir belirleme yapılması gerekir. Dolayısıyla da yasal zamanaşımı sürelerinin uygulanacağını ifade eden ilk görüşe göre meselenin çözümlenmesi daha isabetlidir. Meğer ki, zamanaşımı sürelerine ilişkin düzenlemelerin geçersiz olması hâlinde taraflarca sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılıyor olsun. Böyle bir durumda, yalnızca sürelerle ilişkin düzenlemeler değil; sözleşmenin tamamın kesin hükümsüz olur. Ancak, ilgili düzenlemelerin bir genel işlem koşulu ile düzenlenmiş olması hâlinde genel işlem koşulunu düzenleyen tarafın pek tabii TBK md.27/II ve OR Art.20/Abs.2 hükümlerine dayanarak sözleşmenin tamamının geçersizliğini ileri süremeyeceğini kabul etmek gerekir.

B. Alman hukuku

Alman hukukunda da zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağına aykırılığın müeyyidesinin geçersizlik olduğu kabul edilmektedir²⁶³. Geçersizlik müeyyidesi ile anlaşılması gereken ise kesin hükümsüzlüktür. Zira böyle bir durumda BGB § 134 hükmü bağlamında bir kanunî yasak (*gesetzliches Verbot*) söz konusu olur²⁶⁴. Bu çerçevede, zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemelere BGB § 202/Abs.1 hükmü gereğince kast sebebiyle sorumluluk hallerinde yer verilemeyeceği için bu yönde yapılan düzenlemeler BGB § 134 hükmü gereğince kesin hükümsüzdür²⁶⁵. Aynı durum, süreyi uzatan düzenlemelerin otuz yılı aşması sebebiyle BGB § 202/Abs.2 hükmüne aykırılık halleri bakımından da aynıdır.

Alman hukukunda BGB § 202 hükmüne aykırı düzenlemelerin varlığı hâlinde artık hakkın tabi olduğu yasal zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı kabul edilmektedir²⁶⁶. Eğer taraflarca zamanaşımı süreleri BGB § 202/Abs.1 hükmünün öngördüğü sınırlamalara aykırı olacak şekilde kısaltılmış ise kararlaştırılan sürenin yerine yasal zamanaşımı süresi uygulanır²⁶⁷. Eğer süreyi uzatan bir düzenleme var ise kısmî hükümsüzlük gündeme gelir ve ilgili süre yasal sınıra indirilir²⁶⁸. Yasal sınırdan maksat ise yasal zamanaşımı süresi olmayıp BGB § 202/Abs.2 hükmünün öngördüğü sınırı ifade eder²⁶⁹. Bunun sonucu olarak, otuz yılı aşan düzenlemelerin varlığı hâlinde BGB § 134 hükmü gereği yalnızca yasal sınırı aşan kısım geçersiz olur²⁷⁰. Bu yönüyle BGB § 202/Abs.2 hükmü kapsamında zamanaşımı sürelerini uzatan düzenlemelerde esas itibarıyla değiştirilmiş kısmî hükümsüzlük söz konusudur²⁷¹. Ancak, Alman hukuk öğretisinde, somut olayın gerektirdiği durumlarda sürenin otuz yıldan daha kısa bir süreye indirilmesinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir²⁷². Bu yönüyle de BGB § 202/Abs.2 hükmünde yer alan otuz yıllık süre, hükmün zamanaşımı sürelerini uzatan düzenlemelerin mutlak azami sınırını oluşturur²⁷³. Bununla birlikte, BGB § 202/Abs.1 hükmü yasaklayıcı norm niteliğinde olduğundan bu hükmün öngördüğü yasağa aykırı düzenlemelerde kısmî hükümsüzlüğün uygulanması mümkün değildir. Ancak, BGB § 202/Abs.1 hükmünün öngördüğü yasağa takılmayan kast sebebiyle sorumluluk haline ilişkin düzenlemelerde ise artık kısmî hükümsüzlüğün uygulanabileceği kabul edilmektedir²⁷⁴.

²⁶³ juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 31; Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 4 ve 6; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 10-11; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 3.

²⁶⁴ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 3; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 31.

²⁶⁵ BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 11. Bu yönde ve ayrıca kapsamlı açıklamalar için bkz.: Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB § 202*, N. 8 ve özellikle 10.

²⁶⁶ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 9; BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 12; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 3.

²⁶⁷ juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 31; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 9; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 3 ve 10; BGH NJW-RR 2008, 1129 Rn. 35; 2009, 1416 N. 21.

²⁶⁸ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 9; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 3; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 31; Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 6.

²⁶⁹ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 3.

²⁷⁰ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 6; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 11; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 31. Yasal zamanaşımı süresinin uygulanacağını ifade ederek aynı sonuca ulaşan bir diğer görüş için bkz.: BeckOK-BGB/Henrich, *BGB § 202*, N. 12.

²⁷¹ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 9.

²⁷² juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 31.

²⁷³ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 17.

²⁷⁴ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 9 ve özellikle 11.

Alman hukukunda zamanaşımı süresini uzatan düzenlemelerde değiştirilmiş kısmî hükümsüzlüğün uygulanabilmesi için ilgili düzenlemelerin BGB § 307 kapsamında içerik denetimine takılmamış olması gerekir²⁷⁵. Başka bir deyişle, ilgili düzenlemeler genel işlem koşulu niteliğinde sunulmamış olmalıdır. Aksi takdirde, BGB § 202/Abs.2 hükmünün öngördüğü yasal üst sınır değil; kanunda o hak için öngörülen yasal zamanaşımı süresi uygulanır²⁷⁶. Uygulamada genel işlem koşullarını kullanan tarafın zamanaşımı süresini uzatan koşullara yer verdiği²⁷⁷ düşünüldüğünde kanaatimizce de bu çözüm yolu isabetli gözükmemektedir. Benzer çözüm yolu zamanaşımı süresinin başlangıç anını değiştiren düzenlemeler bakımından da benimsenmektedir²⁷⁸.

Sonuç

Zamanaşımı kurumu alacaklının belirli bir sürenin geçmesiyle birlikte alacak hakkını zayıflatan bir niteliğe sahiptir. Bunun sonucu olarak, alacağın dava yoluyla istenebilme imkânını ortadan kaldırır. Türk-İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde zamanaşımı kurumunun amacına ilişkin olarak kamu yararı, hukukî güvenlik ve istikrarı sağlama ve taraf menfaatleri koruma şeklinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Türk-İsviçre hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı TBK md.148 ve OR Art.129 hükümlerinde düzenlenmişken; Alman hukukunda söz konusu yasağı ele alan düzenleme BGB § 202 hükmüdür. Türk-İsviçre kanun koyucuları, ilgili hükümlerde meseleyi yasaklayıcı norm getirerek düzenleme yolunu tercih etmiştir. Bu sebeple de hükmün kapsamında yer alan süreler bakımından mutlak yasak öngörülmüştür. Alman hukukunda ise zamanaşımı sürelerini değiştirme özgürlüğünün genel sınırları düzenlenmiş olup; bu sınırlamaya riayet edilmek kaydıyla daha geniş bir özgürlük tanınmıştır.

Türk-İsviçre hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı belirli süreler için öngörülmüştür. Bu süreler; TBK md.146-147 ve OR Art.127-128'de düzenlenen on ve beş yıllık zamanaşımı süreleri ile TBK md.156/II ve OR Art.137/Abs.2 kapsamında yeni sürenin başlaması hâlinde uygulanacak on yıllık zamanaşımı süresinden ibarettir. Alman hukukunda ise süreleri düzenleme yasağına ilişkin genel hüküm niteliği itibarıyla tüm zamanaşımı süreleri bakımından uygulanabilir niteliktedir. Türk-İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağını öngören hükümlerin amacı konusunda kamu yararı ve taraf menfaatleri noktasından hareket eden görüşler olsa da bizim kanaatimiz zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı öngören hükümlerin amacının borçluyu korumaktan ibaret olduğu yönündedir. Bu yönüyle de taraflara daha geniş özgürlük tanıyan Alman hukukunda yer alan düzenleme biçimi bize göre daha isabetli gözükmemektedir.

Türk, İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağının kapsamını sürelerle hem doğrudan hem de dolaylı etki eden tüm düzenlemeler oluşturur. Bu kapsamda, ilk aklı gelen, yasal zamanaşımı sürelerinden daha kısa veya uzun süre öngören düzenlemelerdir. Ancak bunun dışında fiili zamanaşımı süresi üzerinde etkiye sahip kararlaştırmalarda da zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı uygulanmaya devam eder. Zamanaşımı süresinin durma veya kesilme sebeplerini değiştiren ya da süreyi hak düşürücü süre niteliğine dönüştüren düzenlemelerde durum böyledir.

Türk, İsviçre ve Alman hukuku sistemlerinde zamanaşımı sürelerini değiştiren hukukî işlemin niteliği ve şekli tartışmalı bir başka konudur. Türk-İsviçre hukukunda bu konuda kural iki taraflı hukukî işlemle zamanaşımı sürelerinin değiştirilebileceğidir. Bununla birlikte, zamanaşımı sürelerinin tek taraflı hukukî işlemle değiştirilmesi ise istisnâ hallerde mümkündür. Hukukî işlemin tabi olduğu şekil ise kural olarak o hakkı konu alan hukukî işlem için öngörülen şekildir. Alman hukukunda ise zamanaşımı

²⁷⁵ MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 3 ve 12; juris-PraxisKom/Lakkis, *BGB § 202*, N. 51.

²⁷⁶ Gesetzesformulare/Heinemann, *BGB § 202*, N. 6; MüKo-BGB/Grothe, *BGB § 202*, N. 12; Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 3.

²⁷⁷ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 3.

²⁷⁸ Soergel/Eichel, *BGB § 202*, N. 3.

sürelerinin kural olarak iki taraflı hukukî işlemle değiştirilebileceği savunulmakta ve hukukî işlemin de hâkim görüşe göre şekle tabi olmadığı kabul edilmektedir. Bu noktada, bizim kanaatimiz, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde zamanaşımı sürelerinin kural olarak iki taraflı hukukî işlemle değiştirebileceği ve fakat istisnaen tek taraflı hukukî işlemlerle de zamanaşımı süresinin değiştirilmesinin mümkün olabileceği yönündedir. Son halde ya kanundan ya da taraflarca yapılan kararlaştırmalara dayanan bir istisna söz konusudur. Bunun dışında, tek taraflı hukukî işlemde doğan haklar bakımından zamanaşımı sürelerinin yine tek taraflı hukukî işlemle değiştirebileceğini kabul etmek gerekir. Hukukî işlemin tabi olacağı şekil konusunda ise kanaatimiz TBK md.12'ye başvurmak suretiyle meselenin çözülmesi gerektiği yönündedir. Dolayısıyla, şekle tabi bir hukukî işlemde yer alan zamanaşımı süresinin değiştirilmesi yine o hukukî işlem için öngörülen şekle uygun olarak yapılacak bir düzenleme ile mümkün olmalıdır.

Türk, İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde tartışılan bir diğer konuyu zamanaşımı sürelerini değiştiren hukuki işlemlerin kurulabileceği zaman aralığı oluşturmaktadır. Türk-İsviçre hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştiren hukuki işlemin en erken yapılabileceği an konusunda bir fikir birliği yer almasa da kanaatimiz taraflar arasındaki borç ilişkisinin kurulduğu an dahil olmak üzere bu andan itibaren zamanaşımı sürelerinin değiştirebileceği yönündedir. Bununla birlikte, zaamanaşımı sürelerini değiştiren düzenlemelerin ise en geç zamanaşımı süresi dolmadan yapılması gerekir. Bu yorum, kanaatimizce, zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı ile zamanaşımından feragati birbirinden ayrı iki kurum olarak düzenleyen Türk-İsviçre kanun koyucularının iradelerine de daha uygundur. Alman hukukunda ise zamanaşımı sürelerini değiştiren hukuki işlemin herhangi bir zamansal sınırlamaya tabi olmadığı kabul edilmektedir. Bunun sebebi, Alman hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağını düzenleyen BGB § 202 hükmünün zamanaşımından feragati de kapsayan bir düzenleme olmasıdır. Bu yorum, Alman Medeni Kanunu'nun sistematığı ve BGB § 202 hükmünün muhtevası göz önüne alındığında kanaatimizce de isabetlidir.

Türk-İsviçre hukukunda zamanaşımı sürelerini uzatan düzenlemelerin üst sınırının ne olduğu konusu tartışmalıdır. Burada, her ne kadar üst sınırın TBK md.140 ve OR Art.127 hükümlerinden hareketle on yıllık genel zamanaşımı süresi olduğu ileri sürülse de zamanaşımından feragate cevaz verilen bu hukuk düzenlerinde somut olaya göre bir üst sınır tayin ederek meseleyi çözmek, bize göre, daha isabetlidir. Alman hukukunda ise düzenlemelerin üst sınırını BGB § 202/Abs.2 hükmü gereğince yasal zamanaşımı süresinin başlangıç anından itibaren otuz yıllık süre oluşturur. Ancak, düzenlemelerin genel işlem koşulu niteliğinde olması hâlinde bu süre yalnızca mutlak üst sınır olarak kabul edilir. Bunun sonucu olarak, somut olaya göre ilgili sürenin ayrıca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği dikkate alınarak mesele çözümlenir. Eğer bir aykırılığın bulunduğu sonucuna ulaşıyor ise ilgili süre otuz yıldan kısa olsa dahi BGB § 306 ve § 307 hükümleri gereğince düzenlemenin geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Türk-İsviçre hukukunda zamanaşımı sürelerine ilişkin bir üst sınır getirilmediğinden bu yönde bir tartışmaya rastlanmamaktadır. Ancak en nihayetinde TBK md. 20 vd.'de yer alan genel işlem koşullarına ilişkin genel hükümler kapsamında benzer sonuca ulaşmak kanaatimizce mümkün gözükmektedir.

Türk, İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemelerin alt sınırına ilişkin bir yasal sınıra yer verilmemiştir. Bu noktada, üç hukuk düzenindeki hâkim yaklaşım somut olay adaleti kapsamında meselenin çözülmesi gerektiği yönündedir. Bu yapılırken de kanun koyucuların düzenlediği yasal zamanaşımı sürelerinden faydalanılması gerektiği ifade edilmektedir. Zira bu süreler, en nihayetinde o hukuk düzeninde yer alan zamanaşımı kurumuna yönelik yaklaşımı ortaya koyan önemli ölçütlerdir.

Türk, İsviçre ve Alman hukukunda zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağına aykırılığın müeyyidesi kesin hükümsüzlüktür. En azından zamanaşımı sürelerini kısaltan düzenlemeler bakımından bu kesindir. Ancak, zamanaşımı sürelerini uzatan düzenlemelerde kimi zaman kısmî hükümsüzlük

gündeme gelebilir. Kısmî hükümsüzlüğün uygulanabilirliği bakımından önem arz eden husus ise en başta tarafların farazî iradelerinin buna cevaz vermesidir. Ancak, genel işlem koşulu niteliğinde yapılan düzenlemelerde ise artık kısmî hükümsüzlük değil; o hak için öngörülen yasal zamanaşımının uygulanması söz konusu olur.

Kaynakça

- Akbiyık, Cem. "Türk Borçlar Kanunu'na Göre İlân Yoluyla Ödül Sözü Verme". *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11/2 (Temmuz 2012), 25-46.
- Arat, Ayşe. "Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/3-4 (Aralık 2004), 193-228.
- Atlan Gürer, Hülya. "Zamanaşımından Feragat". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 35/162 (Eylül-Ekim 2022), 285-328.
- Berger, Bernhard. *Allgemeines Schuldrecht - Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht*. Bern: Stämpfli Verlag, 3. Auflage, 2018.
- Berti, Stephen V., ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1h/2 - Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung, Art. 127-142 - OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR). Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, 2002.
- Däppen, K. Robert. *Basler Kommentar Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR (Hergestellt von Widmer Lüchinger Corinne/Oser David)*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020.
- Doğan, Murat vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, 2024.
- Dörner, Heinrich. *Nomos Handkommentar - Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar (von SCHULZE Reiner/DÖRNER Heinrich/EBERT Ina u.a.)*. Baden: Nomos Verlag, 12. Auflage, 2023.
- Eichel, Florian. *BGB Soergel - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 2/2: Allgemeiner Teil 2/2: §§ 158-240 (Bandredaktor: Herr Prof. Dr. Jan Dirk Harke - Bearbeitet von Prof. Dr. Walter Bayer/Prof. Dr. Florian Eichel/Dr. Cyril Hergenröder/Prof. Dr. Fabian Klinck/Dr. Michael Matthiessen und Frau Prof. Dr. Claudia Mayer)*. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 14. Auflage, Stuttgart, 2022.
- Erdem, Mehmet. *Özel Hukukta Zamanaşımı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Eren, Fikret – Dönmez, Ünsal. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi – Cilt III m. 83-206*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 29. Baskı, 2024.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. II. Cilt. İstanbul: Fakülteler Matbaası, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, 1977.
- Furrer, Andreas – Müller-Chen, Markus. *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 3. Auflage, 2020.
- Gauch, Peter vd. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 11. Auflage, 2020.
- Gottini, Melanie Catalina. *Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht, Grundlagen und ausgewählte Problembereiche*. Zürich: Universität Zürich, Wirtschaftsrecht, Dissertation, 2019.
- Grothe, Helmut. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG (Redakteurin: Dr. Claudia Schubert - Herausgegeben von Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker/Dr. Roland Rixecker/Dr. Hartmut Oetker und Bettina Limperg)*. München: C.H.Beck Verlag, 9. Auflage, 2021.

- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2021.
- Günday, Harun Mirsad. *Alım Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Hamamcıoğlu Vardar, Gülşah. *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Heinemann, Jörn. *Gesetzformulare Bürgerliches Gesetzbuch: BGB Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch (Herausgegeben von Reiner SCHULZE/Herbert GRZIWOZ/Dr. Rudolf LAUDA)*. Baden: Nomos Verlag, Baden, 4. Auflage, 2020.
- Henrich, Wolfgang. *BeckOK-BGB: Bamberger / Roth / Hau / Poseck Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Band 1: §§ 1-480 (Herausgegeben von Dr. Wolfgang Hau/Dr. Roman Poseck/Dr. Heinz Georg Bamberger und Dr. Herbert Roth)*. München: C.H.Beck Verlag, 5. Auflage, 2023.
- Hiestand, Gottfried. *Die Verjährung nach schweizerischem Obligationenrecht*. Zürich: Universität Zürich, Dissertation, 1889.
- Hochstrasser, Michael. *Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2006.
- Huguenin, Claire – Thouvenin, Florent. *Verjährung und Reform in der Schweiz (in: Verjährungsrecht in Europa - zwischen Bewährung und Reform)*. University of St. Gallen Law School Law and Economics Research Paper Series Working Paper No. 2013-11.
- Karşahin, Yasin Alperen. "Verjährungsverzicht und Vereinbarungen über die Dauer von Verjährungsfristen nach der Revision des Verjährungsrechts". *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 0/11 (November 2019), 731-756.
- Karşahin, Yasin Alperen. *Parteiautonomie im Verjährungsrecht*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2017.
- Kılıçoğlu, Ahmet Mithat. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 25. Bası, 2021.
- Killias, Laurent – Wiget, Matthias. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR (Herausgegeben von Yesim M. Atamer und Andreas Furrer)*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 4. Auflage, 2023.
- Kocayusufoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, 2014.
- Koller, Alfred. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Bern: Stämpfli Verlag, Bern, 4. Auflage, 2017.
- Krauskopf, Frédéric. *Präjudizienbuch OR - Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020) (Herausgegeben von Peter Gauch und Hubert Stöckli)*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 10. nachgeführte und erweiterte Auflage, 2021.
- Lakkis, Panajotta. *Juris PraxisKommentar BGB Band 1 Allgemeiner Teil (herausgegeben von Prof. Dr. Klaus Vieweg) – Gesamtherausgeber: Prof. Dr. Maximilian Herberger/Prof. Dr. Dr. H.c. Helmut Rüßmann/Prof. Dr. Stephan Weth*. Saarbrücken: juris GmbH, 7. Auflage, 2014.
- Leenen, Detlef – Häublein, Martin. *BGB Allgemeiner Teil*. Berlin/Boston: Walter de Gruyter GmbH Verlag, 3. Auflage, 2021.
- Looschelders, Dirk. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. München: Verlag Franz Vahlen, 19. Auflage, 2021.

- Mansel, Heinz-Peter. *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO* (Herausgegeben von Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner). München: C.H.Beck Verlag, 19. Auflage, 2023.
- Märki, Raphael. *Der Verjährungseinredeverzicht (Hervorragende Beiträge zu den Rechtswissenschaften Band/Nr. 04)*. Zürich: Dike Verlag, 2023.
- Nabholz, Peter. *Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs*. Zürich: Universität Zürich, Dissertation, 1958.
- Oğuzman, Kemal – Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt I. İstanbul: Vedat Kitapçılık: Güncellenip Genişletilmiş 22. Bası, 2024.
- Sarıkaya, Murat. “İsviçre Borçlar Hukuku’nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26/2 (Aralık 2020), 1203-1219.
- Schmidt-Räntsch, Johanna. *ERMAN BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BVerstG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VbVG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht*, (Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann/Prof. Dr. Barbara Grunewald/Rechtsanwalt Dr. Dr.h.c. Georg Maier-Reimer). Koeln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 17. neu bearbeitete Auflage, 2023.
- Schwander, Ivo. *OFK - Orell Füssli Kommentar / OR Kommentar - Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander und Stephan Wolf). Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, 2023.
- Schwenzer, Ingeborg – Fountoulakis, Christiana. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 8. Auflage, 2020.
- Spiro, Karl. *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatale Fristen*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 1975.
- Tekinay, Selahattin Sulhi vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, 1993.
- von Büren, Bruno. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 1964.
- von Tuhr, Andreas – Escher, Arnold. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*. Band II. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 3. Auflage, 1974.
- Wildhaber, Isabelle – Dede, Sevd. *BK - Berner Kommentar / Allgemeine Bestimmungen - Die Verjährung, Art. 127-142 OR*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2021.
- Wildhaber, Isabelle – Dede, Sevd. *Verzicht auf die Verjährungseinrede (in: Das neue Verjährungsrecht Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern // Herausgegeben von: Walter Fellmann)*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2019.

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

Eşit İşlem İlkesinin Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Dışındaki Kişiler Yönünden Uygulanabilirliği

Enforceability of the Equal Treatment Principle in Joint Stock Companies for Persons Other Than Shareholders

Habibe Dinç Doğan 

Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Kocaeli,
Türkiye, habibe.dinc@kocaeli.edu.tr,
ror.org/0411seq30



Geliş Tarihi/Received: 15.12.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 16.02.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
22.05.2025

Öz: Sözcük anlamı “kanunlar yönünden insanlar arasında ayırım bulunmaması durumu” olarak tanımlanabilen eşitlik, hem özel hukukta hem kamu hukukunda farklı kapsamlarda yer almaktadır. Türk ticaret hukukunda da yargı kararları ve öğreti tarafından uzun süredir kabul edilmekte olan eşit işlem ilkesi, 13.01.2011 tarihinde kabul edilen 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. TTK m. 357 hükmü uyarınca “*pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur*”. Hükmün gerekçesinde, kurumsal yönetim yaklaşımından hareket eden bazı yabancı yazarların “*eşit işlem ilkesine pay sahiplerini aşan ve tüm şirket ilgililerini kapsayan bir boyut kazandırmak*” istedikleri, ancak TTK m. 357’nin ilkeyi pay sahiplerine özgülediği belirtilmiştir. Çalışmada öğretideki eşit işlem ilkesinin pay sahiplerini aşan boyutta uygulanması gerektiği yönündeki görüşler irdelenecek; kendi görüşümüz sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Eşit İşlem İlkesi, Pay Sahipleri, Yönetim Kurulu, Eşitlik İlkesi

Abstract: Equality, which can be defined as ‘the state of no discrimination between people in terms of laws’, is included in different scopes in both private and public law. In Turkish commercial law, the equal treatment principle, which has been accepted by judicial decisions and the doctrine, has been legally regulated by the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC) adopted on 13.01.2011. Pursuant to Article 357 of the TCC, ‘*shareholders shall be subject to equal treatment under equal conditions*’. In the reasoning of the provision, it is stated that some foreign authors, who are motivated by the corporate governance approach, wished to give the principle of equal treatment a dimension that goes beyond the shareholders and covers all company stakeholders, but Article 357 of the TCC specifically defines the principle for the shareholders. In this study, the opinions in the doctrine that equal treatment principle should be applied beyond the shareholders will be analysed and our own opinion will be presented.

Keywords: Joint Stock Company, Equal Treatment Principle, Shareholders, Board of Directors, Equality Principle

Extended Abstract

Although the equal treatment principle in joint stock companies is accepted by the decisions of the Court of Cassation and the doctrine in Turkey, there was no legal regulation of the principle until the TCC No. 6102 adopted on 13.01.2011. Since there was no legal regulation, there were differences of opinion in the doctrine on different issues related to the principle of equal treatment. The principle of equal treatment, which is stipulated in the European Union law and has a universal character, has become a superior legal rule with Article 357 of the TCC. Thus, the principle of equality, which finds application both in private law and public law in different forms, is also a legal regulation in Turkish commercial law. Although the regulation containing the phrase ‘shareholders shall be subject to equal treatment under equal conditions’ addresses a need, it has some controversial aspects. In our study, among these controversial aspects, the addressees of the principle are analysed.

The equal treatment principle may be applied in absolute or relative manner. The criteria for the application of the equal treatment principle in joint stock companies are specified in the law or articles of association for each shareholding right. The principle of equal treatment, as regulated under Article

Cite as (ISNAD): Dinç Doğan, Habibe. “Eşit İşlem İlkesinin Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Dışındaki Kişiler Yönünden Uygulanabilirliği”. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/1 (2025). 387-407. <https://doi.org/10.56701/shd.1601877>

357 of the TCC, means that shareholders in equal situations should be treated equally, and no arbitrary action should be taken against them, unless there are justified reasons. As required by the principle of equal treatment, the board of directors and the general assembly should take decisions and act in accordance with the principle of equal treatment. In addition, managers fulfilling the duties of the board of directors, liquidation officers, trustees who may represent the company in certain matters within the scope of their duties, and concordat commissars also have equal treatment obligations. The persons who may benefit from the principle are the shareholders. The applicability of the principle to non-shareholders, such as holders of usufruct certificates, is also discussed. In addition to the fact that Art. 357 of the TCC specifically regulates the principle for shareholders, both the reasoning of Art. 357 of the TCC and the General Grounds of the TCC state that this situation is incompatible with the principles of corporate governance. In the General Grounds, it is stated that this provision will not prevent the board of directors from performing equal transactions with other parties other than shareholders. In the doctrine, different opinions have emerged regarding the benefit of board members, third parties or stakeholders from the equal treatment principle. Likewise, in terms of the applicable law, the board of directors must have an equal treatment obligation towards shareholders, members of the board of directors, stakeholders and third parties. In other words, the board of directors and managers must act equally in all transactions. The equal treatment obligation that the board of directors must comply with for a fair management already exceeds the scope of Art. 357 of the TCC. However, the scope of Article 357 of the TCC should be expanded in order for non-shareholders to claim violation of the equal treatment principle due to unequal treatment. This situation does not constitute a negative situation for the interest of the company, since the board of directors is primarily obliged to act in accordance with the interest of the company. It is also possible to deviate from the equal treatment principle when the interests of the company so require. The priority of the board of directors for the company's interest will not change depending on whether the beneficiary of the equal treatment principle is a shareholder, a member of the board of directors or a creditor of the company. When the company's interest is at stake, it will not matter who the beneficiary is, and the board of directors will use its discretionary authority in the direction required by the company's interest, whether the beneficiary is a shareholder or not. Arbitrary behaviour of the board of directors that causes inequality among any group may adversely affect the functioning of the company, as it will lead to injustice in the management of the company. Imposing an equal treatment obligation on the board of directors means that the company will apply a fair management not only in its internal relations with the shareholders, but also in its external relations. This will positively affect the reputation and sustainability of the company.

The wording of Article 357 of the TCC is the obstacle to the compulsory application of the principle of equal treatment to persons other than shareholders. If the necessary amendment is made, the principle will also be applicable to the members of the board of directors, managers and third parties. This amendment may be made by regulating Article 357 of the TCC not as an equal treatment principle specific to the shareholders, but as a principle imposing an equal treatment obligation on the corporate bodies. Such an arrangement would also be in line with the heading 'General Provisions, Establishment and Basic Principles'. The consequence of the principle not being applicable to persons other than shareholders manifests itself in the sanction of the violation of the principle. Pursuant to Article 391/1-a of the TCC, the sanction of the board of directors' resolutions contrary to the equal treatment principle is nullity. However, since the equal treatment principle is regulated only for the benefit of the shareholders in the current regulations, the decisions of the board of directors contrary to the equal treatment principle will be null and void pursuant to Article 391/1-a of the TCC if they violate the rights of the shareholders. If these decisions violate the rights of the members of the board of directors or third parties, since the sanction regulated by the law is not nullity, it will lead to the liability of the board of directors pursuant to Article 553 of the TCC.

Giriş

Anonim şirketlerde eşit işlem ilkesi Türkiye’de Yargıtay kararları ve öğretide görüş birliği ile kabul edilmesine karşın, 2012 yılında yürürlüğe giren 6103 Sayılı Türk Ticaret Kanunu¹’na kadar ilkenin yasal düzenlemesi bulunmamaktaydı. Yasal düzenlemesi bulunmadığı için eşit işlem ilkesi ile ilgili farklı konularda öğretide görüş ayrılıkları vardı. Avrupa Birliği hukukunda öngörülen ve evrensel niteliğe sahip olan eşit işlem ilkesi TTK m. 357 ile kanuni bir üst kural haline getirilmiştir. Böylece hem özel hukukta hem kamu hukukunda farklı görünümünde uygulama alanı bulan eşitlik ilkesi Türk ticaret hukukunda da yasal düzenlemeye kavuşmuştur. “*Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur*” ifadelerini içeren düzenleme bir ihtiyaca yönelik olmasına karşın, bazı tartışmalı yönleri mevcuttur. Çalışmamızda bu tartışmalı yönlerden, ilkenin muhatapları incelenecektir.

Anonim şirketin zorunlu organları olan yönetim kurulu ve genel kurul, eşit işlem ilkesinin gereği olarak eşit durumda bulunan pay sahipleri hakkında eşitliğe uygun kararlar almalı ve eşitliğe uygun davranışlarda bulunmalıdır. İlkeden yararlanabilecek kişiler ise pay sahipleridir. İntifa senedi sahipleri gibi pay sahibi olmayan kişiler için de ilkenin uygulanabilirliği tartışılmaktadır. TTK m. 357’nin ilkeyi pay sahiplerine özgülemesinin yanı sıra, hem TTK m. 357’nin gerekçesinde hem TTK’nın Genel Gerekçesinde bu durumun kurumsal yönetim ilkeleriyle örtüşmediği belirtilmiştir. Genel Gerekçe’de bu düzenlemenin yönetim kurulunun pay sahipleri dışındaki ilgililere de eşit işlem yapmasına engel olmayacağı ifade edilmiştir². Öğretide de yönetim kurulu üyelerinin, üçüncü kişilerin veya menfaat sahiplerinin de eşit işlem ilkesinden yararlanması konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda çalışmada, yasal düzenlemenin açıkça pay sahiplerine özgülediği eşit işlem ilkesinin daha geniş kapsamda uygulanabilirliği de incelenecektir. Anılan konular ayrı başlıklar altında incelenecek, öğretideki görüşlere yer verilerek kendi görüşümüz açıklanacaktır.

I. Eşit İşlem İlkesi

A. Türk Hukukundaki düzenlemeler

1. Türk Ticaret Kanunu

Eşit işlem ilkesinin Türk hukukundaki pozitif kaynağı, T.C. Anayasası³’nın “Kanun önünde eşitlik” başlığını taşıyan 10. maddesidir. Madde uyarınca “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*” Bu doğrultuda eşitlik ilkesi, Türk hukukunun farklı alanlarında farklı terimlerle benimsenmiştir⁴. Ticaret hukuku bakımından, anonim şirketlere ilişkin ilk düzenlemelerin yer aldığı Kanunname-i Ticaret’ten, 2012 yılında yürürlüğe giren TTK’ya kadar olan süreçte eşit işlem ilkesi bağımsız bir ilke olarak düzenlenmemiştir. Ancak 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁵ (eTTK) döneminde, açık bir hüküm

¹ Türk Ticaret Kanunu (TTK) *Resmî Gazete* 27846 (14 Şubat 2011), Kanun No. 6102.

² TTK Genel Gerekçesi, prg. 121.

³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Any.), *Resmî Gazete* 17863 (9 Kasım 1982), Kanun No. 2709.

⁴ Örneğin 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu (KoopK)’nın “Hak ve vecibelerde eşitlik” başlıklı 23. maddesindeki “*Ortaklar bu kanunun kabul ettiği esaslar dahilinde hak ve vecibelerde eşittirler.*” hükmü ile eşitlik ilkesi genel bir hüküm olarak düzenlenmiştir. İş hukukunda ise işverenin işçilere karşı yükümlülüklerinden biri, onlara eşit muamele etmesini gerektiren eşit işlem ilkesine uygun davranma borcu olup, bu husus 4857 sayılı İş Kanunu m. 5’te “eşit davranma ilkesi” başlığı altında düzenlenmiştir. Ayrıca 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 25/2-3. maddesinde bir sendikaya üye olan işçiler ile üye olmayan işçilerin çalışma koşullarında ayrımcılık yapılamayacağı ve bu işçilere eşit davranılması gerektiği düzenlenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 122. maddesinde ise kişiler arasında dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bu kişilerin bazı faaliyetlerde bulunmasını engelleyen kişiler hakkında 6 aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası verilebileceği öngörülmüştür.

⁵ Türk Ticaret Kanunu (eTTK) *Resmî Gazete* 9353 (9 Temmuz 1956), Kanun No. 6762.

bulunmadığı halde, eşit işlem ilkesi öğreti⁶ ve yargı⁷ tarafından genel bir ticaret hukuku ilkesi olarak kabul edilmiştir. Halihazırda uygulanmakta olan bu ilke, TTK m. 357'nin düzenlenmesiyle kanuni norm haline gelmiştir. Eşit işlem ilkesi, TTK'nın anonim şirketlerle ilgili kısmında, "Genel Hükümler, Kuruluş ve Temel İlkeler" bölümü altındaki TTK m. 357'de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca "Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur." Gerekçe'ye göre bu madde, Yargıtay'ın yerleşmiş kararıyla kabul edilen, "Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun ticaret şirketlerine ilişkin ve sermayeyi konu alan 77/91 sayılı İkinci Yönergesinin 42. maddesinde öngörülmüş bulunan evrensel nitelikteki eşit işlem ilkesini kanunî bir üst-kural" haline getirmiştir⁸. Bunun dışında farklı hükümlerde de eşit işlem ilkesinden söz edilmiştir. TTK m. 391'de yönetim kurulu kararlarının butlanı halleri arasında eşit işlem ilkesine aykırılık da sayılmıştır. Bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin TTK m. 437/2, rüçhan hakkının sınırlanmasına ilişkin TTK m. 461/2⁹, şartlı sermaye artırımında önerilmeye muhatap olma hakkını düzenleyen TTK m. 466 ve borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların onay isteminin reddinin düzenlendiği TTK m. 493/1 hükümlerinde eşit işlem ilkesi vurgulanmıştır.

2. Sermaye Piyasası Mevzuatı

Yürürlükten kaldırılan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda¹⁰ (eSerPK) eşit işlem ilkesinden bahsedilen bir hüküm yer almaktaydı. eSerPK m. 12/4 uyarınca kayıtlı sermaye sistemine tâbi anonim şirketlerle ilgili yeni pay alma (rüçhan) hakkını kısıtlama yetkisinin, "pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde" kullanılması yasaklanmıştı. Yasağa aykırı yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılabilirdiği düzenlenmişti. eSerPK'da ilkeyle ilgili tek düzenleme bu idi. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda¹¹ ise ilkeyle ilgili birçok düzenlemeye yer verilmiştir.

Sermaye piyasası hukuku kapsamında konu, kurumsal yönetim ilkeleri bakımından da önem taşır. Hukuk ve ekonomi alanlarında onlarca yıl gündemde kalan ve tartışılan "corporate governance" kavramı, Türkçeye "kurumsal yönetim" şeklinde çevrilmiştir¹². Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), Türkiye'de kurumsal yönetim ilkelerini belirleme yetkisine sahiptir. SPK bu yetkisini kullanırken eşit durumda bulunan şirketlere eşit kuralların uygulanmasına özen göstermelidir (SerPK m. 17/1). SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, kaynağını Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) Kurumsal Yönetim İlkeleri'nden almıştır. 2011 yılında yürürlüğe giren *Seri: IV No: 54 Sayılı Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ*¹³'in ekinde "Pay sahiplerine eşit işlem ilkesi" başlığı altında, "azınlık ve yabancı pay sahipleri dahil tüm pay sahiplerine eşit muamele edileceği" belirtilmiştir. IV-54 nolu Tebliğ'i yürürlükten kaldıran tebliğ olan *Seri: II 17.1 nolu Kurumsal Yönetim Tebliği* (KYT) "Tüm pay sahiplerine eşit muamele edilir" ifadesini içermemekle birlikte, eşit şartlar altındaki pay

⁶ Fahiman Tekil, "Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi" *Argumentum Aylık Hukuk Dergisi* 17 (1991), 258; Merih Kemal Omağ "Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi" *Hukuk Araştırmaları Dergisi* 1 (1986), 2; Füsün Nomer, "Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi" *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan* (1998) 470; Ercüment Erdem, "Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi" *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri* (2009), 402; Şükrü Yıldız, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 47; İsmail Kırcı vd., *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013), 133; Ali Paslı, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance)*, (İstanbul: Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004), 184 vd.; Ünal Tekinalp vd., *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (Ankara: Vedat Kitapçılık, 2010), N. 887.

⁷ Yargıtay 11 Hukuk Dairesi, K. 1984/6608 (28 Aralık 1984); Yargıtay 11 Hukuk Dairesi, K. 1997/6609 (06 Ekim 1997); Yargıtay 11 Hukuk Dairesi, K. 2007/4688 (20 Mart 2007) (www.hukukturk.com), (24.11.2024).

⁸ TTK Gerekçesi 104.

⁹ Aynı konuda bkz., SerPK m. 18/V.

¹⁰ Sermaye Piyasası Kanunu (eSerPK), *Resmî Gazete* 17416 (30 Temmuz 1981), Kanun No. 2499.

¹¹ Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK), *Resmî Gazete* 28513 (30 Aralık 2012) Kanun No. 6362.

¹² Paslı, "Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi", 13 vd.; Muzaffer Eroğlu, "Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem", *Legal Hukuk Dergisi* 12/136 (2014), 34 vd.; Cafer Eminoğlu, *Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2014), 9 vd.; Ünal Tekinalp vd., *Ortaklıklar Hukuku I* (Ankara: Vedat Kitapçılık, 2021), N. 471a. Ayrıca corporate governance kavramı ile ilgili bkz., A. C. Fernando, *Corporate Governance Principles, Policies and Practices*, (India: Pearson, 2011), 3 vd.

¹³ *Seri: IV No: 54 Sayılı Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ*, *Resmî Gazete* 28081 (11 Ekim 2011).

sahiplerine eşit işlem uygulanması yönünde çeşitli hükümler içermektedir¹⁴. Bununla birlikte, KYT m. 4.4.2. hükmündeki “Yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu toplantısı gündeminde yer alan konular ile ilgili bilgi ve belgelerin, eşit bilgi akışı sağlanması amacıyla, toplantıdan yeterli zaman önce yönetim kurulu üyelerinin incelemesine sunulmasından sorumludur.” ifadesi ile başkanın yönetim kurulu üyelerine karşı eşit işlem yükümlülüğü vurgulanmıştır.

B. Mehaz hukuk düzenlemeleri

TTK m. 357 hükmünün mehazı hem *Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu* (AktG), hem *İsviçre Borçlar Kanunu* (İsvBK)’dur. Alman öğretisinde ve yargı kararlarında uzun zamandır uygulanmakta olan eşit işlem ilkesi, ancak 1978 yılında AktG § 53a’da düzenlenmiştir¹⁵. “Pay sahiplerine eşit muamele” başlığı ile düzenlenen hüküm uyarınca eşit şartlarda bulunan pay sahipleri eşit işleme tabi tutulacaklardır. Bu düzenlemenin AktG’nin “Şirket ve Pay Sahipleri Arasındaki Hukuki İlişkiler” başlığını taşıyan üçüncü bölümünde yer almasının sonucu olarak, eşit işlem ilkesinin Alman Hukukunda doğrudan doğruya pay sahipliği sıfatına dayandığı kabul edilir¹⁶.

İsviçre’de de öğreti ve yargı tarafından anonim şirketler hukukunun yazılı olmayan ilkelerinden biri olarak kabul edilen ve uygulanmakta olan ilke, 1991 yılında İsvBK’da yapılan köklü değişiklikler kapsamında kanuni düzenlemeye kavuşmuştur¹⁷. TTK ve AktG’nin aksine, İsvBK düzenlemesi yönetim kurulu ve genel kurul için iki farklı madde düzenlenmiştir¹⁸. İsvBK m. 706/2-3 uyarınca, pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesini ihlal edecek nitelikteki genel kurul kararları, şirket amacının haklı kılmadığı halde iptal edilebilir kararlardır¹⁹. İsvBK m. 717/2’ye göre ise, yönetim kurulu üyeleri ve şirket yönetimiyle ilgilenen üçüncü kişiler, eşit durumdaki pay sahiplerine eşit davranmak zorundadırlar²⁰. Görüldüğü üzere İsvBK’da anonim şirketin genel kurulunun, yönetim kurulu üyelerinin ve şirket yönetimiyle ilgilenen kişilerin eşit işlem ilkesine uygun davranma zorunluluğu olduğu vurgulanmıştır.

Avrupa Birliği üyesi devletlerin ticaret hukuku sistemlerinin birbirlerine uyumunu sağlamak amacıyla çıkarılan İlk Konsey Yönergesi olan 68/151/EEC sayılı Yönerge’de eşit işlem ilkesi ile ilgili düzenleme bulunmamaktaydı. İlke ilk olarak, AB’nin konuyla ilgili ikinci yönergesi olan *Avrupa Birliği’nin Anonim Şirketlerde Kuruluş ve Sermayenin Korunmasına İlişkin 13.12.1976 tarih ve 77/91/AET sayılı İkinci Konsey Yönergesi*²¹ (“77/91/AET sayılı Yönerge”) m. 42’de bağımsız bir norm olarak kabul edilmiştir. Hükme göre, üye devletler yasalar yoluyla, aynı durumda olan tüm pay sahiplerine eşit davranılmasını sağlamalıdır. 77/91/AET sayılı Yönerge birçok kez değişikliğe uğramıştır. Son olarak 12.08.2022 tarihinde güncellenmiş halinde, 2017/1132 sayılı Yönerge’nin 85. maddesinde eşit işlem ilkesi,

¹⁴ Tebliğ’in “Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri” başlıklı Ek-1 kısmındaki 1.3.3. maddesinde, genel kurul toplantısının pay sahiplerinin katılımını artırmak amacıyla pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açmayacak şekilde gerçekleştirileceği belirtilmiştir. 1.3.5. maddesine göre ise genel kurul toplantılarında pay sahiplerine eşit şartlar altında düşüncelerini açıklama ve soru sorma imkânı verilir. “Şirketin İnsan Kaynakları Politikası” başlıklı m. 3.3.1. hükmünde de işe alım politikaları oluşturulurken ve kariyer planlamaları yapılırken eşit koşullardaki kişilere eşit fırsat sağlanması ilkesi benimsendiği belirtilmiştir.

¹⁵ Uwe Hüffer - Jens Koch, *Aktiengesetz Beck’sche Kurz-Kommentare Band 53* (Verlag C.H. Beck oHG, 2024), § 53a, N. 1; Bernd R. Mayer - Michael Albrecht vom Kolke (Wolfgang Hölter - Markus Weber), *Aktiengesetz: AktG Kommentar* (Verlag C.H. Beck oHG, 2022), § 53a, N. 1; Cornelius Götze, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 1: §§ 1-75* (C.H. Beck, 2024), § 53a, N. 1.

¹⁶ Mayer-Albrecht vom Kolke, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 5; Koch-Hüffer, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 6; Götze, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 6.

¹⁷ Tekil “Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi”, 258; Erdem “İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri”, 410, 411; Yaşar Karayalçın, “İsviçre Borçlar Kanunu’nda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler” *BATİDER*, 17/1, (1993), 8 vd.

¹⁸ Peter Forstmoser vd., *Schweizerisches Aktienrecht* (St mpfl Verlag AG; 1996), § 30, N. 9 vd.; Christoph Burckhardt, *Loyalitätsaktien im schweizerischen Recht de lege lata und de lege ferenda* (Dike Verlag; 2023), 376, 377.

¹⁹ Burckhardt, *Loyalitätsaktien im schweizerischen Recht*, 376.

²⁰ Forstmoser vd., *Schweizerisches Aktienrecht*, § 30, N. 18; § 39, N. 86 vd.; Burckhardt, *Loyalitätsaktien im schweizerischen Recht*, 377.

²¹ Directive 77/91/EEC Second Company Law Directive (13 Aralık 1976).

77/91/AET sayılı Yönerge'nin 42. maddesi ile birebir aynı şekilde yer almıştır²². TTK m. 357'nin gerekçesinde söz konusu hükmün düzenlenmesiyle, AET'nin sermayeyi konu alan, ticaret şirketlerine ilişkin Yönergesinin 42. maddesinde öngörülen evrensel nitelikteki eşit işlem ilkesinin kanuni bir üst kural haline getirildiği belirtilmiştir²³.

C. Eşit işlem ilkesinin özellikleri

Eşit işlem ilkesi ahlak, dürüstlük, hakkaniyet, irade serbestliği ve ahde vefa ilkeleri gibi özel hukukta geçerli olan bir genel hukuk ilkesidir²⁴. Eşit işlem ilkesi şirket ile pay sahiplerinin birbirleriyle olan ilişkilerinde uygulanır. Eşitlik kavramı ise mutlak eşitlik ve nispi eşitlik olarak iki alt başlığa ayrılmıştır. Mutlak eşitlikte kişilerin konumları, üstlendikleri sorumlulukları ya da yaptıkları katkılar dikkate alınmadan, herkese aynı haklar tanınır²⁵. Nispi eşitlikte ise farklı konumlarda bulunan kişilere bu farklılıklar göz önünde bulundurularak farklı muamele edilebilir; yalnızca eşit durumda bulunanlara aynı haklar tanınır²⁶. TTK m. 357'nin lafzı, kanun koyucunun iradesinin açıkça anonim şirketlerde nispi eşitlik uygulanması yönünde olduğu yönündedir. Ancak eşit işlem ilkesi nispi şekilde uygulanabileceği gibi, mutlak şekilde de uygulanabilir. Anonim şirketlerde eşitliğin hangi ölçüte göre uygulanacağı, söz konusu pay sahipliği hakkının düzenlendiği maddede ya da ana sözleşmede belirtilmiştir. Pay sahiplerinin anonim şirkete getirdikleri sermaye oranı önem taşıdığından, kâr payı hakkı, rüçhan hakkı, önerilmeye muhatap olma hakkı, oy hakkı gibi oransallık ilkesinin uygulandığı haklar yönünden pay sahibinin şirket içindeki konumu dikkate alınarak nispi eşitlik uygulanacaktır²⁷. Pay sahipleri şirkete getirdikleri katılma payı ile orantılı olarak hak sahibi olurlar²⁸. Oransallık ilkesinin uygulanmadığı, pay sahipliğinin özüne ilişkin haklarda ise mutlak eşitlik uygulanır. Eşitlik ilkesinin mutlak şekilde uygulandığı haklara örnek olarak TTK'da düzenlenen iptal davası açma, bilgi alma, özel denetçi talebinde bulunma ve genel kurula katılma hakları gösterilebilir²⁹.

Kanun metninde net bir ifade ile eşit durumdaki pay sahiplerine eşit davranılması gerektiği belirtilmekle birlikte, istisnai hallerde eşit durumdaki pay sahiplerine farklı davranılması veya farklı durumdaki pay sahiplerine eşit davranılması söz konusu olabilir. Farklı işlem uygulanabilmesi için yapılan işlem keyfi olmamalı ve objektif bir gerekçeye dayanmalıdır³⁰. Pay sahibinin belirli olaylarda eşit işleme tabi tutulma hakkından kendi iradesiyle vazgeçmesi de mümkündür; ancak pay sahibinin

²² Yönerge'nin güncel metni için bkz., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017L1132> (Erişim 07.10.2024).

²³ Gerekçe m. 357, s. 104.

²⁴ Yıldız, *Eşit İşlem İlkesi*, 74; Götz Hueck, *Der Grundsatz der Gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht* (München und Berlin: 1958), 274, 275; Nomer, "Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi", 471.

²⁵ Erdem "İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri", 395.

²⁶ Tekinalp vd., *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 889; Nomer, "Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi", 485; Omağ "Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi", 5; Kırca vd., *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, 139; Erdem "İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri", 395; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/3-4, (2014), 123; Cafer Eminoğlu, "Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından "Eşit Şartlarda Eşit İşlem" İlkesi", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku (TFM) Dergisi* (2015), 82; Pash, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi*, 185.

²⁷ Kırca vd., *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, 139, 140; Tekinalp vd., *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 889; Yıldız, *Eşit İşlem İlkesi*, 75; Erdem "İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri", 395; Eminoğlu, "Eşit Şartlarda Eşit İşlem", 82; Akdağ Güney, "Eşitlik İlkesi", 123; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2024), 245; Setenay Yağmur, *Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2020), 48; İdil Nur Gürbüz Gökberk, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Bakımından Eşit İşlem İlkesi* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2020), 41; Götz, *Aktiengesetz*, §53a, N. 12; Koch-Hüffer, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 6; Mayer-Albrecht vom Kolke, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 9.

²⁸ Omağ "Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi", 2; Koch-Hüffer, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 7; Mayer-Albrecht vom Kolke, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 9; Burckhardt, *Loyalitätsaktien im schweizerischen Recht*, 378.

²⁹ Habibe Dinç Doğan, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Eşit İşlem Yükümlülüğü*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 44.

³⁰ Objektif gerekçe kavramı ile ilgili bkz., Murat Yusuf Akın - Setenay Yağmur, "Türk Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesinin Uygulanması Açısından Objektif Kriter Kavramı", *Terazi Hukuk Dergisi*, 13/144 (2018), 100; Nomer, "Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi", 486; Kırca vd., *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, 144; Burckhardt, *Loyalitätsaktien im schweizerischen Recht*, 384; Götz, *Aktiengesetz*, §53a, N. 15; Erdem "İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri", 411; Dinç Doğan, *Eşit İşlem Yükümlülüğü*, 102 vd.

ilkeden tamamen feragat etmesi ya da ana sözleşmeye ilkenin geçerli olmayacağına yönelik genel bir hüküm konulması söz konusu olamaz³¹.

TTK m. 357 hükmünün mehzazı AktG'de ve İsvBK'da, eşit işlem ilkesine aykırı kararların butlanına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. TTK m. 391 uyarınca, yönetim kurulunun ilkeye aykırı kararlarının butlanı mahkemeden istenebilir. Bununla birlikte TTK m. 357'nin gerekçesinde eşit işlem ilkesine aykırılığın hukuki sonucunun somut olayın şartlarına bağlı olmak şartı ile iptal olduğu, ancak iptalin söz konusu tek sonuç olmadığı belirtilmiştir. TTK m. 391/1-a gereği yönetim kurulu yönünden eşit işlem ilkesine aykırılığın yaptırımı kural olarak butlan iken, genel kurul kararlarının iptal edilebilir olduğu öngörülmüştür. Eşit işlem ilkesine aykırılık taşıyan yönetim kurulu kararları için, doğrudan butlan yaptırımının düzenlenmesi öğretide eleştirilmiştir³². Bununla birlikte, yönetim kurulu kararlarının iptal edilemeyeceği yönündeki kural gereği, kurul kararlarının iptali istisnadır³³. Bu nedenle yaptırımın iptal değil butlan olarak düzenlenmesi tutarlı görünmektedir.

Butlanın başvurulacak son çare olması gereği, öncelikle Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi farklı yollara başvurulması yerinde olacaktır. Örneğin, eşit olmayan muameleye maruz kalan pay sahipleri şirkete karşı eşit davranılma talebinde bulunabilirler; böylece yönetim kurulunun, eşit işlem ilkesine aykırı kararının sonuçlarını ortadan kaldıracak veya düzeltecek yeni bir karar alması sağlanabilir³⁴. Ayrıca pay sahiplerinin eşit olmayan işlemin kendilerine yüklediği edimin ifasından kaçınma haklarının bulunduğu kabul edilmiştir³⁵. Eşit olmayan işlem sonucunda haksız ve kötü niyetle kazanç elde eden pay sahiplerinin yükümlülüğü ise, edindikleri bu kazançları şirkete iade etmektir³⁶. Eşit işlem ilkesine aykırılık pay sahiplerinin menfaatlerini ağır şekilde zedeliyorsa, bu durum sürekli ve çekilmez bir hâl almışsa şirketin haklı sebeple feshine dahi neden olabilir³⁷.

³¹ Gerekçe m. 357, p. 2: "Pay sahipleri eşit işlem ilkesinden oyları ile ve somut olaya özgü olarak vazgeçebilirler. Ancak ilke bütünü ile ve her hâl için kaldırılamaz."

³² Tekinalp vd., *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 892. Konuyla ilgili görüşler için bkz., Dinç Doğan, *Eşit İşlem Yükümlülüğü*, 277 vd.

³³ İstisnalar dar yorumlanacağından, SerPK m. 18/6, 20/2 ve TTK m. 460/5, 192/2 hükümleri dışındaki yönetim kurulu kararları iptal edilemeyecektir. Konuyla ilgili bkz., Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (Ankara: Vedat Kitapçılık, 2017), 266; Kırca vd., *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, 523; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht* (Schulthess Verlag, 2009), § 13, N. 264, 265; Hediye Bahar Sayın, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2015), 99; Gürbüz Gökberk, *Eşit İşlem İlkesi*, 132. Aksi yönde görüş için bkz., Korkut Özkorkut, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali* (Ankara, 1996), 146. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2013/11558, (3 Haziran 2013): "Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; TTK'nın 381 vd maddelerine göre anonim şirketlerde ancak genel kurul kararına karşı iptal davası açılabilirdiği, yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılmayacağı, yönetim kurulu kararlarının hukuka aykırılığı iddiası üzerine ancak genel kurulda itiraz edilmesi ve genel kuruldaki itirazın reddi halinde bu genel kurul kararının iptaline yönelik dava açılabilirdiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir."; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2015/2749, (27 Şubat 2015): "Kural olarak anonim şirket yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılmaz." (www.karararama.yargitay.gov.tr), (Erişim 18.11.2024). Yargıtay'ın temel yaklaşımı da bu yönde olmakla birlikte, bazı hallerde ve özellikle pay sahiplerinin kişisel haklarının ihlal edildiği yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılabilirdiği yönünde kararları mevcuttur (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 1989/260 (26 Ocak 1989); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 1986/5426, (20 Ekim 1986); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 1986/2346, (18 Nisan 1986); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2000/94, (18 Ocak 2000). Bu istisnai kararlar genellikle sermaye koyma borcunu ödemedi temerrüde düşen pay sahibinin ıskat edilmesiyle veya pay defterine kayıt davasıyla ilgilidir.

³⁴ Koch-Hüffer, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 12; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 186; Götze, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 39; Mayer-Albrecht vom Kolke, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 12.

³⁵ Koch-Hüffer, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 12; Götze, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 33; Mayer-Albrecht vom Kolke, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 12; Dirk A. Verse, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften* (Mohr Siebeck 2006) 366, 367; Hueck, *Der Grundsatz der Gleichmäßigen Behandlung*, 276.

³⁶ Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 187; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 2129; Tekinalp vd., *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 918; Gürbüz Gökberk, *Eşit İşlem İlkesi*, 141; Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 13, N. 683; Forstmoser vd., *Schweizerisches Aktienrecht*, § 42, N. 21, 50, 112 vd.

³⁷ Ayşe Şahin, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (Ankara: Vedat Kitapçılık, 2013), 154; Gürbüz Gökberk, *Eşit İşlem İlkesi*, 142; Forstmoser vd., *Schweizerisches Aktienrecht*, § 28, N. 74; Nuri Erdem, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (Ankara: Vedat Kitapçılık, 2019), 106.

II. Eşit İşlem İlkesinin Muhatapları

A. Eşit işlem ilkesine uygun davranmakla yükümlü olanlar

TTK m. 357 hükmünde eşit işlem ilkesine uygun davranma yükümlülüğü olan kişilerden bahsedilmemiştir. Anonim şirkete, eşit işlem ilkesine uygun davranma yükümlülüğü yüklenmiştir. Tüzel kişiliği haiz olan anonim şirket, ancak organları aracılığıyla faaliyette bulunabilecektir³⁸. Bu nedenle eşit işlem ilkesine uygun davranma yükümlülüğü esasen, zorunlu organlar olan yönetim kurulu ve genel kuruldadır. Keza TTK m. 357'nin gerekçesinde eşit işlem ilkesinin “*organların öznel ve keyfi karar ve uygulamalarına bir üst hukuk kuralı ile kanunî bir barikat*” çekildiği ifade edilerek, şirketin organlarının ilkeye uymakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Tasfiye sürecine girmiş olan bir şirketin bu süreci kural olarak yönetim kurulu tarafından yönetilse de, tasfiye memurları ana sözleşmede gösterilmiş veya sonradan genel kurul tarafından seçilmiş olabilir³⁹. Bu durumda şirketin zorunlu organlarının yanında, tasfiye sürecine özgü bir organ olan tasfiye memurları da şirketin tasfiyesi için gerekli işlemleri yaparken eşit işlem ilkesine uygun davranmakla yükümlüdür⁴⁰.

TTK'da kimlerin eşit işlem ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduklarına dair açık bir düzenleme bulunmamasına karşın, hükmün pay sahiplerinin haklarını koruma amacıyla getirildiği düşünüldüğünde, pay sahiplerinin haklarının ihlal edilebileceği tüm mecralarda ilkenin uygulanması gerekir. Bu bağlamda yönetim kurulu üyesi olmasalar dahi şirketin yöneticilerinin de eşit işlem ilkesine uymakla yükümlü oldukları kabul edilmelidir⁴¹. Mahkeme tarafından atanan kayyımlar da şirketi temsil etmek üzere kendilerine verilen görev ve yetkileri icra ederken eşit işlem ilkesine uygun davranmakla yükümlüdürler. Ayrıca, TTK m. 376 uyarınca konkordato talep edilmesi halinde atanan konkordato komiseri de görev alanı kapsamındaki belirli konularda şirketi temsil edeceğinden, eşit işlem yükümlülüğüne tabidir⁴².

Eşit işlem ilkesinin pay sahiplerini koruduğu açıktır; ancak pay sahiplerinin kendilerinin de ilkeye uygun davranma yükümlülüklerinin olup olmadığı konusunda açık bir düzenleme yoktur. Pay sahiplerinin bireysel olarak birbirlerine karşı eşit işlem yükümlülüklerinin olmadığı kabul edilir⁴³. Bu nedenle pay sahiplerinin şirketten ve şirketin organlarından kendilerine eşit davranılmasını talep etme hakları

³⁸ Mustafa Dural - Tufan Ögüz, *Kişiler Hukuku Cilt II Gerçek ve Tüzel Kişiler* (Ankara: Filiz Kitabevi, 2022), 258; Kemal Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler* (Ankara: Filiz Kitabevi, 2011), 238.

³⁹ Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 325.

⁴⁰ Yıldız, *Eşit İşlem İlkesi*, 93; Tekinalp vd., *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 887; Kırca vd., *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, 137; Eminoglu, “Eşit Şartlarda Eşit İşlem”, 85; Mayer-Albrecht vom Kolke, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 5; Akdağ Güney, “Eşitlik İlkesi”, 126; Forstmoser vd., *Schweizerisches Aktienrecht*, § 56, N. 48; Sami Karahan, *Anonim Şirketlerde Tasfiye* (Konya: Mimoza Yayıncılık, 1998), 308; Esra Pınar Bilgin, “Anonim Ortaklıklar Hukukunda Eşit İşlem İlkesi ve İlkeye Aykırılığın Yaptırımları”, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 5/19 (2016), 1013; Yağmur, *Eşit İşlem İlkesi*, 76.

⁴¹ Aynı yönde bkz., Dinç Doğan, *Eşit İşlem Yükümlülüğü*, 114; Yağmur, *Eşit İşlem İlkesi*, 73; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 183; Kırca vd., *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, 599. Alman hukukunda da bu yönde açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, baskın görüş yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerine karşı doğrudan sorumlulukları bulunmadığı yönündedir. Alman öğretisi yalnızca yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında ve şirket ile pay sahipleri arasında sorumluluk ilişkisi bulunduğunu; yöneticilerin doğrudan pay sahiplerine karşı değil, şirkete karşı özen yükümlülüklerinin gereği olarak eşit işlem ilkesine uyma yükümlülükleri bulunduğunu kabul etmektedir (Verse, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz*, 172 ve dn. 10'da anılan yazar). İsvBK m. 717'de ise yönetim kuruluyla birlikte yönetim kurulu üyesi olmadığı halde şirketin yönetimi görevini üstlenen üçüncü kişilerin, özen yükümlülüklerinin gereği olarak eşit işlem ilkesine uymakla yükümlü oldukları açıkça düzenlenmiştir (Burckhardt, *Loyalitätsaktien im schweizerischen Recht*, 376; Claire Huguenin Jacobs, *Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht* (Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994), 45 vd.; Forstmoser vd., *Schweizerisches Aktienrecht*, § 30, N. 19; Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 13, N. 67).

⁴² Konuyla ilgili bkz., Dinç Doğan, *Eşit İşlem Yükümlülüğü*, 118 vd.

⁴³ Nomer, “Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi”, 482; Mayer-Albrecht vom Kolke, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 5; Koch-Hüffer, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 1A; Forstmoser vd., *Schweizerisches Aktienrecht*, § 39, N. 30; Verse, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz*, 174; Burckhardt, *Loyalitätsaktien im schweizerischen Recht*, 377; Eminoglu, “Eşit Şartlarda Eşit İşlem”, 85; Yıldız, *Eşit İşlem İlkesi*, 94; Kırca vd., *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, 137; Erdem “İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri”, 396; Murat Yusuf Akın, *Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu* (İMKB, 2002), 217; Bilgin, “Eşit İşlem İlkesi ve İlkeye Aykırılığın Yaptırımları”, 1011. Akdağ Güney, anonim şirketin ve organlarının eşit işlem ilkesine uymakla yükümlü olduklarını, fiili organ olmadıkları sürece pay sahiplerinin eşit işlem ilkesine uyma yükümlülüklerinin bulunmadığını ifade etmiştir (Akdağ Güney, “Eşitlik İlkesi”, 124).

vardır; ancak diğer pay sahiplerinden böyle bir talepte bulunamazlar⁴⁴. Kural bu olmakla birlikte, pay sahiplerinin birbirlerine karşı eşit davranma yükümlülükleri istisnai olarak söz konusu olabilir. Örneğin, hakim şirket veya hakim ortağın ya da fiili organ sıfatını taşıyan pay sahiplerinin ilkeye uyma yükümlülükleri vardır⁴⁵. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, söz konusu istisnai hallerde pay sahiplerinin şirkette pay sahibi olmaları nedeniyle eşit işlem yükümlülüklerinden bahsedilemez; pay sahiplerinin hakim ortak ya da fiili organ sıfatları nedeniyle eşit işlem yükümlülükleri söz konusu olacaktır.

B. Eşit işlem ilkesinden yararlanabilecek kişiler

TTK m. 357'nin metninde ve gerekçesinde, söz konusu hükümde düzenlenen eşit işlem ilkesinin pay sahiplerine özgü olduğu vurgulanmıştır. Anılan hükme göre ilkeden yararlanabilecek kişiler yalnızca pay sahipleridir. Madde gerekçesinde ise “*Kurumsal yönetim kurallarından hareketle, bir kısım yabancı yazarlar eşit işlem ilkesine pay sahiplerini aşan ve tüm şirket ilgililerini (stakeholder) kapsayan bir boyut kazandırmak istemektedir (bakınız. Genel Gerekçe 89 numaralı paragraf). Tasarının 357 nci maddesi ilkeyi pay sahiplerine özgülemiştir.*” açıklaması yer almakta; kanun koyucunun eşit işlem ilkesinin pay sahiplerine özgülenmesi yönünde iradesi olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak eşit işlem ilkesinin içeriği ve dayanağı dikkate alındığında olması gereken hukuk yönünden farklı yorumlar yapılabilir. Bu doğrultuda, öğretide de ilkeden daha geniş kapsamda yararlanılması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu nedenle çalışmada ilkeden yararlanabilecek kişiler hususu pay sahipleri için ayrı, diğer kişiler için ayrı olmak üzere iki alt başlıkta incelenecektir.

1. Pay sahipleri

Eşit işlem ilkesi, TTK m. 357’te şirketin pay sahiplerine özgülenmiştir. Başka ifade ile pay sahiplerinin, pay sahibi oldukları süre boyunca eşit işlem ilkesinden yararlanmayı talep etme hakları vardır. Eşit işlem ilkesinin pay sahipleri için tanınan bir hak olmadığı, şirket organları için getirilen bir yükümlülük olduğu yönünde görüş bildiren yazarlar olmuştur. Yazarların bazıları bu görüşlerini eTTK döneminde yazdıkları eserlerinde savunurken⁴⁶, TTK döneminde görüşü savunan yazarlar da mevcuttur⁴⁷. eTTK döneminde henüz kanuni dayanağı bulunmayan bir ilke olan eşit işlem ilkesinin, pay sahiplerine hak tanımadığı yorumu makul sayılabilir. Fakat TTK m. 357 ile bağımsız ve genel bir ilke olarak kabul edilen eşit işlem ilkesinin, pay sahiplerine şirketten eşit işlem isteme hakkı tanıdığı açıktır. TTK’nın Genel Gerekçesi’nde de pay sahibinin “*eşit işlemi isteme hakkı*”na sahip olduğu açıkça belirtilmiştir⁴⁸. Pay sahibinin eşit işlem ilkesine uygun davranılmayı talep hakkına sahip olmasının sonucunda, ilkeye aykırılık halinde işlemin butlanı öne sürülebilir (TTK m. 391/1-a). Böyle bir hakkın olmadığı görüşü kabul edildiğinde, yalnızca eşit işlem yükümlülüğünü ihlal eden şirket organına karşı tazminat isteme hakkından söz edilebilecek; bu durum da TTK m. 391/1-a hükmü ile çelişecektir⁴⁹. Bu nedenle, eşit işlem

⁴⁴ Dinç Doğan, *Eşit İşlem Yükümlülüğü*, 127.

⁴⁵ Kırca vd., *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, 137; Tekinalp vd., *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 887; Yağmur, *Eşit İşlem İlkesi*, 82, 83. Alman öğretisinde baskın görüş çoğunluk pay sahiplerine dahi eşit işlem yükümlülüğü getirilemeyeceği yönünde olmasına karşın, Frankfurt Bölge Mahkemesi bir kararında hiçbir gerekçe göstermeksizin, çoğunluk pay sahibinin tazminat teklifini eşit işlem ilkesi kriterlerine göre ölçmüştür. Konuyla ilgili bkz., Verse, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz*, 175, dn. 23. Pay sahiplerinin kendi aralarında eşit işlem ilkesine uyma yükümlülüklerinin olup olmaması hususu, eşit işlem ilkesi ile pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü arasındaki ilişki ile de ilgilidir. Konuyla ilgili bkz., Dinç Doğan, *Eşit İşlem Yükümlülüğü*, 125 vd.; Ünal Tekinalp vd., *Ortaklıklar Hukuku II* (Ankara: Vedat Kitapçılık, 2019), N. 1091; Akın, *Pay Sahibinin Sadakat Borcu*, 139 vd.; Füsün Nomer, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999), 78.

⁴⁶ Yıldız, *Eşit İşlem İlkesi*, 74; Erdem “İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri”, 402; Nomer, “Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi”, 472; Tekinalp vd., *Ortaklıklar ve Kooperatif*, N. 888.

⁴⁷ Yağmur, *Eşit İşlem İlkesi*, 48; Gürbüz Gökberk, *Eşit İşlem İlkesi*, 58.

⁴⁸ Genel Gerekçe, prg. 132/1-b.

⁴⁹ Tekinalp vd., *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 888.

ilkesi pay sahiplerine pay sahipliğinden kaynaklanan haklarıyla ilgili eşit davranılmayı talep hakkı verirken, şirkete de pay sahiplerine eşit davranma yükümlülüğü getirir⁵⁰.

İlkenin pay sahiplerine sağladığı koruma şirketler hukuku bağlamında ortaklık ilişkileri ile sınırlı olup, pay sahiplerinin ortaklık ilişkileri dışında şirketle yapmış oldukları işlemlerde uygulanmaz⁵¹. Örneğin pay sahibinin anonim şirketle borçlar hukukuna ilişkin bir işlem yapması halinde eşit işlem ilkesi uygulanmayacaktır; zira pay sahipleri arasında yapılacak seçim nedeniyle pay sahiplerinin doğrudan hak kaybı söz konusu olmaz. Ancak borçlar hukuku temelli fakat farklı işlemlerde ilkeye aykırılık meydana gelebilir. Örneğin, şirketin hâkim durumdaki pay sahibiyle hâkim durumu nedeniyle sözleşme yapması halinde, pay sahipleri arasında bir seçim yapılması sonucunda hâkim durumdaki pay sahibinin pozisyonu tercih sebebi olmuş olabileceğinden, ilkeye aykırılık söz konusu olabilir⁵².

2. Eşit işlem ilkesinden yararlanması söz konusu olabilecek diğer kişiler

a. İntifa senedi sahipleri

İsvBK m. 656f/1 hükmü uyarınca katılma intifa senedi sahipleri, ana sözleşme ile kârın ve tasfiye bakiyesinin dağıtılmasında, ya da yeni pay ihracında, pay sahiplerine oranla daha dezavantajlı duruma getirilemez. İsvBK m. 656f/2 hükmü ise, birden fazla pay grubu bulunduğu halde katılma intifa senedi sahiplerinin en düşük hakları sağlayan pay grubu ile eşit kılınması gerektiği yönündedir⁵³. Bu düzenlemeler ışığında İsviçre öğretisinde katılma intifa senedi sahiplerinin eşit işlem ilkesinden yararlanabileceği kabul edilmiştir⁵⁴.

İntifa senedi sahiplerinin eşit işlem ilkesinden yararlanabilip yararlanamayacaklarıyla ilgili TTK'da açık bir hüküm yoktur. Konuyla ilgili öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Malvarlığı hakları açısından intifa senedi sahiplerinin eşit işlem ilkesinden yararlanabileceğini savunan görüş, bu görüşünü TTK m. 449/1 hükmünde intifa hakkı sahiplerinin de pay defterine kaydedileceğinin düzenlenmesine dayandırmıştır⁵⁵. Bir görüş ise intifa senedi sahipleri ile pay sahiplerinin eşit ve özdeş bir hukuki durum içinde olmamalarına karşın, aksi ana sözleşmede düzenlenmemişse, intifa senedi sahiplerine tanınan haklar hesaplanırken pay sahiplerine uygulanan kuralların uygulanması gerektiğini, pay sahipleriyle eşitliğin kabul edilmiş olağan düzen olduğunu belirtmiştir⁵⁶. Diğer görüş ise TTK m. 357 hükmü pay sahiplerine özgü olduğu için intifa senedi sahiplerinin eşit işlem ilkesinden yararlanamayacakları yönündedir⁵⁷.

⁵⁰ TTK döneminde eşit işlem ilkesinin pay sahiplerine eşit davranılmayı talep hakkı verdiği yönünde bkz., Akdağ Güney, "Eşitlik İlkesi", 121; Tekinalp vd., *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 888.

⁵¹ Mayer-Albrecht vom Kolke, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 5; Eminoğlu, "Eşit Şartlarda Eşit İşlem", 85; Koch-Hüffer, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 4; Verse, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz*, 193; Akdağ Güney, "Eşitlik İlkesi", 121.

⁵² Mayer-Albrecht vom Kolke, *Aktiengesetz*, § 53a, N. 5; Eminoğlu, "Eşit Şartlarda Eşit İşlem", 85; Dinç Doğan, *Eşit İşlem Yükümlülüğü*, 127.

⁵³ Kendigelen intifa senetleriyle ilgili düzenlemeleri incelediği makalesinde, limited şirketlere ilişkin hükümlerde tamamen İsviçre düzenlemesinin benimsenmesine rağmen, orada intifa senetleri bakımından anonim şirketlere ilişkin hükümlere yapılan genel yollamanın göz ardı edildiğini; İsviçre anonim ortaklıklar hukukunda intifa senetlerini düzenleyen m. 657 hükmünün hiç dikkate alınmadığını belirtmiştir (Abuzer Kendigelen, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında İntifa Senetleri", *BATİDER*, 25/2 (2009), 72).

⁵⁴ Forstmoser vd., *Schweizerisches Aktienrecht*, § 39, N. 33; Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 16, N.101. Ancak Nomer burada eşit işlem ilkesinin uygulanmadığını, pay sahiplerine oranla daha dezavantajlı duruma getirilmeme hükmünün katılma intifa senedi sahiplerinin mali haklarının tespitine bir alt sınır getirdiğini, bu alt sınırın da en düşük haklarla donatılmış olan pay grubu olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre eşit işlem ilkesi uygulandığında, katılma intifa senetlerinin sahiplerine pay sahiplerinden fazla kâr payı hakkı tanınması ihtimalinde, pay sahiplerinin eşit işlem ilkesinin ihlalini öne sürme olanağının bulunması gerekir; fakat bu imkan sadece katılma intifa senedi sahibine verilmiştir (Nomer, "Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi", 480).

⁵⁵ Bahar Sayın, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, 106; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III*, 2438.

⁵⁶ Tekinalp vd., *Ortaklıklar Hukuku II*, N. 1245.

⁵⁷ Akdağ Güney, "Eşitlik İlkesi", 124; Omağ "Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi", 4; Yıldız, *Eşit İşlem İlkesi*, 86; Gürbüz Gökberk, *Eşit İşlem İlkesi*, 55, 56; Yağmur, *Eşit İşlem İlkesi*, 106, dn. 30; Nomer, "Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi", 479, 480.

Kanımızca TTK m. 503 hükmünde pay sahipliği haklarının intifa senedi sahiplerine verilemeyeceğinin vurgulanmış olması önemlidir. Burada kastedilen pay sahipliği hakları genel kurula katılma, öneride bulunma, müzakerelerin bir parçası olma; oy kullanma, oya bağlı haklar olarak tanıma, iptal davası açma, organlara katılma, TTK m. 437 hükmü uyarınca bilgi alma ve özel denetçi atanmasını isteme haklarıdır⁵⁸. Eşit işlem ilkesinin mutlak şekilde uygulanacağı bu haklar, anonim şirket tarafından intifa senedi sahiplerine tanınamaz. Bununla birlikte, eşit işlem ilkesinin nispi şekilde uygulandığı pay sahipliği haklarından olan net kâra katılma, tasfiye sonucunda kalan tutara katılma ve yeni çıkarılacak payları alma hakları, intifa senedi sahiplerine de tanınabilir⁵⁹. Malî haklar hesaplanırken oransallık ilkesine uygun davranılması, ancak pay sahibi sıfatı bulunmayan intifa senedi sahipleri yönünden oransallık ilkesine aykırı hesaplama yapılması hakkaniyete aykırı olacaktır. Ancak intifa senedi sahiplerinin malî hakları hesaplanırken oransallık ilkesinin uygulanması, TTK m. 357 kapsamında eşit işlem ilkesinin uygulandığı anlamına gelmez. Zira başta da ifade ettiğimiz üzere, intifa senedi sahiplerine pay sahipliği hakları verilmesi TTK m. 503 uyarınca mümkün değildir. Bu nedenle, açıkça pay sahipliğine özgülenen eşit işlem ilkesi intifa senedi sahipleri için uygulanamayacaktır. Ancak olması gereken hukuk yönünden değerlendirildiğinde, eşit işlem yükümlülüğü şirketin itibarına ve sürdürülebilirliğine katkıda bulunacağından, ilkenin intifa senedi sahipleri yönünden de uygulanması gerektiği görüşündeyiz.

b. Yönetim kurulu üyeleri

aa. TTK'daki düzenleme

TTK'da yönetim kurulu üyelerinin eşit işlem ilkesinden yararlanabilmeleri yönünde ilkeye özgü bir düzenleme bulunmamakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme haklarını kullanmasında eşitlik ilkesi benimsenmiştir. TTK m. 392 uyarınca yönetim kurulu üyeleri, şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir ve inceleme yapabilir. Üyelerin bu haklarını hem toplantı esnasında hem toplantı dışında kullanmaları mümkündür. Ancak yönetim kurulu üyelerinin toplantı dışında bilgi alma haklarını kullanabilmeleri için, yönetim kurulu başkanının izni; toplantı dışında inceleme hakkını kullanabilmeleri için ise yönetim kurulu başkanının izniyle birlikte bu incelemeyi yapmasının görevini yerine getirebilmesi için gerekli olması şartı aranmıştır⁶⁰ (TTK m. 392/3). Başkanın izin vermek veya reddetmek konusundaki takdir hakkı, dürüstlük ve eşitlik kurallarıyla sınırlıdır⁶¹. Bu nedenle başkan talebi incelemeyi reddedemez; taraflı hareket edemez ve eşit işlem ilkesine aykırı karar da veremez⁶². Görüldüğü üzere, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme haklarını kullanmalarında eşit işlem ilkesi geçerlidir⁶³.

⁵⁸ Tekinalp vd., *Ortaklıklar Hukuku II*, N. 1241; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III*, 2438.

⁵⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2016/6636, (15 Haziran 2016): “Ancak, kurucu intifa senetleri 6102 sayılı TTK’nın 502-503 (6762 sayılı TTK’nın 402- 403) maddelerinde düzenlenmiş olan intifa senetlerinin özel bir türünü oluşturur. İntifa senetleri sahibine sadece malvarlıksal haklar sağlayan, pay senetlerinin aksine şirkette herhangi bir payı temsil etmeyen, pay sahipliği hakkı sağlamayan senetlerdir. Bu bakımdan senet sahibine malvarlığı, yönetim, denetleme ve bilgi hakları vermez. Fakat, kara veya tasfiye bakiyesine katılma hakkı sağlar”. (www.karararama.yargitay.gov.tr), (Erişim 27.10.2024).

⁶⁰ Hasan Pulaşlı, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18/2 (2012), 588; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (Ankara: Vedat Kitapçılık, 2020), N. 12-102; Kırca vd., *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, 715; Hediye Bahar Sayın, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Toplantı Dışında Bilgi Alma Hakkının Konusu” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 124/Mayıs Haziran (2016) 487, 488. Karasu yönetim kurulu üyesinin görevinin güvene dayalı olduğuna ilişkin temel düşünceden hareketle, kurul üyelerinin yaptıkları işin niteliği, önemi, yüklendikleri sorumluluk ve sorumluluğa bağlı hukuki ve cezai yaptırımlar nedeniyle kurul üyelerinden bilgi saklanması haksız bulmuş; yönetim kurulu üyelerinin gerekçelerini yönetim kuruluna bildirerek işlerin gidişi ve belirli münferit işler hakkında istediği zaman bilgi alabilmesi, görevini yerine getirebilmesi için gerekli olan hallerde de şirketin defterlerini ve belgelerini inceleyebilmesi gerektiğini savunmuştur (Rauf Karasu, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 23/2 (2005), 102).

⁶¹ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, N. 12-102.

⁶² Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, N. 12-102; Kırca vd., *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, 717; Bahar Sayın, “Toplantı Dışında Bilgi Alma Hakkı”, 494; Forstmoser vd., *Schweizerisches Aktienrecht*, § 28, N. 101; Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 13, N. 206.

⁶³ Kırca vd., *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, 705; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, N. 12-100; Forstmoser vd., *Schweizerisches Aktienrecht*, § 28, N. 76; Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 13, N. 176; Pulaşlı, “Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”,

Üyeler arasındaki eşitlik hem toplantı içi hem toplantı dışı bilgi alma yetkisi için geçerlidir; keza yönetim kurulu üyeleri arasında eşitlik sağlanması amacıyla, bir üyeye verilen bilgilerin talep edilmesi halinde diğer üyelere de verilmesi ya da gelecek kurul toplantısında açıklanması gerekir⁶⁴.

bb. Öğretideki görüşler

Yönetim kurulu üyelerinin, bilgi alma ve inceleme haklarını kullanırken eşitlik ilkesinin geçerli olduğu aşıkardır. Ancak üyelerin diğer durumlarda da eşit işleme tabi olacakları yönünde TTK'da hüküm bulunmamakla birlikte, öğretide üyelerin eşit işlem ilkesinden yararlanmaları gerektiği belirtilmiştir. *Akdağ Güney*, eşit işlem ilkesinin sadece pay sahipleri arasında değil yönetim kurulu üyeleri arasında eşitlik olarak da anlaşılması gerektiğini belirtmiş, ana sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin seçilmeleri için belirli şartlar getirilmişse bu şartların eşit işlem ilkesine aykırı olmaması gerektiğini savunmuştur⁶⁵. Eşit işlem ilkesinin yönetim kurulu üyelerini kapsadığının kabul edilmesi gerektiğini savunan *Kortunay*, ilkenin yönetim kurulunun üyelere yönelik işlemlerinde tereddütsüz uygulanması gerektiğini ve yönetim kurulu üyelerine yönelik alınan kararların eşit işlem ilkesine aykırı olmaları halinde, TTK m. 391 kapsamında butlanının istenebilmesi ve ilkeyi ihlal eden üyelerin sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁶. *Bahar Sayın* ise, farklı eserlerinde yönetim kurulu üyelerinin eşit işleme tabi olma haklarının bulunduğunu, ilkeye aykırılık halinde butlan yaptırımının söz konusu olacağını savunmuştur⁶⁷. *Baş*, yönetim kurulu üyeleri için eşitlik ilkesinin geçerli olduğunu, üyelerin üyelik sıfatlarından kaynaklanan eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduklarını belirtmiştir⁶⁸. *Uçar* ise, yönetim kurulu üyelerinin eşit işleme tabi tutulması konusunda kesin bir görüş belirtmeden, yönetim kurulu üyelerinin azli için farklı yetersayıların öngörülemediğini, zira bunun eşit işlem ilkesi tartışmasından bağımsız olarak, haklı bir neden olmaksızın farklı yeter sayılara yer verilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir⁶⁹.

Eşit işlem ilkesinden bahsedilmeden yönetim kurulu üyelerine eşit muamele edilmesi gerektiği yönünde görüş savunan yazarlar da olmuştur. *Akdağ Güney*, farklı bir eserinde, yönetim kurulu üyelerinin şirketin idare ve temsili alanı başta olmak üzere kendi aralarındaki ilişkilerde birbirlerine eşit olduklarını, TTK'nın yönetim kurulu başkanına üstün oy hakkı tanıyan sistemi kabul etmeyerek üyeler arasındaki eşitliği vurguladığını belirtmiştir⁷⁰. *Özer*, şirket için ayırım yapılmasını meşru kılan sebepler olmadığı sürece, her yöneticinin eşit miktarda ikramiye alabileceğini ifade etmiştir⁷¹. *Manavgat* da, yönetim kurulu üyeleri arasında mali haklar bakımından farklılık yaratılabilmesi için yetki devrinden doğan sorumluluk farkı veya belli bir konuda uzmanlık gibi nesnel haklı nedenlerin bulunması gerektiğini, aksi hâlin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağını savunmuştur⁷².

589; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 1498; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 172; Bahar Sayın, "Toplantı Dışında Bilgi Alma Hakkı", 494; Dinç Doğan, *Eşit İşlem Yükümlülüğü*, 150.

⁶⁴ Pulaşlı, "Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı", 589; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*, 1498.

⁶⁵ Necla Akdağ Güney, "Yeni Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Tüzel Kişi Ortağın Yönetim Kurulunda Temsili" *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/2 (2011), 277, 285, 286; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 30.

⁶⁶ Ayhan Kortunay, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2015), 220, 221.

⁶⁷ Bahar Sayın, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, 228, 233, 237; Hediye Bahar Sayın, "Yönetim Kurulu Üyelerinin Kişisel Haklarının Kurul Kararı ile İhlal Edilmesi ve İlgili Kararların Butlanı" *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Akar Öcal Armağanı 2/3 (2016), 206.

⁶⁸ Kadir Baş, "Anonim Şirketlerde Belirli Bir Pay Sahibi Grubu Tarafından Aday Gösterilen Yönetim Kurulu Üyelerine Veto Hakkı Tanınabilir Mi?", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29/2 (2023), 1283, 1284.

⁶⁹ Sercan Uçar, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Azli* (Ankara: Adalet Yayınları, 2023), 206-209.

⁷⁰ Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 169. Baş, başkanın üstün oyu konusundaki belirsizliğin TTK'da bütünüyle giderilmediğini ancak hakim görüşün başkana üstün oy verilmesinin mümkün olmadığı yönünde olduğunu belirtmiştir (Baş, "Yönetim Kurulu Üyelerine Veto Hakkı", 1278).

⁷¹ Işık Özer, *Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 259.

⁷² Kırca vd., *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, 742. Karşıt görüş için bkz., Veliye Yanlı, "Yönetim Kurulu Üyelerine Sağlanacak Mali Haklar ile İlgili Bazı Değerlendirmeler", *BATİDER*, 33/4, (2017), 55 vd.

Alman ve İsviçre hukuklarında da tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi, aynı durumda olan yönetim kurulu üyelerinin eşit statüde olduklarına dair bir düzenleme mevcut değildir. Ancak şirket yönetimine katılma haklarında yönetim kurulu üyelerinin kural olarak eşit işleme tabi oldukları kabul edilir⁷³. Forstmoser, yönetim kurulu üyelerinin kendi aralarında eşit haklara sahip olduklarını belirterek, bilgi alma ve oy haklarında üyeler arasında herhangi bir farklılık uygulanmayacağını eklemiştir⁷⁴. Pay sahipleri gibi, yönetim kurulu üyeleri de benzer davalarda eşit muamele görme hakkına sahiptir⁷⁵. Alman öğretisinde de yönetim kurulu üyelerinin eşit haklara sahip oldukları ilkesi kabul edilmiştir⁷⁶. Yönetim yetkisinin tüm yönetim kurulu üyelerine hasredildiği kuralına dayandırılan bu görüş uyarınca, yönetim kurulu üyeleri arasında ayırım yapılması mümkündür; ancak bunun için objektif gerekçenin varlığı gerekir⁷⁷.

cc. Görüşümüz

Eşit işlem ilkesi pay sahiplerini koruma amacıyla getirildiğinden, pay sahiplerini koruma amacı cephesinden bakıldığında bu hakkın yalnızca pay sahiplerine tanınması uygun görülebilir. Fakat konuya yönetim kurulunun eşit işlem ilkesine uyma yükümlülüğü cephesinden bakılacak olursa, şirket menfaatleri aksini gerektirmediği sürece yalnızca pay sahiplerine değil hem yönetim kurulu üyeleri hem yöneticiler için ilkenin uygulanması gerekir. Yönetim kurulu öncelikle şirketin menfaatine uygun davranmakla yükümlü olduğundan, şirket menfaati gerektirdiği halde zaten eşit işlem ilkesinden sapabilecektir. Bu nedenle bu durum şirket menfaati için de olumsuzluk teşkil etmeyecektir. Yönetim kurulunun şirket menfaati önceliği, eşit işlem ilkesinden yararlananın pay sahibi veya yönetim kurulu üyesi olmasına göre değişmeyecektir. Şirket menfaati söz konusu olduğunda hak sahibinin kim olduğu önem taşımayacak, yönetim kurulu takdir yetkisini şirket menfaatinin gerektirdiği yönde kullanacaktır. Yönetim kurulunun keyfi davranışıyla herhangi bir menfaat grubu arasında eşitsizliğe sebep olması, şirket yönetiminde adaletsizlik söz konusu olacağından şirketin işleyişini de olumsuz etkileyebilecektir. Ayrıca şirketin yönetimi ve temsiliyle görevlendirilen kişilere de eşit işlem uygulanıyor olmasının, uzun vadede şirketin itibarı için olumlu getirileri olabilecektir.

c. Menfaat sahipleri

SPK Kurumsal yönetim ilkelerinde, “*şirketin hedeflerine ulaşmasında veya faaliyetlerinde ilgisi olan çalışanlar, alacaklılar, müşteriler, tedarikçiler, sendikalar, çeşitli sivil toplum kuruluşları gibi kişi, kurum veya çıkar grupları*” menfaat sahipleri olarak adlandırılmıştır⁷⁸. Dar anlamda yorumlanınca işçiler, yatırımcılar, alacaklılar, üreticiler, bayiler ve müşteriler gibi anonim şirketle ilişkiye giren üçüncü kişileri ifade eden bu kavram, geniş yorumlandığında şirketin sermaye piyasası araçlarına yatırım yapma ihtimali olan pay sahipleri dışındaki tasarruf sahiplerini, vergi alacaklısı sıfatıyla devleti, hatta tüm kamuoyunu kapsayabilir⁷⁹. Kurumsal yönetim yaklaşımı gereği başta şirket alacaklıları ve çalışanları olmak üzere tüm menfaat sahiplerinin hakları mevzuatla ve sözleşmelerle, bu mümkün değilse şirket imkanları ölçüsünde, iyi niyet kuralları çerçevesinde korunmalıdır⁸⁰.

Kurumsal yönetim ilkelerinde menfaat sahiplerine eşit muamele önem taşır. Menfaat sahipleri arasında çıkar çatışmaları ortaya çıkarsa, ya da bir menfaat sahibi birden fazla çıkar grubuna dahil olursa, hakların korunması açısından olabildiğince dengeli bir politika izlenmelidir. Hakların birbirlerinden bağımsız olarak korunması hedeflenmelidir⁸¹. Özellikle şirket çalışanlarına işe alım sürecinden çalışma

⁷³ Forstmoser vd., *Schweizerisches Aktienrecht*, § 28, N. 75, 76; Roland Müller vd., *Der Verwaltungsrat Ein Handbuch für Theorie und Praxis* (Schulthess, 2021), 63.

⁷⁴ Forstmoser vd., *Schweizerisches Aktienrecht*, § 28, N. 76.

⁷⁵ Müller vd., *Der Verwaltungsrat Ein Handbuch*, 63.

⁷⁶ Markus Weber (Ed: Wolfgang Hölter - Markus Weber), *Aktiengesetz: AktG Kommentar* (Verlag C.H. Beck oHG, 2022), § 76, N. 6; Frauke Wedemann, *Zum Grundsatz der Gleichberechtigung aller Vorstandsmitglieder* (AG; 2023), 673 vd.

⁷⁷ Wedemann, *Zum Grundsatz der Gleichberechtigung aller Vorstandsmitglieder*, 675 dn. 32; 676, 677.

⁷⁸ KYİ 3. Bölüm, 3.1.1.

⁷⁹ Paslı, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi*, 212; Fernando, *Corporate Governance Principles*, 161.

⁸⁰ KYİ 3. Bölüm, 3.1.1; Paslı, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi*, 216, dn. 272; Fernando, *Corporate Governance Principles*, 50.

⁸¹ KYİ 3. Bölüm, 3.1.5.

koşullarına kadar eşit davranılması yönünde çeşitli hükümler bulunur. İşe alım politikaları ve kariyer planlamaları şirket çalışanlarına uygulanırken, eşit koşullarda bulunan kişilere eşit fırsat sağlanmalıdır⁸². Çalışanlara sağlanan tüm haklarda adil davranılmalı, çalışanlar arasında ayrımcılık yapılmamalıdır⁸³.

Kurumsal yönetim anlayışı esasen yönetim kuruluna ve yöneticilere yükümlülükler yükler. Kurumsal yönetim ilkeleri de yönetim kuruluna ve yöneticilere yönelik düzenlemeler öngörür. Bu nedenle kurumsal yönetim ilkeleri gereği menfaat sahiplerine karşı yönetim kurulu ve yöneticilerin eşit işlem yükümlülüğü önem arz eder. Yönetim kurulu faaliyetlerini “*şeffaf, hesap verilebilir, adil ve sorumlu*” bir şekilde yürütmekle yükümlüdür⁸⁴. Bu yükümlülük eşit işlem ilkesinin yansımasıdır⁸⁵; ancak TTK m. 357’ye değil kurumsal yönetim ilkelerine dayandığı için, yönetim kurulunun eşit işlem yapmakla yükümlü olduğu kitle pay sahiplerinden fazlasıdır. Kurumsal yönetimde adillik ilkesi gereği yönetim kurulu hem pay sahiplerine hem menfaat sahiplerine eşit işlem yapmakla yükümlüdür⁸⁶. Ancak yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin menfaat sahiplerine karşı eşit işlem yükümlülüğünün dayanağı, buna aykırı davranışın yaptırımı yönünden önem taşır. Zira TTK m. 391/1-a uyarınca, TTK m. 357’ye aykırılık taşıyan yönetim kurulu işleminin butlanı söz konusu olabilir. Kurumsal yönetim ilkelerinin ise bir kısmının uygulanması zorunlu olup, kalan kısmı uy ya da açıkla ilkesi uyarınca tavsiye niteliğindedir⁸⁷. Yönetim kuruluna ilişkin maddelerin uygulanması zorunlu olduğundan, kurulun adil davranma yükümlülüğüne de uyması zorunludur. Bu nedenle kurumsal yönetim yaklaşımı gereği, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin, tüm menfaat sahiplerine karşı eşit işlem yükümlülüğü bulunduğu aşikârdır⁸⁸.

Kurumsal yönetim yaklaşımının etkisiyle TTK m. 357’de düzenlenen eşit işlem ilkesinden pay sahiplerini aşan, geniş anlamda eşit işlem anlaşılabilir. TTK m. 357’nin gerekçesinde kanun koyucu bu durumun farkında olduğunu belirterek ilkenin pay sahiplerine özgülendiğini vurgulamıştır. Ancak kurumsal yönetim ilkesinin TTK’nın temel felsefelerinden biri olması sonucu, geniş anlamıyla eşit işlem ilkesinin menfaat sahiplerini de kapsadığı kabul edilmelidir⁸⁹. TTK’nın Genel Gerekçe’si prg. 89’da kurumsal yönetimin taşıyıcı kolonlarından biri olarak sayılan adillik ilkesi için “*Adillik, bir anlamda geniş kapsamlı eşit işlem ilkesi ile örtüşür. Eşit işlem sadece pay sahiplerine değil, daha geniş bir çevreye, açıkçası çalışanlara, alacaklılara, müşterilere, yani şirketle menfaat ilgileri bulunanlara, hatta kamuya yönelmiştir*” ifadeleri kullanılmıştır. Özellikle kurumsal yönetim anlayışında geçerli olan adillik ilkesinin içeriğinde yer alan eşit işlem ilkesinden şirket çalışanları, alacaklıları, menfaat sahipleri hatta kamunun yararlanabileceği belirtildiği halde, TTK m. 357’nin ilkeyi yalnızca pay sahiplerine özgülemiş olmasının haklı bir gerekçesi olamaz. Kanımızca TTK’daki bu ifadenin, kurumsal yönetim ilkelerinde eşitlik anlayışının zaten tüm menfaat sahiplerini kapsayacak şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle, TTK’da ayrıca pay sahiplerinin eşitliğinin hüküm altına alınması niyetinden kaynaklandığı şeklinde yorumlanabilir. Yalnızca pay sahiplerinin eşit muamele hakkına sahip olması, aynı durumda olan menfaat sahiplerinin kendi aralarında farklı muameleye tabi tutulmalarını gerektiren bir korumanın lüzumu yoktur. OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri VI/C’de yönetim kurulunun sorumlulukları başlığı altında, yönetim kurulunun menfaat sahiplerinin çıkarlarını göz önünde bulundurması ve yüksek etik standartlar uygulaması gerektiği belirtmiştir. Neticede şirketin tüm işleyişinin etik standartlara bağlı olarak, herhangi bir grubu haksız şekilde zarara uğratmadan yürümesini sağlamak, kurumsal yönetim ilkesi gereği yönetim kurulunun en önemli sorumluluklarından biridir⁹⁰. Bu nedenle sermaye piyasası

⁸² KYİ 3. Bölüm, 3.3.1.

⁸³ KYİ 3. Bölüm, 3.3.3. ve 3.3.7; Eminoğlu, *Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)*, 48.

⁸⁴ KYİ 4. Bölüm 4.2.

⁸⁵ Paslı, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi*, 297; Eminoğlu, “Eşit Şartlarda Eşit İşlem”, 81.

⁸⁶ Dinç Doğan, *Eşit İşlem Yükümlülüğü*, 136.

⁸⁷ Eroğlu, “Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem”, 42.

⁸⁸ Dinç Doğan, *Eşit İşlem Yükümlülüğü*, 137.

⁸⁹ Eminoğlu, “Eşit Şartlarda Eşit İşlem”, 81.

⁹⁰ Paslı, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi*, 298; Fernando, *Corporate Governance*, 199, 200.

hukukuna göre yönetim kurulunun ve yöneticilerin menfaat sahiplerine nispi eşitlik ilkesine uygun şekilde davranması gerektiği kanısındayız.

d. Üçüncü kişiler

TTK kapsamında üçüncü kişiler, şirketin pay sahipleri ve organları dışındaki kişilerdir. Öğretide üçüncü kişilerin de eşit işlem ilkesinden yararlanabilmeleri gerektiği savunulmuştur. *Moroğlu*, öğreti ve yargı tarafından genellikle kabul edilmiş olmasına karşın, pay sahipleri ile üçüncü kişilerin kişisel haklarının doğrudan ihlaline neden olan yönetim kurulu kararlarının butlanının ileri sürülebilmesi imkanının, eşit işlem ilkesine aykırı kararların butlanını düzenleyen TTK m 391/1-a hükmünde gözden kaçırılmış olmasını önemli bir eksiklik olarak görmüştür⁹¹. Böylece sermaye borcunu ödemediği için pay sahipliğinden çıkarılan, yaptığı kısmi ödemelerden kaynaklanan haklarından da yararlanamayan pay sahipleri ve üçüncü kişiler, pay sahipleri defterine kaydedilme taleplerinin reddedildiği yönetim kurulu kararının butlanının tespitini, yoksun kaldıkları pay sahipliği haklarının iadesini ve uğramış oldukları zararların tazminini isteyeceklerdir. Ancak bunu yaparken açık bir kanun hükmüne dayanamayacaklardır. Yazar Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bu yöndeki uygulamalarının dikkate alınmasını ve “eşit işlem ilkesine aykırı olan” şeklindeki hükmün “pay sahipleri ile üçüncü kişilerin kişisel hak ve çıkarlarını doğrudan doğruya ihlal eden veya kısıtlayan;” olarak değiştirilmesini önermiştir⁹². *Gülbüz Gökberk* de ilkenin tüm şirket ilgililerini kapsamamasının olması gereken hukuk yönünden gerekli olduğunu savunmuştur⁹³.

Karahan, TTK m. 357'nin düzenlenmesinden önceki dönemde yazdığı eserinde eşit işlem ilkesinin anonim şirketler hukukunun yazılı olmayan bir kuralı olduğunu belirterek, ilkeye uymakla yükümlü olan tasfiye memurlarının şirketin alacaklıları arasında işlem yaparken de bu yükümlülüğe sahip olduklarını belirtmiştir. Yazara göre, tasfiye memurları alacaklılara ödemede bulunurken eşit işlem ilkesine uygun hareket etmelidir⁹⁴. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu⁹⁵ (İİK) m 207/1 hükmünde aynı sırada olan alacaklıların eşit haklara sahip olacakları düzenlenmiştir. Konkordato ile ilgili açık bir düzenleme olmamasına karşın, konkordato sürecinde de alacaklılar arasında eşitlik ilkesi uygulanacağı kabul edilmiştir⁹⁶. İcra ve iflas hukuku gereği alacaklılar arasında eşitlik ilkesine şirket adına uymakla yükümlü olan organ yönetim kuruludur⁹⁷. Bu nedenle alacaklılar arasında eşitlik ilkesine aykırı hareket eden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Kanaatimizce, TTK'da düzenlenen eşit işlem ilkesinde bu ilkeden pay sahiplerinin yararlanabileceği açıkça belirtilmiştir; olan hukuk yönünden değerlendirme yapınca TTK m 357'de düzenlenen eşit işlem

⁹¹ Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2020), 221.

⁹² Moroğlu, *Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 221.

⁹³ Gülbüz Gökberk, *Eşit İşlem İlkesi*, 52.

⁹⁴ Karahan, *Tasfiye*, 308.

⁹⁵ İcra ve İflas Kanunu (İİK), *Resmî Gazete* 2128 (19 Haziran 1932), Kanun No. 2004.

⁹⁶ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, K. 2022/5597, (1 Aralık 2022): “Böylece borçlunun maddi hukuktan kaynaklanan borçları, mahkemenin gözetimi altında tasfiye edilecek bu vesileyle hem borçlunun mali durumu düzelecek hem de alacaklılar arasında eşitlik prensibi korunarak alacaklarına kavuşmaları sağlanacaktır.” (www.karararama.yargitay.gov.tr), (Erişim 18.11.2024). Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, 23. Hukuk Dairesi, K. 2021/1442, (13 Ekim 2021): “Alacaklılar arası eşitlik ilkesine göre hiçbir alacaklı diğerinin zararına olarak öncelik ya da ayrıcalık elde edemez.” (www.lexpera.com), (Erişim 18.11.2024). İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 17. Hukuk Dairesi, K. 2018/2187, (13 Aralık 2018): “...konkordato, borçlunun mallarının başında kalarak alacaklıların gerekli çoğunluğu tarafından kabul edilen ve mahkemece tasdik edilen konkordato projesine göre, alacaklıları daha iyi bir şekilde ve eşit koşullar altında tatmin etmeyi amaçlamaktadır.” (www.lexpera.com), (Erişim 18.11.2024). Öğreti için bkz., Dinç Doğan, *Eşit İşlem Yükümlülüğü*, 120, dn. 491'de anılan yazarlar.

⁹⁷ İsviçre Federal Mahkemesi iflas nedeniyle tasfiye sürecine giren bir şirket ile ilgili kararında “Bu durumda alacaklılar ... yasal öncelik sırasına uygun olarak eşit muamele hakkına sahiptir.” ifadesiyle yönetim kurulunun alacaklılara karşı eşit işlem yükümlülüğünün de bulunduğu dair görüş belirtmiştir. Federal mahkeme müflis şirketlerle ilgili yeni tarihli birçok kararında, yönetim kurulunun alacaklılara borç ödeme sırası, ödeme miktarı ve ödenen faiz oranını belirlerken mümkün olduğunca eşit davranması gerektiğine vurgu yapmıştır. Kararlar için bkz., BGE 5C 29/2000, 19.9.2000, D. 4b, aa; BGE 5A_750/2008, 24.2.2010, E. 2; BGE 135 III 513, s. 515, 3.1 (https://www.bger.ch), (Erişim 18.11.2024). Konuyla ilgili ayrıca bkz., Hans-Ueli Vogt, “Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe” *AJP/PJA*, 9, (2010), 1082, 1083.

ilkesi, yalnızca pay sahiplerine uygulanacak bir ilkedir. Ancak olması gereken hukuk yönünden üçüncü kişilerin de ilkeden yararlanması gerekir. Keza genel eşitlik anlayışına uygun olan, aynı durumda bulunan yalnızca pay sahiplerinin değil, tüm kişilerin eşit işleme tabi tutulmasıdır. Bu durum üçüncü kişilerin menfaatleri ile anonim şirketin menfaatinin karşı karşıya getirdiğinde, yönetim kurulunun özen yükümlülüğü kapsamında şirket menfaatine uygun hareket etme yükümlülüğü olduğundan, yönetim kurulu zaten şirket menfaatinin gerektirdiği şekilde hareket edecektir. Zira eşit işlem ilkesinden şirket menfaatinin gerektirdiği durumlarda sapılması da mümkündür. Şirket menfaati söz konusu olduğunda hak sahibinin pay sahibi, alacaklı veya yönetim kurulu üyesi olması önem taşımayacak, kurul takdir yetkisini şirket menfaatinin gerektirdiği yönde kullanacaktır. Yönetim kurulunun keyfi davranışıyla herhangi bir menfaat grubu arasında eşitsizliğe sebep olması, şirketin adil olmayan şekilde yönetildiği görüntüsü oluşturacaktır. Açıklanan nedenlerle, olması gereken hukuk yönünden, yönetim kurulunun üçüncü kişilere karşı da eşit işlem yükümlülüğü olması gerektiğini düşünüyoruz.

Sonuç

Mutlak ya da nispi şekilde uygulanabilen eşit işlem ilkesi, şirketler hukukunda geçerli bir üst kuraldır. Anonim şirketlerde eşit işlem ilkesi uygulanırken hangi ölçütün kullanılacağı, her bir pay sahipliği hakkı yönünden ya kanunda ya ana sözleşmede belirtilmiştir. TTK m. 357’de düzenlendiği şekliyle eşit işlem ilkesi, haklı sebepler bulunmadıkça eşit durumdaki pay sahiplerine eşit davranılması, onlara karşı keyfi işlem yapılmaması anlamına gelir. Yönetim kurulu ve genel kurul, eşit işlem ilkesinin gereği olarak eşit durumda bulunan pay sahipleri hakkında eşitliğe uygun kararlar almalı ve eşitliğe uygun davranışlarda bulunmalıdır. Bununla birlikte, yönetim kurulunun görevini yerine getiren yöneticiler, tasfiye memurları ve görev alanları kapsamında belirli konularda şirketi temsil edebilen kayımlar ile konkordato komiserlerinin de eşit işlem yükümlülüğü bulunur.

Eşit işlem ilkesi, TTK’nın anonim şirketlerle ilgili kısmında, “Genel Hükümler, Kuruluş ve Temel İlkeler” bölümü altındaki TTK m. 357’de düzenlenmesine karşın, yalnız pay sahiplerini koruyan bir ilkedir. Öğretide olması gereken hukuk yönünden yorum yapan birçok yazar, tıpkı TTK m. 357’nin gerekçesinde de belirtildiği gibi, ilkeye “*pay sahiplerini aşan ve tüm şirket ilgililerini (stakeholder) kapsayan bir boyut kazandırmak istemektedir.*” Bizim görüşümüz de bu yöndedir. Keza, olması gereken hukuk yönünden, yönetim kurulunun hem pay sahiplerine hem yönetim kurulu üyelerine hem de üçüncü kişilere karşı eşit işlem yükümlülüğünün bulunması gerekir. Yönetim kurulunun ve yöneticilerin yapacakları tüm işlemlerde eşit davranması gerekir. Yönetim kurulunun adil bir yönetim için uyması gereken eşit işlem yükümlülüğü zaten TTK m. 357’nin kapsamını aşmaktadır. Ancak pay sahibi olmayan kişilerin gördükleri eşit olmayan muamele nedeniyle eşit işlem ilkesine aykırılığı ileri sürebilmeleri için TTK m. 357’nin kapsamının genişletilmesi gerekir. Bu durum şirket menfaati için olumsuzluk teşkil etmez; zira yönetim kurulu öncelikle şirket menfaatine uygun davranmakla yükümlüdür. Şirket menfaatinin gerektirdiği halde, eşit işlem ilkesinden sapılması da mümkündür. Yönetim kurulunun şirket menfaati önceliği, eşit işlem ilkesinden yararlanan pay sahibi, yönetim kurulu üyesi ya da şirketin alacaklısı olmasına göre değişmeyecektir. Şirket menfaati söz konusu olduğunda hak sahibinin kim olduğu önem taşımayacak, bu kişi pay sahibi olsa da olmasa da yönetim kurulu takdir yetkisini şirket menfaatinin gerektirdiği yönde kullanacaktır. Yönetim kurulunun keyfi davranışıyla herhangi bir grup arasında eşitsizliğe sebep olması, şirket yönetiminde adaletsizlik söz konusu olacağından şirketin işleyişini de olumsuz etkileyebilir. Yönetim kuruluna herkese yönelik eşit işlem yükümlülüğü yüklemek, şirketin yalnızca iç ilişkide pay sahiplerine karşı değil, dış ilişkide de adil bir yönetim uygulayacağı anlamına gelir. Bu da şirketin itibarını ve sürdürülebilirliğini olumlu yönde etkileyecektir.

Eşit işlem ilkesinin pay sahipleri dışındaki kişiler için uygulanmasının zorunlu olmasının önündeki engel, TTK m. 357’nin lafzıdır. Gerekli değişiklik yapıldığı takdirde ilke yönetim kurulu üyelerine, yöneticilere ve üçüncü kişilere de uygulanmak zorunda olacaktır. Bu değişiklik TTK m 357’nin pay sahiplerine özgülenen bir eşit işlem ilkesi olarak değil, şirket organlarına eşit işlem yükümlülüğü

yükleyen bir ilke olarak düzenlenmesi şeklinde yapılabilir. Böyle bir düzenleme “Genel Hükümler, Kuruluş ve Temel İlkeler” başlığına da uygun olacaktır. İlkenin pay sahipleri dışındaki kişiler için uygulanamıyor olmasının sonucu, ilkeye aykırılığın yaptırımında kendini gösterir. Eşit işlem ilkesine aykırı yönetim kurulu kararlarına uygulanacak yaptırım, TTK m 391/1-a hükmü uyarınca butlandır. Ancak halihazırdaki düzenlemelerde eşit işlem ilkesi yalnızca pay sahiplerinin yararına düzenlendiği için, pay sahiplerinin haklarını ihlal eden yönetim kurulu kararları, eşit işlem ilkesine aykırılık taşıyorsa TTK m 391/1-a hükmü gereği batıl olacaktır. Bu kararlar yönetim kurulu üyeleri veya üçüncü kişilerin haklarını ihlal ediyorsa, kanunda düzenlenen yaptırım butlan olmadığından, TTK m. 553 uyarınca yönetim kurulunun sorumluluğuna yol açacaktır.

Kaynakça

- Akdağ Güney, Necla. "Yeni Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Tüzel Kişi Ortağın Yönetim Kurulunda Temsili". *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/2 (2011), 273-294.
- Akdağ Güney, Necla. "Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/3-4 (2014), 115-135.
- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*. Ankara: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Akın, Murat Yusuf – Yağmur, Setenay. "Türk Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesinin Uygulanması Açısından Objektif Kriter Kavramı". *Terazi Hukuk Dergisi* 13/144 (2018), 96-105.
- Akın, Murat Yusuf. *Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu*. İMKB, 2002.
- Any., Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Kanun No. 2709) *Resmî Gazete* 17863 (9 Kasım 1982). Erişim 1 Aralık 2024.
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
- Bahar Sayın, Hediye. *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2015.
- Bahar Sayın, Hediye. "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Toplantı Dışında Bilgi Alma Hakkının Konusu". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 124/Mayıs Haziran (2016), 485-496.
- Bahar Sayın, Hediye. "Yönetim Kurulu Üyelerinin Kişisel Haklarının Kurul Kararı ile İhlal Edilmesi ve İlgili Kararların Butlanı". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Akar Öcal Armağanı* 2/3 (2016), 201-210.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2024.
- Baş, Kadir. "Anonim Şirketlerde Belirli Bir Pay Sahibi Grubu Tarafından Aday Gösterilen Yönetim Kurulu Üyelerine Veto Hakkı Tanınabilir Mi?" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29/2 (2023), 1273-1291.
- Bilgin, Esra Pınar. "Anonim Ortaklıklar Hukukunda Eşit İşlem İlkesi ve İlkeye Aykırılığın Yaptırımları". *Banka ve Finans Hukuku Dergisi* 5/19 (2016), 997-1019.
- Böckli, Peter. *Schweizer Aktienrecht*. Schulthess Verlag, 2009.
- Burckhardt, Christoph. *Loyalitätsaktien im schweizerischen Recht de lege lata und de lege ferenda*. Dike Verlag, 2023.
- Dinç Doğan, Habibe. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Eşit İşlem Yükümlülüğü*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Directive (EU) 2017/1132 of The European Parliament and of The Council (14 Haziran 2017) Erişim 1 Aralık 2024.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=%20CELEX:32017L1132>
- Dural, Mustafa – Öğüz, Tufan. *Kişiler Hukuku Cilt II Gerçek ve Tüzel Kişiler*. Ankara: Filiz Kitabevi, 2022.
- Eminoğlu, Cafer. *Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2014.
- Eminoğlu, Cafer. "Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından "Eşit Şartlarda Eşit İşlem" İlkesi". *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku (TFM) Dergisi* (2015), 79-87.

- Erdem, Ercüment. "Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi". *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri* (2009), 393-407.
- Erdem, Nuri. *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi*. Ankara: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Eroğlu, Muzaffer. "Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem". *Legal Hukuk Dergisi* 12/136 (2014), 31-71.
- eSerPK, Sermaye Piyasası Kanunu (Kanun No. 2499) *Resmî Gazete* 17416 (30 Temmuz 1981) Erişim 1 Aralık 2024.
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2499.pdf>
- eTTK, Türk Ticaret Kanunu (Kanun No. 6762) *Resmî Gazete* 9353 (9 Temmuz 1956). Erişim 1 Aralık 2024.
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/5.3.6762.pdf>
- Fernando, A. C. *Corporate Governance Principles, Policies and Practices*. India: Pearson, 2011.
- Forstmoser, Peter vd. *Schweizerisches Aktienrecht*. St. mpfli Verlag AG, 1996.
- Gerekçe, Türk Ticaret Kanunu (6102) Madde Gerekçeleri. Erişim 1 Aralık 2024.
<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri/1>
- Götze, Cornelius. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 1: §§ 1-75*. C.H. Beck, 6. Auflage, 2024.
- Gürbüz Gökberk, İdil Nur. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Bakımından Eşit İşlem İlkesi*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 1. Basım, 2020.
- Hueck, Götz. *Der Grundsatz der Gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*. München und Berlin: 1958.
- Huguenin Jacobs, Claire. *Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht*. Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994.
- Hüffer, Uwe – Koch, Jens. *Aktiengesetz Beck'sche Kurz-Kommentare Band 53*. Verlag C.H. Beck oHG, 2024.
- İİK, İcra ve İflas Kanunu (Kanun No: 2004) *Resmî Gazete* 2128 (19 Haziran 1932) Erişim 1 Aralık 2024.
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.2004.pdf>
- Karahan, Sami. *Anonim Şirketlerde Tasfiye*. Konya: Mimoza Yayıncılık, 1998.
- Karasu, Rauf. "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 23/2 (2005), 73-114.
- Karayalçın, Yaşar. "İsviçre Borçlar Kanunu'nda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler". *BATİDER* 17/1 (1993), 5-48.
- Kendigelen, Abuzer. "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında İntifa Senetleri" *BATİDER* 25/2 (2009), 57-72.
- Kırca, İsmail vd. *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1. Basım, 2013.
- Kortunay, Ayhan. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 1. Basım, 2015.
- KYİ, Sermaye Piyasası Kurulu, Kurumsal Yönetim İlkeleri. *Resmî Gazete* 28158 (30 Aralık 2011) Erişim 1 Aralık 2024.
<https://spk.gov.tr/kurumsal-yonetim-ilkeleri>

- Mayer, Bernd R. - Albrecht vom Kolke, Michael (Ed. Wolfgang Hölters - Markus Weber). *Aktiengesetz: AktG Kommentar*. Verlag C.H. Beck oHG, 2022.
- Moroğlu, Erdoğan. *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2020.
- Müller, Roland vd. *Der Verwaltungsrat Ein Handbuch für Theorie und Praxis*. Schulthess, 2021.
- Nomer, Füsün. “Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi”. *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan* (1998), 469-490.
- Nomer, Füsün. *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999.
- Oğuzman, Kemal vd. *Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler*. Ankara: Filiz Kitabevi, 2011.
- Omağ, Merih Kemal. “Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi”. *Hukuk Araştırmaları Dergisi* 1 (1986), 1-8.
- Özer, Işık. *Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Özkorkut, Korkut. *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali*. Ankara, 1996.
- Paslı, Ali. *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance)*. Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Pulaşlı, Hasan. “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18/2 (2012), 587-600.
- SerPK, Sermaye Piyasası Kanunu (Kanun No: 6362) *Resmî Gazete* 28513 (30 Aralık 2012) Erişim 1 Aralık 2024.
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6362.pdf>
- Şahin, Ayşe. *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi*. Ankara: Vedat Kitapçılık, 2013.
- TDK Güncel Türkçe Sözlük. Erişim 28 Eylül 2024. <https://sozluk.gov.tr/>
- Tekil, Fahiman. “Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi”. *Argumentum Aylık Hukuk Dergisi* 17 (1991), 258.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. Ankara: Vedat Kitapçılık, 5. Basım, 2020.
- Tekinalp, Ünal vd. *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*. Ankara: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tekinalp, Ünal vd. *Ortaklıklar Hukuku I*. Ankara: Vedat Kitapçılık, 15. Basım, 2021.
- Tekinalp, Ünal vd. *Ortaklıklar Hukuku II*. Ankara: Vedat Kitapçılık, 14. Basım, 2019.
- TTK, Türk Ticaret Kanunu (Kanun No: 6102) *Resmî Gazete* 27846 (14 Şubat 2011). Erişim 1 Aralık 2024.
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/5.3.6762.pdf>
- Uçar, Sercan. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Azli*. Ankara: Adalet Yayınları, 2023.
- Verse, Dirk A. *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften*. Mohr Siebeck, 2006.
- Vogt, Hans-Ueli. “Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe”. *AJP/PJA* 9 (2010), 1075-1099.
- Weber, Markus. (Ed. Wolfgang Hölters - Markus Weber). *Aktiengesetz: AktG Kommentar*. Verlag C.H. Beck oHG, 2022.

Wedemann, Frauke. *Zum Grundsatz der Gleichberechtigung aller Vorstandsmitglieder*. AG, 2023.

Yağmur, Setenay. *Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 1. Basım, 2020.

Yıldız, Şükrü. *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık 1. Basım, 2004.

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

Alternatif Yargısal Denetim Modeli Olarak Zayıf Form Yargısal Denetimin Uygulamadaki Örnekleri

Examples of Weak-Form Judicial Review in Practice as an Alternative Judicial Review Model

Nurullah Görgeç

İstanbul Medeniyet Üniversitesi,
İstanbul, Türkiye,
gorgentr@hotmail.com,
ror.org/05j1qpr59



Öz: Yargısal denetim (anayasa yargısı) kavramı, türleri ve uygulanma alanları, Türk ve dünya literatüründe kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Ancak, tartışmaların genellikle yargısal denetim modellerinden biri olan güçlü form yargısal denetimi üzerinde yoğunlaştığı söylenebilir. Bu nedenle, bu makalenin amacı, literatürde yeterince incelenmemiş alternatif bir model olan zayıf form yargısal denetimini analiz etmektir. Zayıf form yargısal denetimi, anayasal konulardaki uyuşmazlıklarda nihai karar merciinin yasama organı olduğu bir yargısal denetim türüdür. Bu model, Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde benimsenmiş olup, güçlü form yargısal denetimine yöneltilen eleştirilere (meşruiyet sorunu, demokrasiyle uyumsuzluk, yargısal aktivizm vb.) bir alternatif olarak öne çıkmaktadır. Bu makalede, zayıf form yargısal denetim modelinin uygulamadaki örneklerini göstermek amacıyla, söz konusu modeli benimseyen Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda hukuk sistemleri incelenecektir. Bu ülkelerin seçilmesinin bir diğer nedeni, zayıf form yargısal denetimin üç farklı alt türünün bu ülkelerde uygulanıyor olmasıdır. Ayrıca, makalede yargısal denetim kavramı, yargısal denetim modellerinin yeniden sınıflandırılması, güçlü form yargısal denetime yöneltilen eleştiriler ve zayıf form yargısal denetimin avantajları da ele alınacaktır. Böylece, öğretilere göre az bilinen zayıf form yargısal denetim modeli kapsamlı bir şekilde açıklanacaktır. Sonuç olarak, bu makale hem teorik çerçevede hem de uygulama örnekleri üzerinden zayıf form yargısal denetimini ele alarak, bu modelin mevcut yargısal denetim modelleri (Amerikan tipi ve Avrupa tipi) dışında, bağımsız bir yargısal denetim modeli olarak değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Zayıf Form Yargısal Denetim, Yargısal Denetim, Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda

Geliş Tarihi/Received: 16.01.2025
Kabul Tarihi/Accepted: 02.03.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
22.05.2025

Abstract: The concept, types, and areas of application of judicial review (constitutional adjudication) have been extensively examined in both Turkish and global literature. However, it can be said that discussions have generally focused on strong-form judicial review, which is one of the models of judicial review. Therefore, the aim of this article is to analyze an alternative model that has not been sufficiently studied in the literature: weak-form judicial review. Weak-form judicial review is a type of judicial review in which the legislature has the final authority in constitutional disputes. This model has been adopted in countries such as Canada, the United Kingdom, and New Zealand and is presented as an alternative to strong-form judicial review, which has been criticized for issues such as legitimacy concerns, incompatibility with democracy, and judicial activism. In this article, the legal systems of Canada, the United Kingdom, and New Zealand will be examined to illustrate practical examples of the weak-form judicial review model. Another reason for selecting these countries is that three different subtypes of weak-form judicial review are applied in their legal systems. Additionally, the article will discuss the concept of judicial review, the reclassification of judicial review models, criticisms directed at strong-form judicial review, and the advantages of weak-form judicial review. Thus, the relatively lesser-known weak-form judicial review model will be comprehensively explained. Ultimately, by addressing weak-form judicial review both in theoretical terms and through practical examples, this article aims to demonstrate that this model should be considered an independent judicial review model, distinct from the existing American and European models.

Keywords: Weak-Form Judicial Review, Judicial Review, Canada, The United Kingdom, and New Zealand

Extended Abstract

The concept of judicial review (constitutional adjudication), its types, and areas of application have been extensively discussed in the literature. Specifically, the strong form of judicial review and its two subtypes, the European model and the American model of judicial review, are often examined. This article, however, will focus on an alternative model to these two subtypes of strong judicial review, known as weak-form judicial review, and particularly on the countries that implement this model in practice. While it is debated whether weak-form judicial review constitutes a genuine judicial review model, this article argues that it is indeed a judicial review model and has been applied in practice in countries like Canada, New Zealand, the United Kingdom, and Australia. To substantiate this claim, the article first examines the concept of judicial review. It addresses the definition and characteristics of judicial review models, explaining through existing literature why weak-form judicial review should be recognized as a valid model.

In particular, the classification of judicial review models takes a different approach in this study. Judicial review is first divided into two categories: strong-form judicial review and weak-form judicial review. Within this framework, the widely recognized European and American models of judicial review are categorized as subtypes of the strong-form model. Additionally, the characteristics of strong-form judicial review are discussed. Subsequently, the article delves into the definition, emergence, dissemination across other countries, and distinctive features of weak-form judicial review.

The article emphasises that the weak-form judicial review model has four fundamental characteristics. First, the presence of a codified and legally formalized bill or declaration of rights is required. Such a declaration or bill does not need to have constitutional status. The second characteristic is the mandatory rights review of a bill by political bodies before it becomes law. Before a bill is debated in parliament, the executive branch (typically through a minister) evaluates whether the bill complies with the bill or declaration of rights and provides a report or statement on this matter. The third feature of weak-form judicial review is the authority of judicial courts to review the norms established by the legislative body. This stage resembles the review process in strong-form judicial review. The fourth characteristic of this model is that, in judicial review, the legislative body retains the authority to make the final decision with an ordinary majority. In other words, after the judiciary's review, the legislative body is authorized to decide, by a simple majority, whether the legislative norm aligns with the declaration or bill of rights or whether any rights have been violated.

To understand why countries that apply weak-form judicial review have opted for this model instead of strong-form judicial review, criticisms of the strong-form model are analyzed. In particular, the weak-form judicial review model emerged as a result of deliberate rejection of the characteristics of the strong-form model with the adoption of the 1982 Canadian Constitution. Countries like New Zealand and the United Kingdom later followed suit. To understand why these countries chose this path, the article evaluates criticisms of the strong-form model and the advantages of weak-form judicial review. The discussion then shifts to the criteria that could define whether the model is deemed successful in practice. The article argues that the weak-form judicial review model has been effectively implemented in the countries where it is applied, providing effective protection for rights.

The article then addresses its main objective, which is to analyze the practical application of weak-form judicial review. To do so, it examines the countries where this model is applied, particularly focusing on examples from Canada, the United Kingdom, and New Zealand to illustrate the variations in how weak-form judicial review is implemented across these nations. The article further asserts that, like the strong-form judicial review, the weak-form judicial review does not have a single type but consists of various subtypes with differing implementations in practice. It categorizes the weak-form judicial review model into three subtypes, ranking them from the strongest to the weakest: the Canadian model,

the British model, and the New Zealand model. In this context, the article provides a detailed analysis of the implementation of these three subtypes in Canada, the United Kingdom, and New Zealand.

While doing so, it discusses the shared characteristics of weak-form judicial review and why these countries can be grouped under this model. Specifically, it identifies four fundamental features of weak-form judicial review that are present in all three countries and analyzes how they differ from strong-form judicial review. Additionally, it examines the aspects in which these countries diverge and why they are considered three distinct subtypes of the weak-form model.

In conclusion, the article emphasizes that the weak-form judicial review model should be recognized as a new mechanism of judicial review distinct from the strong-form model. To support this view, it not only provides a theoretical explanation of this alternative model but also demonstrates its practical existence by showing how its different subtypes are implemented in countries like Canada, the United Kingdom, and New Zealand.

Giriş

Yargısal denetim kavramı ve yaygın olarak kabul edilen yargısal denetim modelinin iki türü olan Avrupa tipi ve Amerikan tipi yargısal denetim, akademik alanda geniş ölçüde ele alınmıştır. Bu makalede bu iki yargısal denetim modeline alternatif bir model olan zayıf form yargısal denetimi ve özellikle uygulamada bu modeli kullanan ülkeler ele alınacaktır. Zira zayıf form yargısal denetim modelinin gerçek anlamda bir yargısal denetim modeli olup olmadığı tartışmalı olmakla beraber bu makale zayıf form yargısal denetim modelinin bir yargısal denetim modeli olduğu ve Kanada, Yeni Zelanda, Birleşik Krallık ve Avusturalya gibi ülkelerde pratikte uygulandığını iddia etmektedir.¹ Bu makale bu iddiasını kanıtlamak için öncelikle yargısal denetim kavramını ele almaktadır. Yargısal denetim kavramının tanımını ve özelliklerini ele alarak zayıf form yargısal denetim modelinin neden kabul edilmesi gerektiğini var olan literatürle açıklamaya çalışmaktadır. Özellikle yargısal denetim modellerini sınıflandırmada farklı bir yola başvurmaktadır. Öncelikle yargısal denetimi güçlü form yargısal denetim ve zayıf form yargısal denetim olarak ikiye ayırmaktadır. Bu kapsamda literatürde yaygınca kabul edilen Avrupa tipi ve Amerikan tipi yargısal denetim modellerini güçlü form yargısal denetim modelinin alt türleri olarak sınıflandırmaktadır. Yine bu bağlamda güçlü form yargısal denetimin özellikleri ele alınmıştır. Daha sonra zayıf form yargısal denetim modelinin tanımı, ortaya çıkış ve diğer ülkelere yayılma süreci ve modelin ayırt edici özellikleri ele alınmıştır.

Zayıf form yargısal denetim modelini pratikte uygulayan ülkelerin güçlü form yargısal denetim yerine bu modeli kabul etmelerinin nedenlerini anlayabilmek için güçlü form yargısal denetim modeline yapılan eleştiriler ele alınmaktadır. Öyle ki 1982 yılında Kanada Anayasası ile ortaya çıkan bu model, Kanada tarafından bilinçli bir şekilde güçlü form yargısal denetim modelinin özelliklerinin reddedilmesi sonucu olarak yeni bir yargısal denetim modeli olarak literatüre girmiştir. Bunu Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık gibi ülkeler takip etmişlerdir. Bu ülkelerin böyle bir yolu tercih etmelerindeki amacı anlamak için bu makale güçlü form yargısal denetim modeline yapılan eleştiriler ve zayıf form yargısal denetimin avantajlarını ele almaktadır. Daha sonra bu zayıf form yargısal denetim modelini uygulayan ülkeleri ele almadan önce modelin uygulamada başarılı kabul edilebilmesi için ne tür kriterlerin olabileceği tartışılmaktadır. Zira bu makale zayıf form yargısal denetim modelinin uygulandığı ülkelerde başarılı bir şekilde çalıştığını yani hakların korunmasında etkin bir koruma sağladığını iddia etmektedir. Daha sonra makale asıl amacı olan uygulamada zayıf form yargısal denetimi ele almaktadır. Bunun için zayıf

¹ Mark V. Tushnet (ed.), *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2008); Stephen Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism: theory and practice* (Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2013); Stephen Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law* 8/2 (01 Nisan 2010), 167-206; Stephen A. Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *American Journal of Comparative Law* 49 (2001), 707; Mark V. Tushnet, "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - And Democracy-Based Worries", *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* 38 (2003), 813.

form yargısal denetimin uygulandığı ülkeler ve özellikle bu ülkeler arasında zayıf form yargısal denetimin farklı türlerinin uygulanışlarını gösterebilmek için Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda örneklerini ele almaktadır. Zira bu makale şunu da iddia etmektedir: zayıf form yargısal denetimin güçlü form yargısal denetim olduğu gibi birden fazla türü vardır. Bu modelin farklı şekilde uygulanan alt türleri olduğu tartışılmaktadır. Makale zayıf form yargısal denetim modelini üç alt türe ayırmaktadır. Buna göre bu modelin en güçlü türünden en zayıf türünü sıralama şu şekildedir: Kanada modeli, Birleşik Krallık modeli ve Yeni Zelanda modeli. Böylece bu makale yargısal denetimi sınıflandırmayı aşağıdaki gibi yapmaktadır.

Tablo 1: Yargısal Denetim Modelleri

Güçlü form yargısal denetim modeli	Zayıf form yargısal denetim modeli
1.Amerikan modeli 2.Avrupa modeli	1. Kanada modeli 2. Birleşik Krallık modeli 3.Yeni Zelanda modeli

Bu bağlamda makale, bu üç türün uygulandığı ülkeler olan Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda'yı detaylı şekilde ele almaktadır. Bunu yaparken zayıf form yargısal denetimin ortak özellikleri ele alınarak neden bu ülkeleri zayıf form yargısal denetim modeli altında gruplandırabileceği tartışılmaktadır. Özellikle zayıf form yargısal denetimin temel özelliklerinin bu üç ülkede de olduğu ve hangi açılardan güçlü form yargısal denetimden farklı oldukları ele alınmaktadır. Ayrıca bu ülkeleri incelerken kendi aralarında hangi özellikleri bakımından farklılaştıkları ve neden onların üç farklı alt model olarak kabul edildiği ele alınmaktadır.

I. Yargısal Denetim Modelleri

A. Yargısal denetim ve güçlü form yargısal denetim

Yargısal denetim (anayasa yargısı, anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, anayasal denetim ya da anayasal yargı)² bir ulusal mahkeme ya da mahkeme benzeri bir organın, ülkenin anayasasıyla çelişen normları, geçersiz kılma ya da iptal etme yetkisine sahip olmasıdır³. Bu tanımda dikkat edilmesi gereken, anayasal denetimin yargı organı tarafından gerçekleştirilmesidir. Genellikle, yargısal denetimin varlığı için ön koşul olarak ülkede kodifiye edilmiş, üstün ve katı bir anayasa olması gerektiği vurgulanmıştır⁴. Bu bağlamda, yargı organı, mahkeme veya mahkeme benzeri kurumlar, yasalar ve diğer normları kodifiye edilmiş, üstün ve katı bir anayasaya göre uygunluğunu incelemektedirler ve bir uyumsuzluk görürse ilgili yasa veya normları geçersiz veya iptal etmek için yetkilerini kullanmaktadırlar.

Bu tanıma uygun şekilde genellikle yargısal denetimin iki yaygın türü olduğu kabul edilmiştir: Avrupa tipi yargısal denetim (Kelsen modeli, merkezileşmiş yargı modeli) ve Amerikan tipi yargısal denetim

² Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar* (Ankara: Seçkin, 2023), 773; İbrahim Ö Kaboğlu, *Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye* (İstanbul: Platon Hukuk Yayınevi, 2024), 13; Ergun Özbudun, *Türkiye'de demokratikleşme süreci: anayasa yapımı ve anayasa yargısı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024), 123; Hasan Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı(Denetim Kapsamı ve Organları)* (Yetkin Yayınları, 1997); Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (Bursa: Ekin Basım Yayın, 2024), 438.

Yargısal denetim için birçok terim kullanılmakla beraber, biz bu makalede "yargısal denetim" terimini kullanacağız.

³ Tom Ginsburg - Mila Versteeg, "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?", *Journal of Law, Economics, and Organization*, Forthcoming Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-29, (02 Eylül 2013), 4.

⁴ Janet L. Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?", *Modern Law Review* 69/1 (Ocak 2006), 7; Stephen Gardbaum, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'? A Reply to Aileen Kavanagh", *International Journal of Constitutional Law* 13/4 (Ekim 2015), 707-708; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 377; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 440; Erdal Onar, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizdeki Öncüler* (AÜHF Yayınları, 2003), 93; Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı(Denetim Kapsamı ve Organları)*, 19-25; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Yargısı* (Ankara: Yetkin, 2020), 85-86.

(Yaygınlaştırılmış yargı modeli). Yine bazı akademisyenler bu iki türün bazı özelliklerini taşıyan sistemleri karma veya hibrit yargısal denetim olarak üçüncü bir yargısal denetim modeli kabul etmişlerdir⁵.

Ancak özellikle son kırk yılda bu iki yargısal denetim dışında yeni bir yargısal denetim modeli olduğu iddia edilmiştir: Zayıf form yargısal denetim⁶. Bu modelin yeni bir yargısal denetim model olduğunu iddia edenler yukarıda ele alınan yargısal denetim kavramının tanımının yetersiz olduğunu vurgulamışlardır. Bu bağlamda yargısal denetim şöyle tanımlanmaktadır: ele alınan kanun ve diğer normların anayasaya ya da anayasa hükümlerine uygunluğunun denetimi ve normlar ile anayasa maddeleri arasında bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda bu uyumsuzluğun tespiti ve yapılması veya normun geçersiz kılınmasına dair yargısal bir süreçtir⁷. Burada vurgulanması gereken nokta anayasal bir konuyla ilgili normun yargısal denetim işlemi yapan organ yalnızca yargı organı olan mahkeme veya mahkemeler değildir. Devletin diğer organları da bu yargısal denetim sürecine dahil olabilmektedirler.

Yine benzer şekilde zayıf form yargısal denetim, kodifiye, üstün ve katı bir anayasanın varlığının yargısal denetim için ön koşul olduğunu da kabul etmez. Yargısal denetim yapabilmek için normlar hiyerarşinin en üstünde üstün, kodifiye ve katı bir anayasa metninin yer alması ve normların ancak bu anayasa metniyle uyumlu olup olmadığını denetlenebilmesi ve değilse geçersiz kılınabileceğine dair yargısal denetim zayıf form yargısal denetimi kabul eden akademisyenler için geçerli değildir⁸. Bu ancak yargısal denetimini bir türü olan güçlü form yargısal denetim modelini kapsayacak bir özelliktir. Bu bağlamda, zayıf form yargısal denetimde üstün ve katı bir anayasa gerekliliği yoktur. Hakların korunması dahil olmak üzere yargısal denetimin fonksiyonların hepsi ülkenin hukuk sisteminde var olan bir anayasa veya anayasal hakları gösteren bir beyanname veya bildirgenin varlığıyla gerçekleştirilmektedir⁹.

Güçlü form yargısal denetim, anayasal konularda var olan uyumsuzluklarla ilgili denetimi ve son kararı veren organın yargı organı(mahkeme) olduğunu vurgulayan yargısal denetim modelidir. Bu kapsam da güçlü form yargısal denetim de yargı üstünlüğü öne çıkar ve anayasal konularda sorunu ve konuyla ilişkili anayasa metninin ne anlama geldiğini tespit etmede ve sonrasında uyumsuzluğu çözmede yetkili

⁵ Yargısal denetimin Avrupa ve Amerikan modellerinin özellikleri, gelişimleri ve çeşitli açılardan karşılaştırmaları için bkz. Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*, 783-799.

⁶ Zayıf form yargısal denetim diğer yargısal denetim modellerine göre yeni bir model olmasından kaynaklı literatürde farklı isimlerle anılmaktadır: zayıf form yargısal denetim (*weak-form judicial review*), zayıf yargısal denetim (*weak judicial review*), ikinci bakış modeli (*the second look model*), parlamento haklar bildirgesi modeli (*the parliamentary bill of rights model*), diyalog modeli (*the dialogue model*) veya demokratik diyalog modeli (*the model of democratic dialogue*), diyalogsal yargısal denetim (*dialogic judicial review*), hibrit yaklaşım (*hybrid approach*), Yeni İngiliz milletler topluluğu modeli (*the new Commonwealth model*) ve Westminster Dünya (*Westminster World*). Bu makalede güçlü form yargısal denetime alternatif olması nedeniyle zayıf form yargısal denetim terimini kullanmayı tercih ettim. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*; Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights"; Alison L. Young, *Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act* (Oxford ; Portland, Or: Hart Publishing, 2009); Kent Roach, "Dialogic Judicial Review and Its Critics", *Supreme Court Law Review* 23 (2004), 49; J. Goldsworthy, "Homogenizing Constitutions", *Oxford Journal of Legal Studies* 23/3 (01 Eylül 2003), 483-505; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*; David Erdos, *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World* (Oxford University Press/Oxford, 2010); Jeremy Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal* 115/6 (2006), 1346; Steven G. Calabresi, *The History of Growth of Judicial Review v. 1* (New York: Oxford university press, 2021), 28.

⁷ Yaniv Roznai, "Introduction: Constitutional Courts in a 100-Years Perspective and a Proposal for a Hybrid Model of Judicial Review", *ICL Journal* 14/4 (23 Şubat 2021), 355; Marie-Luce Paris, "Setting the scene: elements of constitutional theory and methodology of the research", *Rights-Based Constitutional Review*, ed. John Bell - Marie-Luce Paris (Edward Elgar Publishing, 2016), 2-3.

⁸ Genellikle bu tür bir anayasayı kabul edenler şekli bir anayasacılık kavramını kabul ederler. Bu anlamda Hans Kelsen'in normlar hiyerarşisine atıfta bulunurlar. Bu doğrultuda Kelsen var olan hukuk düzeninde birden fazla hukuk normu olduğunu ve bu normlar arasında bir hiyerarşi olduğunu vurgulamıştır. Bu hiyerarşinin en üstünde anayasa diye kabul edebileceğimiz *Grundnorm* adı verilen temel norm bulunmaktadır. Bu normlar hiyerarşisinde alt norm üst norma tabidir. Üst norma aykırı olan alt norm genellikle mahkemeler tarafından iptal edilir. Daha fazla bilgi için: Hans Kelsen, "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, (1941), 44.

⁹ Öyle ki kimi akademisyenler Anayasayı oldukça farklı şekilde tanımlamışlardır Tushnet'e göre "Anayasa tek bir belge veya anayasal öneme sahip olduğu anlaşılan bir dizi belge olabilir; hatta bunlardan bazıları yargı kararları olabilir" Douglas Tomlinson, "Dialogue of the Deaf: A Comparative Legislative Analysis of Weak-Form Judicial Review", *Seton Hall Journal of Legislation and Public Policy* 46/1 (24 Mart 2022), 18; Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 19.

organ mahkemelerdir¹⁰. Bu yargısal denetim modelinde mahkeme normların anayasaya uygunluğunu normun üstün, kodifiye ve katı bir anayasa metniyle uyumlu olup olmadığına göre ele alacaktır. Mahkeme normun bu tür bir anayasayla uyumlu veya uyumsuz olduğuna karar verebilmektedir. Eğer uyumsuz olduğuna karar verirse normu geçersiz kılacaktır. Burada önemli olan güçlü form yargısal denetimde denetimi yapan mahkemenin kararının nihai karar olduğu ve genellikle taraflar ve devletin diğer organlarını (yasama, yürütme ve yargı organları da dahil) bağlamasıdır¹¹. Bu kapsamda taraflar ve diğer kurum ve aktörler mahkeme kararlarına uymak zorundadırlar¹². Buna göre, güçlü form yargısal denetimin en önemli ayırt edici özelliğinin anayasal konularda yaşanan uyuşmazlıklarda mahkemelerin kararlarının kesin ve bağlayıcı olması ve bu kararların yasama organı tarafından basit çoğunlukla değiştirilememesidir¹³.

Güçlü form yargısal denetimin üç temel özelliği vardır. Birinci olarak, temel hak ve özgürlükleri ele alan normları sıradan kanunlardan daha üstün bir norm olarak kabul edilmelidir. Yani bu normlara anayasal bir statü verilmesi gerekmektedir. İkinci olarak, yasama organının temel hakları içeren bu anayasayı sıradan çoğunlukla değiştirmesi veya yürürlükten kaldırmasına izin verilmemelidir. Son olarak, diğer normların anayasa veya anayasa hükümleriyle uyuşmadığı durumlarda bu uyumsuzluğu kaldırabilecek bir yargı organının varlığı gereklidir¹⁴. Başka bir deyişle, mahkemelere normların anayasayla uyumsuzluğunun denetimini yapma yetkisi vererek gerektiğinde normu geçersiz kılarak anayasanın üstünlüğünü uygulamasını sağlayacak bir mekanizma kurulmalıdır. Bu bağlamda önemle vurgulanmalıdır ki yasama organı sıradan çoğunlukla mahkeme kararını denetleme yetkisi de olmamalıdır¹⁵. Yine mahkemenin kararı bu kapsamda (en azından kısa vadede) kesin ve bağlayıcıdır.

B. Zayıf form yargısal denetim

Zayıf form yargısal denetim modeli 1982 yılında Kanada’da kabul edilen Anayasa ile ortaya çıktığı ifade edilmektedir¹⁶. Bu model de anayasal bir hususta var olan bir uyuşmazlıkta son karar verici mercii yargı organı değil yasama organıdır. Denetlenen normun denetime söz konusu olan anayasal belge arasında uyuşmazlığı belirleme sürecinde güçlü form yargısal denetim modelindeki gibi sadece yargı organı söz sahibi değildir. Aksine yasama organının da süreçte etkin bir rolü vardır ve teorik olarak son sözü söylemeye yetkili organ da yasama organıdır¹⁷. 1982 Anayasası kapsamında bulunan Kanada Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi’nin (*Canadian Charter of Rights and Freedoms, KHÖB*) 33.maddesine göre, ülkenin federal ve eyalet yasama organlarının sıradan çoğunlukla normların anayasaya uygunluğu denetimi yapan Kanada Yüksek Mahkemesi’nin ilgili kararını beş yıl süresince askıya alma yetkileri vardır. Böylece anayasal bir konuda son sözü yargı organı olan mahkeme değil ülkenin federal veya yerel yasama organı söyleyecektir. Bu yeni yaklaşım zayıf form yargısal denetim modelinin ortaya çıkmasına neden olduğu ifade edilmektedir. Kanada’nın ardında Yeni Zelanda, Birleşik Krallık ve Avustralya gibi *Common Law*¹⁸ sistemine tabi ülkelerin bazıları zayıf form yargısal denetim modelini aralarında bazı farklıklar olmakla birlikte benimsemişlerdir.

¹⁰ Mark Tushnet, “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review* 101/8 (01 Ağustos 2003), 2784.

¹¹ Frederick Schauer - Larry Alexander, “On Extrajudicial Constitutional Interpretation”, *Harvard Law Review* 7 (1997), 1361-1362.

¹² Stephen Gardbaum, “What is judicial supremacy?”, *Comparative Constitutional Theory*, ed. Gary Jacobsohn - Miguel Schor (Edward Elgar Publishing, 2018), 24.

¹³ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 33; Aileen Kavanagh, “What’s so Weak about ‘Weak-Form Review’? The Case of the UK Human Rights Act 1998”, *International Journal of Constitutional Law* 13/4 (Ekim 2015), 1011.

¹⁴ Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 707-708.

¹⁵ Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 718; Gardbaum, “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 169. Şunu da belirtmek gerekir ki sıradan çoğunluktan fazla olan nitelikli çoğunlukla anayasanın değiştirilmesi bu model de mümkündür.

¹⁶ Tushnet, “Alternative Forms of Judicial Review”, 2784-2785.

¹⁷ Calabresi, *The History of Growth of Judicial Review v. 1*, 29-30.

¹⁸ *Common law*’ın dilimizde karşılığı olarak Teamül Hukuku, Örfi Hukuk, Örf ve Adet Hukuku, Ortak Hukuk, Anglo Sakson Hukuk gibi terimler kullanılmakla beraber, bu terimlerin *Common Law*’ı yeteri ölçüde açıklamadığını düşündüğümüz için *Common Law* terimini doğrudan kullandık. *Common Law* kısaca hakimlerin oluşturulduğu hukuk sistemi olarak tanımlanabilir. İngiltere

Zayıf form yargısal denetim, güçlü form yargısal denetim modelinde var olan mahkemelerin anayasal konularda kesin ve bağlayıcı kararlar veremediği anayasal denetim modeli olarak tanımlanabilir¹⁹. Bu yargısal denetim modelinde, anayasal konulardaki uyuşmazlıkta son kararı veren makam yasama organıdır. Başka bir deyişle yargısal denetim sürecinde mahkemelerin rolü olmasına rağmen güçlü form denetim modelinin aksine kararları kısa vade de bağlayıcı ve kesin değildir. Yani yargının zayıf bir denetimi söz konusudur. Yasama organı sıradan çoğunlukla mahkeme kararlarına uymama veya onları geçersiz kılma yoluna başvurabilmektedir²⁰.

Zayıf form yargısal denetim modelinin dört temel özelliği vardır. İlk olarak kodifiye edilmiş ve yasal hale getirilmiş bir haklar bildirgesi veya beyannamenin varlığı gereklidir. Bu tür bir beyanname veya bildirge anayasa statüsünde olmak zorunda değildir. Aşağıda ayrıntılı ele alınacağı gibi bazı ülkelerde kanun statüsünde de olabilmektedir²¹. Başka bir deyişle haklar bildirgesi veya beyannamesi kanun veya anayasa statüsünde olabilir. Örneğin, bu tür haklar bildirelerini içeren Birleşik Krallık'taki İnsan Hakları Yasası (*the Human Rights Act of 1998*, İHY) ve Yeni Zelanda'daki Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi Yasası (*the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, YZHB) anayasa statüsünde değil yasa statüsündedirler²². Aşağıda detaylı olarak uygulamada göreceğimiz gibi bu beyanname veya bildireler kanun ve anayasa arasında bir konumdur. Bu bağlamda zayıf yargısal model bu bildirge veya beyannamelerin anayasa statüsünde olmasını reddeder ve ikisi arasında bir konumda olduğunu vurgulamaktadır²³. Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda'da teoride yasa olarak kabul edilen haklar bildireleri pratikte bu görüşü destekleyecek şekilde farklı konumdadırlar. Burada önemli olan bu tür beyanname veya bildirelerin *Common Law*'ın geleneksel koruma yöntemi olarak kabul edilen geleneksel metotlardan farklı şekilde yasalaşmış ve kodifiye edilmiş olmasıdır²⁴.

İkinci özellik ise kanun tasarısının yasalaşmadan önce siyasi organlar tarafından zorunlu bir hak denetimine tabi tutulmasıdır. Kanun tasarısı parlamentoda tartışılmadan önce yürütme organınca (genellikle bir bakan aracılığıyla) kanun tasarısının haklar beyannamesi veya bildirgesi ile uyumlu olup olmadığını ele alır ve bununla ilgili bir rapor veya beyanatta bulunur. Yasama organına sunulan bu rapor veya beyanatta, kanun tasarısının bildirge veya beyanname ile uyuşmazlığı denetlenmiş olur ve böylece yasama organı kanun tasarısını ele almadan önce yürütme tarafından yasa tasarısına ilişkini bir denetim yapılmış olur. Aşağıda ayrıntılı ele alacağımız ülkelerin yürütme organları kanun tasarısının yasama organında ele alınmasından önce bu zorunlu hak denetimini yerine getirmektedirler ve kanun tasarısı ile haklar beyannamesi veya bildirgesi uyumsuzsa bunu yasama organına rapor etmektedirler.

Zayıf form yargısal denetimin üçüncü özelliği, yargı organı olan mahkemelerin yasama organı tarafından yapılan normları denetlemesidir. Bu aşama güçlü form yargısal denetimdeki incelemeye benzer bir denetimdir. Bu aşamada mahkeme yasamanın yaptığı kanunun (veya diğer normların) haklar

ve ABD'nin önemli bir kısmında, siyasetçi veya kanun yapımcıların yaptığı kanunlar yerine, hakimlerin kararları ve var olan teamüllerin süreç içinde bir sisteme dahil olmasıyla oluşur. Daha fazla bilgi bkz. Mark Elliott - Robert Thomas, *Public law* (Oxford University Press, 2024), 67-70; "The Common Law and Civil Law Traditions" (Erişim 28 Aralık 2024).

¹⁹ Tushnet, "Alternative Forms of Judicial Review", 2782.

²⁰ Tushnet, "Alternative Forms of Judicial Review"; Rosalind Dixon, "The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review", *International Journal of Constitutional Law* 17/3 (09 Eylül 2019), 904.

²¹ Çeşitli ülkelerin hakları korumak için yaptıkları anayasal belgelerin yasal statüleri (kanun veya anayasal statü) nasıl farklılaştığına dair ilişkin bir tablo için bkz: Erdos, *Delegating Rights Protection*, 14-16.

²² Şunu da belirtmek gerekir ki her ne kadar anayasa statüsünde olmayıp normal kanunlar gibi yapıp normal kanunlar gibi değişebilecekleri gibi kabul edilmişlerse de pratikte bunlar normal kanunlardan farklı bir konumdadırlar. Ülkenin sosyal ve siyasal yapısı dahilinde bu haklar oldukça zor şekilde değişir veya kısıtlanması yönünde değişmesi zordur. Buna ilişkin bir örnek olarak Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası'yla ilgili tartışmalara bkz. "Bill of Rights Bill - Parliamentary Bills - UK Parliament" (Erişim 01 Aralık 2024).

²³ Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 742.

²⁴ *Common Law*'ın geleneksel koruma yöntemi olarak yasa tarafından yasaklanmayan her özgürlüğün bireyler tarafından kullanabileceği ve bunları özel olarak korumanın gerekmediği yaklaşımıdır. Bu özellikle 1998 İnsan Hakları Yasası'nın yürürlüğe girmesinden öncesi için geçerlidir. Bu kapsamda Haklar ve özgürlükler, *Common Law*'da mahkemelerin kararlarıyla dolaylı olarak destekleniyordu, ancak bu özgürlükler yasalar tarafından ihlal edilmeye açıldı. Daha fazla bilgi için bkz. Roger Masterman - Colin Murray, *Constitutional and administrative law* (Harlow, England ; New York: Pearson, 2018), 647-651.

beyannamesi veya bildirgesiyle uyumlu olup olmadığını denetlemektedir. Bu denetimi yaparken mahkemenin yetkisi farklı hukuk sistemlerine göre değişmektedir. Aşağıda detaylıca ele alınacağı gibi Kanada'daki zayıf form yargısal denetimin bu aşamasında mahkeme kanun ile haklar bildirgesi arasında bir uyumsuzluk görürse kanunu iptal etme yetkisi bulunmaktadır²⁵. Bu zayıf form yargısal denetimin en güçlü türüne örnektir. Birleşik Krallık'ta ise, mahkeme yasamanın yaptığı normları haklar beyannamesi veya bildirgesiyle uyumlu bir biçimde yorumlamalı ancak bu olasılığının olmadığı hallerde yasamanın yaptığı norm ile haklar bildirgesinin uyumsuz olduğunu ilan etme yetkisi söz konusudur. Burada mahkemenin iptal etme veya geçersiz kılma yetkisi yoktur, bu nedenle daha az güçlü bir denetim söz konusudur. Son olarak zayıf form yargısal denetimin en zayıf modeli olarak Yeni Zelanda örneği ele alınabilir. Burada mahkeme sadece yasamanın yaptığı normları imkanlar dahilinde bildirgedeki haklarla tutarlı ve uyumlu olacak biçimde yorumlama yetki ve görevi söz konusudur. Mahkemenin ne iptal etme ne de uyumsuzluk ilan etme hakkı vardır. Ancak aşağıda ele alınacağı gibi uygulamada mahkemeler daha etkin olabilmektedir. Kısacası, zayıf form yargısal denetim modeli de güçlü form yargısal denetimi gibi tek tip değildir²⁶.

Bu modelin dördüncü özelliği yargısal denetimde, yasama organının sıradan çoğunlukla son kararı verme yetkisine sahip olmasıdır. Başka bir deyişle yargının yaptığı denetimden sonra yasama organı anayasal konuyla ilgili yasamanın yaptığı normun beyanname veya bildirge ile uyumlu olup olmadığını veya hakların ihlal edilip edilmediği kararını sıradan çoğunlukla karar vermeye yetkilidir. Bu yasama organının her davada yargı organından farklı şekilde karar vereceği anlamına gelecek şekilde anlaşılmamalıdır. Aksine, uygulamada genellikle zayıf form yargısal denetim olan ülkelerde yasama organı yargı organın kararlarıyla uyumlu şekilde bu yetkilerini kullanmaktalar. Burada önemli olan, hukuken eğer yasama organı isterse yargı organından farklı şekilde karar verme yetkisine sahip olmasıdır. Yasama organının yetkisi ülkelerin hukuk sistemlerindeki yargı organlarının yetkilerine göre farklılaşacaktır. Aşağıda detaylıca ele alınacağı gibi bazı ülkelerde mahkeme iptal yetkisi varken bazılarının da sadece uyumsuzluğu ilan etme yetkisi vardır. Buna göre de yasama organı yargının bu kararlarını geçersiz kılabilmekte veya kararlara uyabilmektedir²⁷.

Zayıf form yargısal denetimde son kararı veren organın yasama olması bu modelin en ayırt edici özelliğidir²⁸. Burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur, yasama bu aşamada sıradan çoğunlukla karar verebilmelidir. Öyle ki eğer sıradan çoğunluktan farklı yani daha üst bir çoğunluk araniyorsa bu zayıf form yargısal denetim değil güçlü form yargısal denetimin bir özelliğidir. Bu dört özellik ile son sözü yargı organının değil yasama organının verdiği bir çeşit zayıf bir Anayasal yargısal denetim gerçekleşmektedir.

Zayıf form yargısal denetimde yapılan anayasal denetimde son kararı verme yetkisi yasama organına ait olduğu için bu modelde yargısal denetim yargısal üstünlükten ayrılmaktadır²⁹. Başka bir deyişle, burada yargı organı bir denetim yapmaktadır ancak güçlü form yargısal denetimdeki gibi bu yargı organın kararı üstün, kesin ve bağlayıcı değildir. Yargı organından sonra nihai kararı yasama organı verir. Bu kapsamda, şunu ifade edilebiliriz ki zayıf form yargısal denetim yasamanın üstünlüğüne dayalı politik anayasacılık ile yargı organının üstünlüğüne dayalı yasal anayasacılık bir alternatif anayasacılık olarak ortaya çıkmış ve yayılmıştır. Zira, uzun bir süre anayasal konularda var olan uyumsuzluklarda nihai kararı veren iki tür anayasacılık söz konusudur: yasama üstünlüğünü kabul eden anayasacılık ve yargı

²⁵ Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1012.

²⁶ Bu konuda farklı görüşler vardır. Örneğin, tartışmalı olmakla beraber zayıf form yargısal denetimin en az dört varyantı olduğu iddiasıdır. Buna göre: a.kısıtlı ve nihai olmayan (saf zayıf biçim); b.kısıtlı ancak resmi olarak nihai olan (zayıf-güçlü); c.aktif ancak resmi olarak nihai olmayan (güçlü-zayıf); ve d. aktif ve resmi olarak nihai olan (güçlü-güçlü). Daha fazla bilgi için bkz. Dixon, "The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review", 917; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", Robert Leckey, *Bills of Rights in the Common Law* (Cambridge University Press, 2015).

²⁷ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 30-31.

²⁸ Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 709; Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 18.

²⁹ Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 709.

üstünlüğünü kabul eden anayasacılık³⁰. Zayıf form yargısal denetim modelini kabul eden ülkeler, hukuk sistemlerinde uzun süre yargının üstünlüğünü kabul etmeyip yasama organının anayasal konularda son sözü söylemesini ilke edinen *Common Law* ülkeleridir³¹. Zaman içinde bu ülkeler yasama organının hakları yeterince koruyamadığını ve yargı organının bu konuda uzmanlaştığı görüşlerinden etkilenmişlerdir. Ancak aynı zamanda bu ülkeler güçlü form yargısal denetimdeki gibi yargı organlarına tüm yetkiyi vermek istemeyip iki anayasacılık arasında yeni bir sistem yani zayıf form yargısal denetimini kabul etmişlerdir. Zayıf form yargısal denetimi kabul eden ülkeler bu iki kutuplu anayasacılık arasında üçüncü tür bir anayasacılık anlayışı geliştirmişlerdir³². İki tür anayasacılığın da temel özelliklerini yani yasama üstünlüğü ilkesinin özelliği olarak zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi (seçilmiş organların denetlenmesine dayalı) ve yargı üstünlüğü ilkesinin yargı organının denetlenmesi özelliklerini bir araya getirerek yeni bir yargısal denetim modeli oluşturmuşlardır³³.

Yine, bu model de hakların korunması için yapılan denetim güçlü formdaki denetimden farklıdır. Güçlü form yargısal denetim modelin de yapılan denetim mahkemeler tarafından tek aşamada gerçekleşir. Mahkeme, yasamanın yaptığı normu anayasaya uygunluğuna göre bir denetim yapmakta ve buna göre kararını vermektedir. Zayıf form modelinde ise hakların korunmasına ilişkin yargısal denetim üç aşamalıdır. Bu üç aşamada devletin üç farklı organı denetim yapmaktadır. İlk aşamada yasa tasarısının kabulünden önce siyasal organlar (yürütme ve yasama) tarafından yapılan denetim söz konusudur. Buna yasa öncesi politik hakların incelenmesi (*pre-enactment political rights review*) denir. İkinci aşama güçlü form yargısal denetimdeki gibi mahkemelerin yaptığı denetimdir (*judicial rights review*). Son aşama ise yasamanın yaptığı normun mahkemeler tarafından yapılan denetimden sonra yasama organı tarafından yapılan denetimdir (*post-litigation political rights review*)³⁴. Yani hakların korunması güçlü form yargısal denetimde bir aşamada mahkeme tarafından yapılırken, bu modelde üç aşamada farklı organlarca yapılmaktadır.

II. Zayıf Form Yargısal Denetimin Ortaya Çıkış Nedenleri ve Yararları

A. Güçlü form yargısal denetime eleştiriler

Günümüzde, dünyadaki ülkelerin yaklaşık yüzde sekseni güçlü form yargısal denetim modelini benimsemişlerdir³⁵. Ancak yine de güçlü form yargısal denetim modeline bazı eleştiriler yapılmıştır. Bu eleştiriler özellikle aşağıda ele aldığımız ülkelerin neden güçlü form yargısal denetimi tercih etmediklerini anlamak için de önemlidir.

İlki güçlü form yargısal denetiminin demokratik olmadığı iddiasıdır. Hakların korunması için gerekli tartışmaların sadece mahkeme sınırları içinde kalmaması gerektiği vurgulanmış ve uygunluk denetimi ve hakların korunması yetkisinin halka ve halkın temsilcilerine (yasama organına) devredilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁶. Bu bağlamda mahkemelerin sınırlı bir denetim yaptığı vurgulanmıştır.

³⁰ Tushnet, "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - And Democracy-Based Worries", 813-814; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 21-22.

³¹ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 7.

³² Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 709.

³³ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 25.

³⁴ Farklı aşamalar olduğunu iddia edenler de vardır. Stephenson bu denetimi dört aşama olduğunu iddia eder. Üçlü aşamadan farklı olarak yürütme organının denetiminden sonra ve yargı organının yaptığı denetim arasında ek bir aşama (sıra olarak ikinci aşama) olduğunu ifade etmiştir. Bu aşamada hakların korunması özel bir yasama komitesi tarafından bağımsız bir ön yasa denetimi yapılmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 176-177; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 79-80; Scott Stephenson, *From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism* (Sydney: Federation Press, 2016), 102-106; Claudia Geiringer, "From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law* 15/4 (03 Kasım 2017), 1249.

³⁵ Ginsburg - Versteeg, "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?", 588-589.

³⁶ Şunu da belirtmek gerekir ki bu eleştirinin karşıt argümanları da oldukça yaygındır. Örneğin, demokratik yönetimin yalnızca tüm vatandaşların eşit şartlarda yönetim sürecine birlikte katılmasıyla gerçekleşebileceği ve tüm insanların siyasete eşit şekilde katılmaması nedeniyle, çoğunluğun var olan sorunların nasıl çözüleceğine dair karar vermesine izin vermenin aslında

İkinci temel eleştiri, güçlü form yargısal denetiminin yasa koyucuların sorumluluklarını mahkemeye yükleyerek anayasal sorumluluklarını yerine getirmekten kaçınmalarına izin vermesidir. Bu eleştiriye göre, yasa koyucular, mahkemenin var olabilecek herhangi bir kusuru düzeltereğini bildiklerinden sistemdeki anayasal sorunları görmezden geleceklerdir veya yasa koyucular, karşılaştıkları sorunlarda anayasal yorumlarını bağımsız şekilde kendi görüşlerini ortaya koyacak şekilde değil de, mahkemenin sorunu nasıl yorumlayabileceğini göz önüne alarak mahkeme gibi yorumlayacaktır³⁷.

Diğer bir eleştiri de şudur güçlü form yargısal denetimde yasama ve yargı organları arasında bir diyalog söz konusu olmamasıdır. Mahkemeler anayasayı (kendilerince) makul bir şekilde yorumladığında, çoğunluğun bu makul görüşe katılmaması veya hatalı yorumladığını düşündüğü durumlarda halkın veya devletin diğer organlarının başvurabileceği çok az yöntem vardır. Örneğin, güçlü form modelinde, mahkemenin kararını değiştirebilmek için birkaç yöntem vardır: anayasa değiştirilmesi veya yargıçların emekli olması veya ölümleri nedeniyle onlar yerine farklı hakimler atanması gibi³⁸. Görüldüğü gibi bu modelde mahkemenin kararını değiştirebilmek mümkün olsa da oldukça zordur ve yasama ve yargı arasında bir diyaloga değil de bir çatışma veya güç gösterisine neden olacak bir sistem mevcuttur.

Başka bir eleştiri de güçlü form yargısal denetimin yargısal aktivizme neden olabileceğidir. Mahkemeler iptal veya geçersiz kılma yetkilerini kullanarak, yargı kararlarını tamamen politik konulara yöneltme riski taşımaktadırlar ve böylece politik konularla ilgili kararlarını yasallaştırma ve siyasal alana müdahale etme olanağı bulabilir. Zira, bu modelde yargı organları öncelikle yasama organı olmak üzere seçimle gelen siyasi organ ve aktörlerin yaptığı normları ve işlemleri geçersiz kılma ve bu organlar üzerindeki diğer yetkiler ile onları önemli şekilde sınırlandırabilir. Yani bu model yargı organının siyasi alanı baskı altına almasına neden olan yargısal aktivizme olanak verebilmektedir. Özellikle az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerde bu tür örneklerle rastlanmaktadır³⁹.

B. Zayıf form yargısal denetim avantajları

Zayıf form yargısal denetim modeli iki geleneksel anayasacılık (politik ve yasal anayasacılık) anlayışının başlıca zayıflıklarını ortadan kaldırmayı veya en aza indirmeyi amaçlamaktadır. Zayıf form yargı modeli, güçlü form yargısal denetimle karşılaştırıldığında belirgin faydalar sunmaktadır⁴⁰. Bunlar:

demokratik olmadığıdır. Bu bağlamda, bunun yerine, mahkemeler siyasi süreci denetlemek için bir hakem olarak kabul edilmeli, temsil edilme güçlendirilmeli ve hem demokratik devlet olma süreçlerinde hem de devletin faydalarının dağıtımında yargının rolü katılımı artırmalıdır. Başka bir argümana seçimlerin genellikle çok belirsiz, çok seyrek ve genellikle seçim değerlendirmesi için çok fazla konunun gündeme getirildiği ve bu nedenle demokratik iradenin etkili bir tezahürü olmadığıdır. Bunun gibi birçok neden karşıt argüman olarak getirilebilir.

Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 16; Richard Bellamy, "The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy", *Political Studies* 44 (1996), 456.

³⁷ Bu kapsam da bu eleştiriye de karşıt eleştiriler getirilebilir. Mesela, bu eleştirinin yasa koyucuların yetenekleri ve iyi niyetleri veya yüce gönüllülükleri hakkında abartılı bir görüşe dayalı olmasıdır. Bu doğrultuda, siyasetin rasyonel olmadığı vurgulanır ve çıkar grupları veya elitler tarafından sıklıkla yönlendirildiği ifade edilir. Bu nedenle, yargısal denetimi sınırlamak, yasa koyucuların anayasal düşüncesinde veya daha faydalı karar vermesinde anlamlı bir iyileşmeye yol açmayacaktır zira bunlar yasa koyucuların kamunun yararına veya iyiliği için yasa yapmaya teşvik etmeye yetmeyeceği görüşüdür. Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 17-18.

³⁸ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 22.

³⁹ Yargısal aktivizm kavramı, ülke siyasetine ve hukukuna etkisi ve Türkiye dahil çeşitli ülkelerde nasıl uygulandığına dair geniş bir literatür vardır. Daha fazla bilgi için bkz. Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 62/3 (2007), 258; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge London: Harvard University Press, 2004); Ran Hirschl, "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions", *Law & Social Inquiry* 25/1 (Aralık 2000), 91-149; Nurullah Gorgen, "The Weakening of Judicial Independence Through the Transition From the Judicialization of Politics to the Politicization of the Judiciary", *Judicial Independence in Transitional Democracies*, kitap editörü Nauman Reayat vd., 86-110 (London: Routledge, 2024), 86-110; Güneş Murat Tezcür, "Judicial Activism in Perilous Times: The Turkish Case", *Law & Society Review* 43/2 (Haziran 2009), 305-336; Keenan D. Kmiec, "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", *California Law Review* 92 (2004).

⁴⁰ Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 745-748.

Zayıf form yargısal denetleme modeli, mahkemeler ve yasama organları arasında gerçek zamanlı bir diyalogu teşvik etmeyi amaçlamaktadır⁴¹. Zayıf form yargısal denetim modeli hem anayasacılığın demokratik özyönetimde bazı sınırlamalar olmasını gerektirdiğini kabul eder hem de yargısal denetleme ile demokratik özyönetim arasındaki gerilimi azaltma imkânı verir. Yasama organının iradesinin tek karar verici olması veya yargının bir monolog şeklinde karar vermesi yerine, iki organ arasında çoğunlukçu bir yapıyı sınırlandırma yardımcı olan ve aynı zamanda bireysel hakları da koruyan bir kurumlar arası diyalog vardır⁴². Bu modelde temel mantık basittir: insanların makul bir şekilde hatalı olduğuna inandıkları kararlara (yargı veya yasama organı kararı) yanıt vermeleri için mekanizmalar sağlar ve bunu anayasa değişikliği veya yargı üyelerinin atama süreçlerinden daha hızlı bir şekilde ve basitçe uygulanmasını sağlar⁴³. Yargı organı anayasal bir yorum yaptığında, bu yorum yasama organına gönderilmektedir ve yasama organı nasıl ilerleyeceğine karar verebildiği için devlet organları arasında resmi bir diyalog yaratmaktadır. Böylece hakların korunmasında güçlü form yargısal denetimin dayattığı monolog (yargı üstünlüğü) yerine organlar arası anlamlı bir diyalog imkânı vermektedir⁴⁴. Bu diyalog sayesinde yasama organının sürece dahil olduğu ve böylece sürecin demokratikleştiği ve hakların daha bütünsel bir şekilde yorumlandığı ifade edilir⁴⁵. Bu diyalogun başka avantajları da vardır: Devletin organları arasındaki tekrarlayan diyalog süreci, mahkemelerin ve yasama organlarının temel hakları korumak için yaptıkları değerlendirmelerde erişebildikleri bilgi miktarını artırır⁴⁶. Hakların korunmasının nasıl uygulanacağını belirlenmesi bilgi merkezli bir süreç olduğundan, mahkemeler ve yasama organları tek başlarına elde edeceği bilginin sınırlı olduğu kabul edilir. Ancak kurumların bilgi paylaşımı yaptıkları bir diyalog hakların daha sistematik ve etkili bir şekilde korunmasını sağlayacaktır⁴⁷. Üstelik organlar arasındaki açık diyalog, aynı zamanda, bir hakkın yorumlanması konusunda daha geniş kapsamlı fikir birliğine varılmasına yol açabilir ve toplum için bir anayasal müzakereye teşvik etme içinde yardımcı olabilir⁴⁸. Üstelik, mahkemelerin anayasal diyalog kapsamında konuları yasama organına geri göndermesi, mahkemelerin yasama organının kurumsal eksikliklerinin bir kısmını gidermesine imkan sağlar⁴⁹. Yasama organları zaman, kaynaklar, uzmanlık ve zihnin bilişsel sınırları ile sınırlıdır ve bu nedenle her şeyi göz önüne alamazlar ve yasa çıkarırken haklarla ilgili sorunlarının önemli yönlerini kaçırabilirler. Mahkemeler, yasa geçtikten sonra yasama organıyla diyaloga girerek bu kör noktaları yasama organlarının dikkatine sunabilir ve böylece yasama organı bunlarla nasıl başa çıkacağına karar verebilir. Ayrıca, koalisyonlar kurma zorunluluğu ve seçimler gibi siyasi gerçekler nedeniyle yasama organlarının azınlık hakları gibi önemli konuları yeterince ele almaması durumunda, yargı organı diyalog sayesinde bu konularda yasamaya yardımcı olabilir⁵⁰.

Bu model anayasal haklar söylemini, yargısal bir monologdan daha zengin ve daha dengeli bir kurumlar arası diyaloga dönüştürmekte faydalıdır. Yeni modelin yargısal üstünlük karşısındaki temel savı, hakların korunmasında önemli bir fedakârlık yapmaksızın, mahkemeler ile yasama organları arasında haklarla ilgili olarak daha iyi ve demokratik olarak daha savunulabilir bir güç dengesi yaratmasıdır. Yargısal üstünlük, hakların yorumlanmasında tekelleşme ve monolog eğilimini beraberinde getirir. Öyle ki mahkemelerin bir haklar bildirgesinin nispeten soyut metni üzerindeki anlam, kapsam ve yorumlama

⁴¹ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 43.

⁴² Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 21; Garbbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 745; Young, *Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act*, 117.

⁴³ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 23.

⁴⁴ Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 5; Garbbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 173.

⁴⁵ Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 5; Garbbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 172.

⁴⁶ Mark Tushnet, "The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review", *German Law Journal* 14/12 (01 Aralık 2013), 2258.

⁴⁷ Tushnet, "The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review", 2258.

⁴⁸ Rosalind Dixon, "The Core Case for Weak-Form Judicial Review", *Cardozo Law Review* 38/6 (2017), 2226.

⁴⁹ Dixon bu eksiklikleri yasa koyucunun "kör noktaları" (blind-spots) ve "atalet yükleri" (burdens of inertia) olarak sınıflandırmıştır. Daha fazla bilgi için bkz: Dixon, "The Core Case for Weak-Form Judicial Review".

⁵⁰ Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 23; Dixon, "The Core Case for Weak-Form Judicial Review", 2208-2216.

sırasında yasama organları ile arasında makul anlaşmazlıkların olması olasıdır. Zayıf form modelinde yargı üstünlüğüne kıyasla, mahkemeler kontrol ve uyarıcı role sahiptir. Yeni model, yasalastırılmış bir bildirgede yer alan hakların daha az mahkeme merkezli bir şekilde korunmasına olanak tanır ve hakların tartışılmasında hem siyasi organlara hem de vatandaşlara sürece dahil etmede daha önemli roller verir. Böylece yargı üstünlüğüne dayalı anlayıştan kaynaklı yargısal sorunların önüne geçer.

Zayıf form yargısal denetim, geleneksel güçlü form yargısal denetiminin kronik sorunu olarak görünen yasama ve halkın güçsüzleşmesi sorununu ele almaya imkân verir. Yasama organlarının hiçbir zaman haklar konusunda nihai sorumluluğa sahip olmadığı veya mahkemelerin yasama görüşlerini ciddiye almadığı durumlarda ve anayasal meseleleri sadece yargıya bırakıldığı durumlarda, yasama organlarının ve bununla ilişkili olarak geniş kapsamda halkın zayıf konumda olduğu ifade edilmektedir. Zayıf form model bunu engelleyebilir. Bu model ile, hak tartışmaları çok daha kapsayıcı olacağı ve bunun da hem seçilmiş temsilciler hem de seçmenler arasında diyalogu artıracağı ve sorunların çözümü için perspektif çeşitliliğine katkı sağlayacağı vurgulanmıştır. Zira, yargının yasama işlemlerini kesin şekilde geçersiz kılınmasına izin vermeyen ülkelerde, halk tartışmalı konularda, olağan yasa yapma prosedürleriyle, kendileri karar verebilirler. Anayasal konularda dahil olmak üzere kısıtlamaların içeriğini belirleyen yasaları halk belirleyecektir. Yine halk, bu konulardan herhangi biri hakkında anlaşmazlığa düşerse, yasama organındaki temsilcileri seçerek görüşünü ifade edebilir⁵¹. Buna örnek olarak Birleşik Krallık parlamentosundaki da ölüm cezasının kaldırılması veya kürtaj tartışmaları verilebilir. Bu konularda, geniş kapsamlı kamuoyu müzakereleri Avam Kamarası'nda karşılık bulup bu konuların ayrıntılı şekilde tartışılmasına katkı sağlamıştır. Bu tartışmaların benzerleri Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde de yaşanmaktadır. Bu tartışmaların nitelikleri, ele alınan çözümler, yasama organının hakları koruyamadığı veya önemli konuları yeterince tartışamayacağı iddialarını çürütmeye yöneliktir⁵².

Zayıf form yargısal denetim, anayasal yargılama sürecinde yasama ve yargı arasında kısmi bir iş bölümü yaratarak mahkemelerin meşruiyetini artırır. Aşağıda örnek ülkelerde ele alınacağı gibi bu model yargı organı hakların korunmasında oldukça önemli rol oynarken, güçlü form yargısal denetimdeki gibi meşruiyet sorunuyla karşılaşmaz. Çünkü mahkemeler iyi ve etkin konumları mevzuatı geçersiz kılma konusunda nihai bir yetkiye sahip olmalarına bağlı değildir. Bunun yerine, yargıçların normları somut olgusal durumlara uygulama, hakları hukuk çerçevesi içinde etkin koruma veya medya ve kamuoyunun dikkatini belirli konulara çekebilecek şekilde normları yeniden yorumlama veya geçersiz kılmalarına bağlıdır⁵³. Üstelik, yeni model hakimleri hesap verilebilir bir konuma yükseltir⁵⁴. Güçlü formda var olan eleştirilerden biri, hakimlerin kullandıkları yetkiler nedeniyle, kısmi veya dolaylı olarak demokratik hesap verebilirliğe sahip olmaları gerektiği iddiasıdır. Zayıf form yargısal denetim son kararı yasamaya vererek bu hesap verebilirliği kısmide olsa sağlamaya yarar. Aksi taktirde güçlü form yargısal denetim, *Waldron*'ın ifade ettiği gibi seçilmemiş ve hesap vermeyen az sayıdaki yargıç arasında çoğunluk oylamasına ayrıcalık tanıyarak, bu tür bir yargısal denetimin sıradan vatandaşların oy haklarını ellerinden aldığını ve haklarla ilgili konuların nihai çözümünde temsil ve siyasi eşitlik gibi değerli ilkeleri bir kenara itmesine neden olur⁵⁵.

Zayıf form yargısal denetim, temel hakların yargısal korunması ile demokratik karar alma arasındaki gerilimi azaltma veya ortadan kaldırmada faydalıdır. İki anayasacılık anlayışı ve modern liberal demokratik siyasetlerin temel değerleri arasında, her ikisini de daha eşit bir şekilde teşvik ederek geleneksel anayasacılık modellerinden daha iyi bir denge sağlamaktadır. Böylece belirli haklarının

⁵¹ Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", 1349.

⁵² Benzer tartışmalar kürtaj ve eşcinsel ilişkilerin yasalastırılması içinde yaşanmıştır. Bkz. Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", 1349.

⁵³ Dixon, "The Core Case for Weak-Form Judicial Review", 2197.

⁵⁴ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 69.

⁵⁵ Dixon, "The Core Case for Weak-Form Judicial Review", 2198-2199; Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", 1353.

tanınması ve etkili bir şekilde korunması ve uygun sınırlamalar kapsamında mahkemeler ve devletin seçilmiş organları arasında uygun bir güç dağılımı sağlanmaktadır⁵⁶. Liberal siyasi teoride, yasama üstünlüğü sıklıkla halkın özyönetimiyle ilişkilendirilir ve bu bağlamda demokrasi, seçilmemiş yargıçların tek taraflı olarak seçilmiş yasama organlarının nasıl çalışması gerektiğinin sınırlarını belirtmesi rahatsız edici bir ilişki olarak kabul etmektedir⁵⁷.

Son olarak, yeni model haklara ilişkin var olan sorumluluğun sadece mahkemelerde veya sadece yasama organında olması yerine devletin üç organı arasında paylaşılmasını ön görmektedir. Böylece sorumlulukların bir organda yoğunlaşması yerine dağıtılmasını sağlamakta ve yalnızca tek bir organa güvenmekle gelen yetersiz uygulama riskini azaltmaktadır. Bu, yürütme ve yasama organları tarafından zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi, yargı organı tarafından yasanın yürürlüğe girmesinden sonra yargısal haklar incelemesi ve yasama organı tarafından dava sonrası siyasi haklar incelemesi olmak üzere üç aşamada gerçekleşmektedir⁵⁸.

III. Uygulamada Zayıf Form Yargısal Denetim için Başarı Kriterleri

Zayıf form yargısal denetimin pratikte değerlendirmek için ilk olarak başarı ölçütlerinin ne olduğunu açıklığa kavuşturmak gerekir. Bu bağlamda iki kriter ön plana çıkmaktadır: Birincisi, bildirge veya haklar beyannamelerinde tanınan hakların etkili veya en azından yeterli şekilde korunabilecek bir mekanizma var mıdır? İkinci olarak, haklar açısından mahkemeler ve siyasi organlar arasında uygun yetki dağılımı var mıdır? Buradaki yetki dağılımı hem *de jure* hem *de facto* olarak kabul edilmektedir. Böylece hem hukuki açıdan hem de pratikte bir denge olup olmadığı anlaşılabilir⁵⁹. Özellikle ikinci kriter istikrar ve uygulamadaki farklılığın tespiti için önemlidir. Burada üç durum söz konusu olabilir a. Gücün organlar arasında dengeli bir şekilde paylaşıldığı durum, b. Mahkemeye yeterince yetki verilmeyip yasamanın üstünlüğünün olduğu durum ve c. Mahkemeye gerektiğinde fazla yetki verilip yargının üstünlüğünün olduğu durum⁶⁰.

Bunlara ek olarak, *Tushnet*, zayıf form yargısal denetimin istikrarı için iki koşul öngörmektedir: Birincisi, ülkenin siyasi-hukuki kültürünün genel veya soyut hakların makul bir şekilde çeşitlendirilmesine imkân vermesidir. İkincisi, ülkenin hukuk kültürü, mahkemelerin anayasanın anlamını belirlemede yasama organlarına göre üstünlüğünün nispeten mütevazı olduğunu ön görmelidir⁶¹. Başka bir deyişle, soyut hakların ne anlama geldiğini belirlemede veya nasıl korunacağını belirlemede birden fazla yolun olduğu kabul edilmelidir. Böylece bu sistemde ne yasama ne de yargı organının tamamen yanlış veya tamamen haklı olduğu kabul edilmez. Bunun sonucu olarak, mahkeme hakları koruma konusunda daha uzman bir organ gibi görünse de her zaman daha iyi karar vereceği anlamına gelmeyeceği görüşü kabul edilmiş olmalıdır. Zira ülkede mahkemelerin her zaman daha iyi karar vereceği görüşü varsa zaten bu güçlü form yargısal denetimin varlığına işaret eder. Üstelik, yasama organının da şartlara göre hakları yargıdan daha iyi koruyabileceği görüşünün kabul görmesi gerekir ki yasama organı mahkemenin kararını geçersiz kıldığında, değiştirdiğinde veya gözden geçirdiğinde hem meşruluk açısından bir sorun yaşamaz hem de kendini yargı karşısında zayıf bir yere konumlandırmasın.

Zayıf form yargısal denetimin başarılı olmasının önünde en önemli engellerden biri organlar arasındaki diyalogun anlamlı ve gerçekçi olmamasıdır. Diyalog kavramı, organ ve aktörlerin kendi bakış açılarını paylaştıkları, sunulan alternatif önerileri saygıyla ele alarak değerlendirdikleri ve hiyerarşik olmaktan ziyade eşit bir ilişki olarak tanımlanabilir⁶². Bu eşitlik, iş birliği ve saygı duygusu olmadan, organlar arası diyalog anlamlı değildir ve zayıf form yargısal denetim modelinden beklenen faydalar elde edilemez.

⁵⁶ Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 171-173.

⁵⁷ Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", 1349.

⁵⁸ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 68-69.

⁵⁹ Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 175.

⁶⁰ Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 175-176.

⁶¹ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 51.

⁶² Aileen Kavanagh, "The Lure and The Limits Of Dialogue", *The University of Toronto Law Journal* 66/1 (2016), 85.

Örneğin, yasama organı mahkemenin kararlarını değerlendirmeden veya kendi anayasal yorumunu tartışmadan her zaman mahkemeye boyun eğerse, haklar yeterince korunmayabilir. Özellikle mahkeme hak konusuyla ilişkili gerekli ahlaki ve politik meseleler dikkate almadan konuları tamamen yasal bir şekilde yorumlarsa yine bir mağduriyet söz konusu olabilir. Bunun aksi de söz konusu olabilir. Öyle ki, yasama organı mahkemeleri tamamen görmezden gelirse, yani gerçek bir diyalog söz konusu değilse, haklar yine etkin bir şekilde korunamaz. Dolayısıyla, zayıf form yargısal denetim modelinde hakları korumak ile demokrasiyi desteklemek arasında uygun bir denge kurabilmesi için anlamlı bir diyaloga ihtiyaç vardır⁶³.

IV. Uygulamada Zayıf Form Yargısal Denetim

Güçlü form yargısal denetim de olduğu gibi, zayıf form yargısal denetimin de pratikte çeşitli şekillerde uygulandığı ileri sürülmektedir⁶⁴. Buna göre, en zayıf tür, mahkemelerin normları mümkünse anayasal normlarla uyumlu şekilde yorumlamasına izin veren yorumlayıcı yetki ve göreve dayalı modeldir⁶⁵. Bu modelin örneği Yeni Zelanda'dır. İlk örnekten daha güçlü tür ise mahkemelerin normları anayasal normlarla uyuşmadığını ilan etme yetkisine sahip olduğu, ancak bu normları iptal etme veya geçersiz kılma yetkisinin olmadığı modeldir⁶⁶. Bu modelin en iyi örneği Birleşik Krallıktır. Zayıf modelin en güçlü türü mahkemelerin normlarla ilişkin kararını zorlayıcı bir şekilde uygulamasına (normu geçersiz kılarak veya zorunlu ihtiyati tedbirler veya tazminat gibi çözümler sunarak) izin veren, ancak yasama organının iptal edilen normu olağan ve basit bir yolla (sıradan yasama çoğunluğu) yeniden yürürlüğe koymasına izin veren bir modeldir⁶⁷. Bu modelin uygulandığı yer Kanada'dır. Zayıf form yargısal denetim modelinde farklı türler olmasına rağmen hepsinin ortak özelliği, anayasal bir konuyu ele alan mahkemenin yaptığı yorum veya kararın tamamen veya kısmi olarak değiştirmek isteyen yasama organının bunu anayasa değişikliği veya olağanüstü farklı bir yola başvurmada olağan çoğunlukla yapabilesidir⁶⁸. Buna ek olarak, yukarıda belirtilen özellikler de bu ülkelerde vardır.

Şunu da belirtmek gerekir ki, zayıf form yargısal denetimin bu üç türü zaman içerisinde ülkelerin tercihleri ve uygulamaları sonucu oluşmuştur. Bu bağlamda, zayıf form yargısal denetim türlerini en iyi yansıtan üç ülke sırasıyla Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda ele alınacaktır. Bu sıralamayı yaparken bu modelin en güçlü türü olan Kanada'dan başlanılacaktır, sonra daha az güçlü olan Birleşik Krallık ve son olarak en zayıf türü olan Yeni Zelanda ele alınacaktır.

A. Yeni zayıf form yargısal denetimin doğuşu: Kanada modeli

Zayıf form yargısal denetim modelinin Kanada'da 1982 Anayasası ile kabul edilen Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi ile ortaya çıktığı konusunda literatürde geniş bir kabul söz konusudur⁶⁹.

⁶³ Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 23-24.

Benzer şekilde, zayıf form yargısal denetim modeline yönelik bazı eleştiriler de bulunmaktadır. Örneğin, bu modelin güçlü form yargısal denetime kıyasla daha az istikrarlı olduğu, popülizme ve kutuplaşmaya yol açabileceği, seçilmiş siyasi organlar ve aktörler tarafından suiistimal edilebileceği ve hakları yeterince koruyamayabileceği öne sürülmektedir.

⁶⁴ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, ix; Mark Tushnet, "The Rise of Weak-form Judicial Review", *Comparative constitutional law*, ed. Tom Ginsburg - Rosalind Dixon, Research handbooks in comparative law (Cheltenham, UK ; Northampton, MA: Edward Elgar, 2011), 6-8; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1012.

⁶⁵ Tushnet, "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - And Democracy-Based Worries", 820; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1012.

⁶⁶ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, ix; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1012.

⁶⁷ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, ix; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1012.

⁶⁸ Zayıf form yargısal denetimi üç türe ayıran bu ayrımın yanında *Gardbaum*, bu model için en az dört farklı varyantı olabilir demiştir. Yukarıda ele alınan üç varyanta ek olarak, dördüncü olarak: yargıya, çelişen yasaları geçersiz kılma yetkisi tanıyan, ancak benzer şekilde yasama organına bunu geçersiz kılma yetkisi veren bir yasa veya parlamenter haklar bildirgesidir. Bu türe örnek olarak çeşitli özellikleri hâlâ yürürlükte olan 1960 Kanada Haklar Bildirgesini göstermiştir. Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 170.

⁶⁹ Tushnet, "Alternative Forms of Judicial Review", 2784-2785; Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 19-20; Janet L. Hiebert, "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", *Texas Law Review* 82/7 (2004), 1966; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 97; Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights", 11; Roach, "Dialogic Judicial Review and Its Critics"; Erdos, *Delegating Rights Protection*, 65-83.

Kanada, anayasa yapım sürecinde merkezi olmayan yargısal denetlemeye dayalı Amerikan modeli ile kodifiye edilmiş haklar bildirgesi olmayan İngiliz tipi parlamento egemenliği anlayışı arasında yapılan tartışmalar sonrası kabul ettiği sistem ile yeni bir yargısal denetim modelinin doğmasına neden olmuştur⁷⁰.

Üstün bir anayasanın içinde kodifiye edilmiş şekilde yer alan bu bildirme, mahkemelerde uygulanabilecek ve en üstün statüsüyle sahip belirli temel hakları garanti eder. KHÖB, Anayasa'nın 52. maddesi gereğince, Kanada'nın en üst normunun bir parçasıdır ve buna karşı herhangi bir tutarsız yasanın hukuk sisteminde hiçbir etkisi yoktur ve 32. madde uyarınca, bu kural hem Kanada'nın federal yasama organı hem de eyaletlerin yasama organları ve hükümetlerinin yaptığı normlar için geçerlidir⁷¹. Bu bağlamda, Anayasa ile uyuşmayan yasaları geçersiz kılma yetkisi veren açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, Anayasanın 52. (üstünlük maddesi) ve 24. maddeleri (uygulama maddesi) birlikte ele alındığında mahkemenin bu tür bir yetkiye sahip olduğu tartışmasız kabul edilir⁷² ve Kanada Yüksek Mahkemesi 1982'den beri bu doğrultuda yetkisini kullanır.

Bu bağlamda, Kanada'da yargı, hakları yorumlama ve normların iptalini de içerebilen çözümler sağlama konusunda bir anayasal yetkiye sahiptir⁷³. Yani şunu diyebiliriz ki KHÖB, güçlü form yargısal denetim öngörmektedir. Bu nedenle zayıf form modelleri içinde en güçlü türü olduğunu söyleyebiliriz. Ancak yargı kararından sonra son sözü yasama organına vererek güçlü form yargısal denetimden farklılaşmıştır. Başka bir deyişle yargı kararı yasama tarafından sınırlandırılabilir. Bu iki yolla yapılabilir: 33.madde ve 1.madde yollarıyla⁷⁴. Özellikle 33. madde yasama organlarına yenilenebilir beş yıllık dönemler için olağan çoğunluk oyu ile son kararı verme yetkisi verir. Böylece Kanada'da yeni yargısal denetim modeli ve onun temel özellikleri ortaya çıkmıştır⁷⁵.

Kanada Anayasası'na göre, Kanada Yüksek Mahkemesi yasama organının yaptığı yasama işleminin KHÖB hükümleriyle olası uyumsuzluğu nedeniyle kendi yaptığı yoruma dayanarak bu yasama normunu geçersiz kılabilir veya askıya alabilmektedir. Ancak KHÖB'nin 33. maddesi uyarınca, mahkemenin yorumuna katılmayan bir yasama organı, geçersiz kılınan normu yeniden yürürlüğe koyabilir. 33/1.maddeye göre "*Parlamento ya da bir eyaletin yasama organı, Parlamantonun ya da yasama organının kabul ettiği kanunlarda, söz konusu kanunun bir hükmünün bu Bildirge'nin ikinci ve, yedinci ile on beşinci maddeleri arasındaki maddelerinde yer alan bir hükümle bağlı olmadan uygulanacağını açıkça bildirebilir.*" 33/3 ve 33/4 maddelerine göre, böyle bir beyan en fazla beş yıllık bir süre için geçerlidir

⁷⁰ Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki Kanada'da hakların nasıl korunduğuna dair detaylı bilgi için Kanada'nın yaşadığı tarihsel süreçleri ve özellikle 1960 Kanada Haklar Bildirgesi ele alınmalıdır. Kapsam bakımından bu makalede sadece 1982 Anayasası ve sonrası ele alınacaktır. Daha fazla bilgi için: Hiebert, "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", 1968-1971; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 97-100; Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 719-721; İsmail Yüksel, "Bir zayıf yargısal denetim yöntemi örneği olarak Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi'nin 33. maddesi'nin (askıya alma hükmü) değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (30 Mayıs 2022).

⁷¹ Kanada Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1982), (1982).

⁷² Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 101.

⁷³ Hiebert, "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", 1966.

⁷⁴ 1.maddeyle sınırlama olarak, ulusal ve eyalet yasama organları, bildirgenin 1. maddesi uyarınca yasalar kabul ederek, neredeyse tüm beyanname haklarını sınırlandırabilirler. Birinci madde açıkça 'bildirge kapsamında belirtilen hak ve özgürlüklerin, yalnızca özgür ve demokratik bir toplumda açıkça haklı gösterilebilecek şekilde yasayla öngörülen makul sınırlamalara tabi olarak garanti eder' denmektedir. Uygulamada 1.maddenin örneği olarak, Kanada Yüksek Mahkemesi, bir hak ihlalinin açıkça haklı olduğunu belirlemek için çok aşamalı bir test uygular: İlk olarak, anayasal olarak korunan bir hakkı veya özgürlüğü geçersiz kılmayı gerektirecek kadar önemli bir amaç olmalıdır. Seçilen araçların makul ve kanıtlanabilir şekilde haklı olduğunu göstermelidir. Bu, bir tür orantılılık testi içermektedir. Ayrıca bu doğrultuda testin keyfi, adil olmayan veya mantıksız düşüncelere dayanmaması gerekmektedir. İkinci olarak, araçlar, söz konusu hakkı veya özgürlüğü mümkün olduğunca az etkilemelidir. Üçüncüsü, hakkın veya özgürlüğün sınırlamaktan sorumlu olan önlemlerin etkileri ile yeterli öneme sahip olarak tanımlanan amaç arasında bir orantılılık olmalıdır. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 31; Rozen, "Introduction", 364; Calabresi, *The History of Growth of Judicial Review v. 1*, 30.

⁷⁵ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 100-101; Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights", 11.

ancak süresiz olarak yeniden yürürlüğe konulabilir⁷⁶. Yani Kanada'nın ulusal ve eyalet parlamentoları, beş yıl boyunca bir Yüksek Mahkeme görüşünü geçersiz kılabilir. Bu 33. maddeye askıya alma hükmü (*Notwithstanding Clause*) da denir. Başka bir deyişle, Kanada'da mahkeme normların yargısal denetimini incelemektedir ancak mahkeme kararları veya mahkemenin denetim yetkisi parlamento tarafından bir çeşit sınırlandırmaya ya da askıya almaya tabidir. Yasama organlarının geçersiz kılmaları her beş yılda bir sürekli olarak yenilebilir ve bir mahkeme kararından önce ileriye dönük olarak veya bir karardan sonra geriye dönük olarak yürürlüğe konulabilir. Bu nedenle, teoride, mahkeme bir kanunun KHÖB ile bağdaşmadığını ilan ederse, yasama basit bir çoğunlukla, söz konusu kanunun, (mahkemenin bir bildirge hakkını ihlal ettiğine dair kararına rağmen) geçerli olduğunu belirten bir yasa çıkarabilir. Kanada yasama organları bu nedenle anayasal konularda son sözü söyleme hakkına sahiptir⁷⁷. Bu zayıf form yargısal denetim modelinin en önemli ayırt edici unsurunu oluşturur.

Buna ek olarak, Kanada'da yukarıda ele aldığımız gibi hakları korumada zayıf form yargısal denetim modelinin üç aşamalı haklar denetim mekanizması da mevcuttur. İlk aşama olan, zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi (yasa tasarısını yürütme organı tarafından incelenmesi ve yasa tasarısı ile bildirge arasında tutarsızlıklar varsa bu konuda Parlamento'yu uyarma gerekliliği) Kanada'da mevcuttur⁷⁸. KHÖB, önerilen yasa tasarılarını inceleme ve herhangi bir tutarsızlık hakkında rapor verme yükümlülüğü içermese de, Parlamento 1985'te benzer yükümlülükler oluşturmak için Adalet Bakanlığı Yasası'nı değiştirmiştir⁷⁹. Bu yasanın 4/1. maddesine göre, Adalet Bakanı'nın Parlamento'ya sunulan tüm yasa tasarılarını inceleyerek herhangi bir hükmün KHÖB ile tutarsız olup olmadığını belirlemesi, yasa tasarılarının böyle bir incelemeden geçtiğinin onaylaması ve hükümetin yasa tasarısındaki herhangi bir hükmün KHÖB'ün amaçları ve hükümleri ile tutarsız olması durumunda Avam Kamarası'na böyle bir tutarsızlığı bildirmesini gerektirir⁸⁰. Böylece zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi tamamlanmış olur. Yukarıda ele alındığı gibi, yasama organının yaptığı yasadan sonra yargı organı ikinci aşama olan yargısal denetimi gerçekleştirir ve sonra 33.maddeye göre yasama organları üçüncü aşamadaki denetimi gerçekleştirir.

Kanada'da zayıf form yargısal denetimin güçlü bir versiyonu vardır. Çünkü burada yargı organı olan Yüksek Mahkeme, yasamanın yaptığı normu KHÖB ile karşılaştırarak yasamanın normunu bildirgeye uymadığını belirterek iptal edebilir. Yani Yüksek Mahkeme burada yasama işleminin geçersiz olduğuna karar verebilir. Bu anlamda güçlü form yargısal denetime benzer bir konumdadır. Ancak Kanada'yı zayıf form yargısal denetim yapan özellik yasama organlarının olağan çoğunluklarıyla mahkemenin kararını askıya alabilmesidir. Aşağıda ele alınacak zayıf form yargısal denetime sahip diğer ülkelerde, mahkemelerin yasamanın yaptığı normları geçersiz kılma yetkileri yoktur.

Şunu da belirtmek lazım ki teori de Kanada'nın zayıf form yargısal denetim modeli benimsediği kabul edilmiştir. Zira yasama organları mahkeme kararını olağan çoğunlukla geçersiz kılabilir. Ancak pratikte Kanada'nın güçlü form yargısal denetim olduğunu iddia edenler de vardır⁸¹. Bunun sebebi olarak yasama organlarının yetkileri olmasına rağmen bu yetkilerini kullanmamaları gösterilmektedir. Mesela, Kanada ulusal yasama organı hiçbir zaman 33. maddeyi uygulamamıştır ve eyalet yasama organlarının mahkemenin kararlarını geçersiz kılma yetkisini kullanması oldukça nadir olmuştur. Ayrıca bu yetkinin ender kullanılması, bunu kullanan yasama organlarını (özellikle *Quebec* eyaletinin

⁷⁶ Kanada Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1982).

⁷⁷ Calabresi, *The History of Growth of Judicial Review v. 1*, 30.

⁷⁸ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 102-103; Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights", 11.

⁷⁹ Peter W. Hogg, *Constitutional law of Canada* (Scarborough, Ont: Thomson/Carswell, 2007), 26; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 102.

⁸⁰ Adalet Bakanı, 1985 Adalet Bakanlığı Yasası uyarınca Kanada Başsavcısıdır. Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 102.

⁸¹ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 33; J. B. Kelly - M. A. Hennigar, "The Canadian Charter of Rights and the Minister of Justice: Weak-Form Review within a Constitutional Charter of Rights", *International Journal of Constitutional Law* 10/1 (01 Ocak 2012), 35-68; Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 179.

yasama organı)⁸² itibarsızlaştırdığı ileri sürülmüştür⁸³. Yani uygulamada bildirgeye aykırı yasalar genellikle mahkemeler tarafından iptal edilerek bildirgedeki haklar korunmuştur ve yasama organları bu kararlara saygı duyup onları geçersiz kılmamıştır. Bu tür bir uygulamanın varlığı Kanada’da 33. maddenin uygulanmaması gerektiği yönünde bir tür teamülün ortaya çıktığını ifade edenler vardır⁸⁴. Kanada’da, Yüksek Mahkeme’nin KHÖB ile tutarsızlık nedeniyle yasama yaptığı normları iptal ettiği çok sayıda dava olmuştur, ancak yasama organları tarafından 33. madde yoluyla Yüksek Mahkeme’nin kararının geçersiz kılınması sadece bir davada uygulanmıştır⁸⁵. Bu *Ford v Quebec* davası’dır⁸⁶. Buna ek olarak, Anayasa’nın 33. maddesi Kanada’da yalnızca on beş kez kullanılmış ve her örnekte, bir eyalet parlamentosu belirli hakların işleyişini doğrudan içeren mahkeme kararını geçersiz kılmak yerine, ileriye dönük olarak askıya alma girişimi söz konusudur⁸⁷. Yani *Quebec* eyaleti dışında, bu yetki son derece nadiren ve çoğunlukla belirli bir mahkeme kararına yönelik bir şekilde değil, ileriye dönük bir şekilde kullanılmıştır.

Bu uygulama için birkaç sebep gösterilebilir. En önemli neden olarak 33.maddenin kullanımının yasama organlarına siyasi açıdan oldukça maliyetli olacağı iddiasıdır. Bu yetkiyi kullanacak yasama organları KHÖB’teki hakları koruyan yargı organını kısıtlayarak hakların korunması aleyhine bir konuma geleceği ve bununla siyaseten onları olumsuz etkileyeceği görüşüdür⁸⁸. İkinci neden olarak da Kanada Yüksek Mahkemesi’nin yüksek ve saygın bir konumda olması ve mahkemenin gerektiğinde kendini sınırladığına dair bir görüştür⁸⁹. Yani, Yüksek Mahkeme güvenilir bir kurum olduğu için onu kısıtlayacak şekilde 33.madde kullanılmamaktadır.

Bu yaklaşıma katılmayanlar da mevcuttur. Yani bazı akademisyenler Kanada’daki zayıf form yargısal denetimin varlığını sadece 33.maddeyle sınırlamamışlardır. Buna göre, 33. maddenin kullanılmadığı durumlarda bile Kanada yargısal denetimin Amerikan tarzı güçlü form modelinden farklı ve daha zayıf olduğunu savunmuşlardır⁹⁰. Bunun nedeni olarak Anayasa’nın bazı yapısal özellikleri (esas olarak 1. madde, genel sınırlamalar maddesi), yasama organlarının uygulamada genellikle son söz hakkına sahip olmaları ve mahkemeler tarafından geçersiz kılınan yasaları yeniden yürürlüğe koyabilmelerini göstermişlerdir⁹¹. Böylece, pratikte yargının değil, yasama üstünlüğünün olduğu iddia edilmektedir. Kimi akademisyenler ise, bu farklılığın nedenini 1.maddeden değil de 33.madde veya diğer özelliklerinden dolayı olduğunu vurgulamışlardır⁹². Bu tartışmalar devam etmekle beraber, Kanada’da

⁸² Başbakan Pierre Trudeau Anayasa’nın Amerikan Anayasası ile benzer güç ve etkiye sahip olmasını istemiştir. Ancak, yeni beyannamemin parlamento üstünlüğünü zayıflatacağı yönündeki endişeleri gidermek ve Başbakan tarafından *Quebec’in* Kanada içindeki statüsüne ilişkin süregelen anlaşmazlıkları çözmek için 33. maddenin son anda eklenen bir madde olduğu ifade edilmektedir. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 52; Tomlinson, “Dialogue of the Deaf”, 20; Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 721.

⁸³ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 52; Dixon, “The Forms, Functions, and Varieties of Weak(ened) Judicial Review”, 919.

⁸⁴ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 52.

⁸⁵ Tsvi Kahana, “The notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter”, *Canadian Public Administration* 44/3 (Eylül 2001), 255-291.

⁸⁶ Yüksek Mahkeme, kamusal tabelalarda İngilizce kullanımını yasaklayan Quebec Fransızca Dil Beyannamesi’nin belirli hükümlerini geçersiz kılmış ve Quebec yasama organı, Bildirge’nin 33. maddesine dayanarak aynı hükümleri yeniden yürürlüğe koyarak buna yanıt vermiştir. Ama Quebec beş yıllık askıya alma süresinden sonra bunu yenilememiştir. Rosalind Dixon, “Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism”, *Oxford Journal of Legal Studies* 32/3 (01 Eylül 2012), 495.

⁸⁷ Kahana, “The notwithstanding Mechanism and Public Discussion”, 255; Dixon, “Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism”, 495.

⁸⁸ Yüksel, “Bir zayıf yargısal denetim yöntemi örneği olarak Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi’nin 33. maddesi’nin (askıya alma hükmü) değerlendirilmesi”, 335.

⁸⁹ Gardbaum, “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 178.

⁹⁰ Gardbaum, “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 179; Roach, “Dialogic Judicial Review and Its Critics”; Peter W. Hogg - Allison A. Bushell, “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, *Osgoode Hall Law Journal* 35/1 (01 Ocak 1997), 75-124; Young, *Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act*, 306.

⁹¹ Gardbaum, “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 179.

⁹² 1. maddenin varlığından ya da haklara yönelik sınırlamalardan ziyade, Yüksek Mahkeme’nin sonradan 1. maddeye dahil ettiği orantılılık testi ve özellikle de Yüksek Mahkeme’nin bu testi uygulama biçiminin göreceli olarak daha müsamahalı olmasıyla ilgilidir. Gardbaum, “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 182-183.

yasamanın son karar verici olma özelliği başta olmak üzere zayıf form yargısal denetimin özelliklerine sahip olduğu aşıkardır.

Şunu ifade etmek gerekir ki 33.maddeden kaynaklı yetki nadir de olsa Kanada yasama organları tarafından kullanılır. Daha da önemlisi, az kullanılması gelecekte kullanılmayacağı anlamına gelmemektedir. Kriz anlarında, yasama organlarınca gerekli görülüğünde veya yargının oldukça uç şekilde yorumlama yetkisini kullandığında Anayasa'nın yasama organlarına verdiği bu hak aktif şekilde kullanılabilir. Bu açıdan Kanada'da hem teorik hem pratik açılardan zayıf yargısal denetim olduğunu söylemenin daha doğru olacağını ifade etmeliyiz. Zira bu yasama organları için bir anayasal yetki ve nadir de olsa başvurabilecekleri bir koruma yöntemidir⁹³.

B. Birleşik Krallık modeli

Zayıf form yargısal denetim modelinin Kanada'dan daha zayıf türünün örneği Birleşik Krallık'ta uygulanan modeldir⁹⁴. Birleşik Krallık kodifiye olmayan ve yumuşak bir Anayasaya sahiptir. Yargısal denetimde kullandığı haklar bildirgesini içeren İnsan Hakları Yasası'nı 1998 yılında olağan kanun yapma prosedürünü takip ederek yapmış ve yasa 2000 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu yasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) iç hukuka dahil edilmiştir⁹⁵. Bu bağlamda İHY'nin statüsü kanun olup teoride diğer kanunlar gibi normal prosedür takip edilerek değiştirilebilmekte veya yürürlükten kaldırılabilir. Bu modelin Kanada'dan daha zayıf türünün örneği Birleşik Krallık'ta uygulanan modeldir⁹⁴. Birleşik Krallık kodifiye olmayan ve yumuşak bir Anayasaya sahiptir. Yargısal denetimde kullandığı haklar bildirgesini içeren İnsan Hakları Yasası'nı 1998 yılında olağan kanun yapma prosedürünü takip ederek yapmış ve yasa 2000 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu yasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) iç hukuka dahil edilmiştir⁹⁵. Bu bağlamda İHY'nin statüsü kanun olup teoride diğer kanunlar gibi normal prosedür takip edilerek değiştirilebilmekte veya yürürlükten kaldırılabilir.

İHY yapanlar hem KHÖB (1982) hem de Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi'ni (1990) inceleme fırsatına sahiptiler. Bu bağlamda zayıf form yargısal denetiminin zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi gibi birçok özelliğini bilinçli bir şekilde bu yasada kabul etmişlerdir. Ancak, Kanada'nın yargıya verdiği geçersiz kılma yetkisinin aşırı olduğu ve Yeni Zelanda'nın yargıya sadece yorumlama denetimi vermesini ise yetersiz olduğunu varsayıp ikisi tür arasında yeni bir zayıf form yargısal denetim türü kabul edilmiştir⁹⁶. Bu doğrultuda İHY savunucuları İHY'ı hakları korumak için alternatif ve daha iyi bir yol olarak savunmuşlardır⁹⁷.

Birleşik Krallık'ta geçmişten günümüze gelen en önemli anayasal ilkelerden biri parlamentonun üstünlüğü ilkesidir. Bu doğrultuda mahkemelerin kanunları değiştirme, iptal etme veya denetleme hakkına tabi olmadığı aksine sadece onları uygulama veya mümkünse yorumlama hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır⁹⁸. Ancak bu ilkenin çeşitli sebeplerden dolayı zayıflaması (özellikle Avrupa Birliği ülkelerindeki yargı üstünlüğünün etkisi) ve hakların daha iyi korunması gerektiği görüşünün güçlenmesi ile hakların korunmasıyla ilgili uyuşmazlıkların İHY ile getirilen yargısal denetleme mekanizması ile çözülmesi amaçlanmıştır. Özellikle AİHS'de yer alan hakların uluslararası kurumlara (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) gitmeden ulusal mahkemelerde korunması amaçlanmıştır. Bu yasa İngiliz Anayasasının temel yasası haline gelmiştir⁹⁹. Ayrıca zayıf form yargısal denetiminin bir türünün ortaya çıkmasına da neden olmuştur¹⁰⁰.

⁹³ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 52.

⁹⁴ Bazı yazarlarda Birleşik Krallık'ta yargısal denetim olmadığı ve böyle bir denetimin kabul edilmediği ve demokrasiyle uyuşmadığını vurgulamışlardır. Benzer şekilde Hollanda için de bu yorum yapılmıştır. Ancak Hollanda yargısal denetimin olmadığını açık bir şekilde Anayasasında belirtmiştir. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 214.

⁹⁵ İnsan Hakları Yasası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde var olan hakların İngiliz mahkemelerince yani iç hukukta korunması amacıyla kabul edilmiştir. Böylece bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde değil iç hukukta çözülmesi amaçlanmıştır. Yasada belirtilen haklar AİHS'deki haklarla (2. maddeden 12. maddeye kadar) aynıdır. Hiebert, "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", 1975; Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights", 15; Calabresi, *The History of Growth of Judicial Review v. 1*, 31.

⁹⁶ Hiebert, "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", 1975.

⁹⁷ Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights", 15.

⁹⁸ Albert V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, ed. Roger E. Michener (Indianapolis: Liberty Fund Inc, 1982); Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 9-17.

⁹⁹ Vernon Bogdanor, *The New British Constitution* (London: Hart Publishing, 2009), 62; Roznai, "Introduction", 364.

¹⁰⁰ Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 53.

İHY, mahkemeleri ve yürütmeyi AİHS’de yer alan haklara aykırı davranmasını engelleyecek şekilde bağlamaktadır ancak Parlamento böyle bir bağlılığa tabi değildir¹⁰¹. İHY’nin 3, 4, 10 ve 19. maddeleri aracılığıyla zayıf form yargısal denetimin özellikleri ve hakları korumak için gerekli üç aşamalı denetim mekanizması oluşmuştur.

İlk aşama olarak, İHY’nin 19. maddesi bir yasa tasarısından sorumlu bakanın, yasa tasarısının AİHS’de bulunan haklarla uyumlu olduğunu beyan eden bir açıklama yapmasını veya hükümetin uyumluluk beyanı olmaksızın yasa tasarısı için süreci devam ettirmek istediğini açıklayan bir açıklama yapmasını gerektirir¹⁰². Yani bu madde, zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesini öngörmektedir. Bu madde hükümetin yasa tasarısının AİHS haklarını ihlal edebileceğini öngörse bile süreci devam ettirmesine izin verir, ancak Hükümeti bunu açıkça ifade etmesine mecbur etmektedir¹⁰³. Üstelik, bakanın yasa tasarısı için gerekçeler sunması veya hatta konu hakkında parlamento tartışması başlatması için yasal bir zorunluluk olmamasına rağmen, Hükümetin uyumluluk hakkındaki görüşlerinin gerekçelerini özetleyen bir rapor sunması teamül haline gelmiştir¹⁰⁴. Sonraki süreç yasa tasarısının yasama organında kanunlaşmasıdır. Parlamento yasa tasarısını ele alırken, bu yasa tasarısının AİHS’deki haklarla uyumluluğu hakkında sunulan rapor sayesinde bir bilgi birikimine sahiptir. Bu özellikle tartışmalı konuların Parlamento’da ayrıntılı görüşülmesine katkı sağlar.

Yasa tasarısının kanunlaşmasından sonra, denetimin ikinci aşaması takip eder. Bu doğrultuda, İHY’nin 3.maddesine göre belirli mahkemeler, mümkün olduğu ölçüde normları (asıl ve tali yasama işlemleri) AİHS haklarıyla uyumlu bir şekilde yorumlamalıdır. Yani burada yargıya hakları korumak için bir görev verilmektedir. 3.maddeye göre “*mümkün olduğu ölçüde, birincil mevzuat ve alt mevzuatın, Sözleşme haklarıyla uyumlu bir şekilde okunması ve yürürlüğe konulması gerekir.*” Yani yasa tasarısını sözleşme haklarıyla uyumlu şekilde yorumlama mümkünse 3.madde uyarınca uyumlu şekilde yorumlanır. Ancak, mümkün değilse ancak 4.madde uygulanmalıdır¹⁰⁵.

Burada önemli olan mahkemenin hakları korumada yorumlama gücünün sınırları ve ne tür yorumlama yöntemleri kullanacağıdır¹⁰⁶. Yorumlama yükümlülüğüne ilişkin iki aşamalı bir yaklaşım benimsenmiştir: a. İlk olarak, mevzuatın, genel olarak anlaşıldığı şekliyle, Sözleşme haklarını ihlal edip etmediğini tespiti yapılmaktadır. Eğer ihlal etmiyorsa, sorun yoktur. Ancak, mahkemeler Sözleşme haklarının ilk bakışta ihlal edildiğine inanıyorsa, mahkemeler madde 3/1 uyarınca görünürdeki uyumsuzluğu ortadan kaldırabilecek veya iyileştirebilecek tutarlı bir yorum olup olmadığını belirlemeye çalışır. b. ikinci aşamada, 3.maddenin mahkemelere dilsel ve gramer olarak değişiklik yaratacak bir yorum benimsemelerine izin verdiği ileri sürülmüştür. Kullanılacak teknikler, bir kanundaki açık anlamının okunması ve ayrıca hükümlerin ima edilen anlamların bulunması gibi yöntemler içermektedir¹⁰⁷.

Bu bağlamda mahkemenin yorumlamasının mümkün olmamasının iki nedeni var olduğu öne sürülebilir. İlki, böyle bir yorumun yasanın temel özelliği, temel ilkesi veya asıl amacın itici gücü ile

¹⁰¹ Tomlinson, “Dialogue of the Deaf”, 54.

¹⁰² Daha detaylı olarak şunu söyleyebiliriz ilk aşamadaki incelemenin 4 dört kronolojik inceleme aşaması vardır. Bunlar: 1. giriş öncesi yürütmenin incelemesi; 2. 19.maddedeki beyanın uygulanması; (3) uzmanlaşmış parlamento komitesi (İnsan Hakları Ortak Komitesi) tarafından inceleme; ve (4) müteakip parlamento müzakeresi. Daha fazla bilgi için: Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 162-168; Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998), (1998).

¹⁰³ Kavanagh, “What’s so Weak about ‘Weak-Form Review?’”, 1014-1015.

¹⁰⁴ Bakanlar neredeyse her zaman olumlu bir uyumluluk ifadesinde bulunurlar. Olumsuz bir uyumsuzluk ifadesi yalnızca tek bir durumda (İletişim Yasası 2003) yapılmıştır. Daha fazla bilgi için: John Morison vd. (ed.), “Reshaping Constitutionalism”, *Judges, Transition, and Human Rights* (Oxford University Press, 2007), 473; Kavanagh, “What’s so Weak about ‘Weak-Form Review?’”, 1015.

¹⁰⁵ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 171.

¹⁰⁶ Ghaidan v. Godin-Mendoza davası bu konuda oldukça ünlü bir davadır. Daha fazla bilgi için bkz: “House of Lords - Ghaidan (Appellant) v. Godin-Mendoza (FC) (Respondent)” (Erişim 14 Ocak 2025); Kavanagh, “What’s so Weak about ‘Weak-Form Review?’”, 1015-1016; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 172.

¹⁰⁷ Aileen Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act* (Cambridge, UK New York: Cambridge University Press, 2009), 23-24; Kavanagh, “What’s so Weak about ‘Weak-Form Review?’”, 1016.

bağdaşmamasıdır. İkincisi ise söz konusu belirli yasal dilin değiştirilmesinin ötesine geçip mahkemenin Parlamento'nun yetki alanı dahil olup yasama gibi hareket etmesi durumunun gerçekleşmesi ihtimalidir¹⁰⁸. Bu durumlarda, yani yorumlama yapmak mümkün değilse, ya da başka bir deyişle mahkeme, normun Sözleşme ile uyuşmadığı kanaat getirirse, İHY'nin 4.madesine göre, mahkeme bu uyuşmazlığı ilişkin bir beyanda (*a declaration of incompatibility*) bulunabilir¹⁰⁹. Yani mahkeme açık bir şekilde yasamanın sözleşme hakkıyla uyuşmazlık olduğuna karar verdiğinde yorumlama yapmayacak ve bir uyumsuzluk beyanı ilan edecektir¹¹⁰. Şunu belirtmek gerekir 4.maddeye göre sadece belirli yüksek mahkemeler uyuşmazlık ilanı yapabilir¹¹¹.

İHY öncesi hakimler, kendi görüşlerine göre temel hakları açıkça ihlal eden bir yasayla karşı karşıya kaldıklarında parlamentonun üstünlüğü gereği hakları koruma için yorumlama dahil çözüm üretme imkanları yoktu. Bu nedenle sistem yetersiz kabul edilmiştir. Ancak mahkemelere bir yasayı geçersiz kılma yetkisi vermek, parlamento üstünlüğü ilkesi ihlali ve hakimlerin aşırı güçlenme ihtimali nedenleriyle Birleşik Krallık'ta kabul görmemiştir. Bu nedenle İHY'nin 3 ve 4. maddeleri ile yasamanın üstünlüğünü tamamen kaldırmadan mahkemelere yorumlama ve uyumsuzluğu ilan etme hakları verilmiştir. Bu model de hakimlin elindeki en güçlü silah yasamanın yaptığı kanunun Sözleşme haklarıyla uyuşmadığını ilan etmesidir. Yani kanunu Kanada'daki gibi geçersiz kılma gibi bir yetkisi yoktur. Bu kararın bağlayıcı yasal bir etkisi yoktur ve bu ilandan sonra mahkemenin görevi sona ermektedir. Başka bir deyişle, mahkemenin verdiği uyumsuzluk beyanı, ilgili yasanın geçerliliğini, sürekli işleyişini veya uygulanmasını etkilemez¹¹². Kanun yürürlükte kalır ve herhangi bir yasal işlemde ele alınabilir veya uygulanabilir. Yani, ilgili yasaya dair bir uyuşmazlıkta mahkemeler yine bu kanunu uygulamalıdır. Bu aşamadan sonra ilgili yetkili organ yasama organıdır. Bu açıdan, uyumsuzluk beyanının etkisi esas olarak politiktir, zira Birleşik Krallık'ta mahkemelerin hakların ihlaliyle ilgili bir uyuşmazlık kararı verdiğinde Parlamentonun bu yasayı değiştirmesi ve AİHS ile uyumlu hale getirmesi beklenmektedir. Ancak Parlamento bunu yapmamayı tercih edebilir, yani bu bağlamda Parlamento hala egemen ve üstündür¹¹³. Başka bir deyişle mahkeme denetlediği normun genellikle AİHS ile uyumsuz olduğunu ilan eder, yani bir çeşit zayıf denetleme yapar ama onu iptal edecek yetkisi yoktur. Bu bağlamda Birleşik Krallık'taki yargının denetim yetkisi, Kanada'ya kıyasla zayıftır.

Hak denetimin son aşamada asıl kararı veren seçilmiş organlardır. İHY kapsamında, Parlamento hem 3. madde kapsamındaki yargısal yorumlama kararlarına hem de 4. madde kapsamındaki uyumsuzluk ilanlarına karşı son sözü söyleme yasal yetkisini elinde tutar¹¹⁴. Parlamento mahkeme yorumlarıyla uyumlu olarak yasayı değiştirme, yeni yasa yapma veya hiçbir işlem yapmama gibi istediği gibi hareket etme yetkisi vardır. Yani son kararı yargı değil yasama verir.

Uyuşmazlık ilanında genellikle iki çözüm söz konusudur: İlk olarak ya Parlamento yasayı sözleşmeye uygun olacak şekilde değiştirme veya yenisi yapma yoluna gider. İHY'nin savunucuları, İHY'nin kabulüyle ilgili tartışmalar sırasında Parlamento'nun uyumsuzluğu ortadan kaldırmak için yasayı düzenli olarak değiştirerek yanıt vereceğini ifade etmişlerdir¹¹⁵. Uygulamada oldukça uygulanan bir yöntemdir. İkinci olarak İHY'nin 10.maddesine göre, uyumsuz olduğu beyan edilen normun

¹⁰⁸ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 172; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1016-1020.

¹⁰⁹ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 28.

¹¹⁰ Kesin kurallar olmamasına rağmen *Bellinger v. Bellinger* davası uyumsuzluk ilan etme şartlarını anlamak için iyi bir örnektir. Daha fazla bilgi için bkz: "House of Lords - *Bellinger (FC) (Appellant) v. Bellinger*" (Erişim 14 Ocak 2025).

¹¹¹ Örneğin, İngiltere ve Galler'de Yüksek Mahkeme (*the High Court*), Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*), Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*), Kraliyet danışma meclisi Yargı Komitesi (*Judicial Committee of the Privy Council*) ve Askeri Mahkemeler Temyiz Mahkemesi (*the Courts Martial Appeal Court*) uyumsuzluk beyanları ilan edebilirler. Detaylı bilgi için İHY'nin 4.maddesine bakılabilir. Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998).

¹¹² Roznai, "Introduction", 364.

¹¹³ Victor Ferreres Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective* (New Haven, CT: Yale University Press, 2009), 4.

¹¹⁴ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 174.

¹¹⁵ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 28.

değiştirilmesi için bakanlar tarafından hızlı yol (*fast track*) seçeneği olan telafi edici emir veya düzeltici karar (*a remedial order*) seçeneği kullanılabilir¹¹⁶. Yani konuyla ilgili sorumlu bakanın, yasayı sözleşme ile uyumlu yapmak için önerilen değişikliği olağan yasa değişiklik prosedürünün uzun işlemlerinden bazılarını atlayarak, yasayı hızlı bir şekilde değiştirmesine izin verir. Düzeltici kararlar hem birincil hem de ikincil mevzuatı değiştirmek için kullanılabilir ve Sözleşme haklarıyla uyumsuzluğu gidermek için gerekli olan her türlü düzenlemeyi öngörebilir. Taslak düzeltici kararlar, İnsan Hakları Ortak Komitesi (*the Joint Committee on Human Rights*) tarafından incelenir ve yasa haline gelmeden önce her iki Meclis (Avam ve Lordlar Kamarası) tarafından onaylanması gerekir. Dahası, İHY kapsamında, kanunu değiştirmenin acilen gerekli olduğunu öngören bir bakan, bunu hızlı bir şekilde ön inceleme yapılmaksızın bakanlık emriyle yapabilir, yalnızca bu işlemin Parlamento tarafından daha sonra onaylanması gerekir¹¹⁷.

Uygulamada, genellikle mahkeme uyumsuzluk ilanı verdiğinde Parlamento ve Hükümet bu uyumsuzluğu değiştirmek için gerekli düzenlemeleri yaparlar. Bunun birçok nedeni olduğu söylenebilir¹¹⁸. Birincisi ve en önemlisi, mahkeme ilanı ile AİHS'nin sürekli ihlal edildiği ve seçilmiş organların bunu engellemek için harekete geçmemesi siyasi açıdan hem organlar hem de ülke için olumsuz etkileri olacaktır. İkincisi, eğer bir çözüm getirilmezse bu karardan etkilenen hak sahibi AİHS kapsamındaki haklarının ihlal edildiğini ifade ederek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilir. Başvuru sahibi, Sözleşme haklarının ihlal edildiğini (en yüksek ulusal mahkemelerce onaylandığını) ve Birleşik Krallık Hükümet ve Parlamentosu'nun yine de ihlali gidermediğini iddia edebilecektir. Bu durumda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin başvuru lehine bir hak ihlali bulma olasılığı yüksektir ve böyle bir karar sonucu Birleşik Krallık yasayı değiştirmek için uluslararası bir yükümlülük altına girer veya sonuçlarına katlanmaktadır¹¹⁹. Üçüncü neden olarak, genel beklenti seçilmiş organların uyumsuzluk beyanlarını yasayı değiştirerek yanıt vermesidir. Bunu gerçekleştirmediği takdirde hakların yeterince korunmadığı algısı oluşabilir ve bu siyaseten önemli olacaktır. Üstelik, bu tür düzenlemeler yapılmadığında genellikle muhalefet partileri veya milletvekilleri Parlamento'da Hükümet'in politikalarını eleştirmek için hakların korunmadığı tezini kullanmaktadırlar. Yani bir siyasi baskı aracıdır¹²⁰. Diğer bir neden ise hakların korunmasında Parlamento'daki partiler popülerliklerini olumsuz etkileyecek politikalarından kaçınmak için yargı organına uymayı tercih edebilirler. Özellikle, ihtilafli konularda Parlamento yargı organının kararına uyarak konudan kaynaklı suç ithamlarını yargıya yükleyebilir. Dahası, Birleşik Krallık'ta, yargının bağımsız, uzman ve gerekli kurumsal kapasiteye sahip olduğu ve hakimlerin mesleki davranışlarının Parlamento'da sorgulanmaması gerektiği görüşü yaygındır.¹²¹ Yargı organlarını hakları koruma görevini yürütürken günlük siyasi kaygılardan yalıtılmış olması ayrıca bu görüşü desteklemektedir.¹²²

Bu bağlamda, Parlamento'nun mahkemelerin bağlayıcı olmayan uyumsuzluk beyanlarına gönüllü olarak tutarlı bir şekilde uymasının, İHY'nin mahkemelere (güçlü form yargısal denetimdeki gibi), pratikte yasalarını geçersiz kılma yetkisi verdiği ifade edenler olmuştur¹²³. Şunu ifade edebiliriz seçilmiş organlar yargının kararlarına genellikle istekli bir şekilde uyar ve sorunu kendilerinin düzeltmesini

¹¹⁶ Şunu da belirtmek gerekir ki bunu yapmak zorunda değiller. Genellikle parlamento bu uyumsuzluğu yeni kanun yaparak veya kanunu değiştirerek kendisi uyumlu hale getirir. Calabresi, *The History of Growth of Judicial Review* v. 1, 31.

¹¹⁷ Parlamento'ya sunulmasından itibaren 120 gün içinde her iki Meclis tarafından onaylanmazsa yürürlükten kalkar. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 28.

¹¹⁸ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 30; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1024-1025.

¹¹⁹ Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, 286-287; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1024.

¹²⁰ Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1025.

¹²¹ Eric C. Ip, "The Judicial Review of Legislation in the United Kingdom: A Public Choice Analysis", *European Journal of Law and Economics* 37/2 (Nisan 2014), 229-230.

¹²² Ip, "The Judicial Review of Legislation in the United Kingdom", 229; Mary L. Volcansek, "Constitutional Courts as Veto Players: Divorce and Decrees in Italy", *European Journal of Political Research* 39/3 (Mayıs 2001), 351.

¹²³ Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*; Ip, "The Judicial Review of Legislation in the United Kingdom", 222.

gerekli görmemektedir¹²⁴. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki Parlamento gerekli gördüğü durumlarda yargı kararlarına müdahil olmaktadır.

Uygulamada, 2016 tarihine dek, yirmi bir nihai uyumsuzluk beyanından yirmisi birincil mevzuatın ilgili hükmünün değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılmasıyla sonuçlanmıştır¹²⁵. Bu nedenle, yasa değişikliği veya geçersiz kınması yoluyla yargı kararına uyulması yönünde bir teamül olduğu görüşü dile getirilmiştir¹²⁶. Sadece bir kararda yasama organı yasayı yargı organını uyumsuzluk beyanı doğrultusunda düzeltilmemiştir. Bu 2005 tarihli *Hirst v. UK* davasıdır¹²⁷. Mahkeme, tüm hükümlülerin parlamento seçimlerinde oy kullanmasına ilişkin genel yasağın AİHS'nin birinci protokolünün 3. maddesiyle bağdaşmadığını ilan etmesine rağmen¹²⁸, Parlamento bu hakkı hükümlülere vermeyi reddetmiştir. Yani istisnai gibi görünse de yasama yargının uyuşmazlık ilanını yeterli görmeyip farklı şekilde hareket etmiştir. Bunun en büyük nedeni de hem büyük siyasi partilerin hem de halkın çoğunluğunun hükümlülere bu hakkı vermeme konusunda hem fikir oluşlarıdır¹²⁹.

Sonuç olarak, Birleşik Krallık'ta yasama organının son kararı verme hakkı mevcuttur, yani zayıf form yargısal denetim sistemi mevcuttur ve şartlar oluştuğunda yasama bu hakkını kullanmıştır. Özellikle şunu da belirtme lazım ki Birleşik Krallık'ta zayıf form denetimin ilk aşaması olan zorunlu yasa öncesi denetimin mekanizması ile hakların korunmasını sağlar ve bu tür bir denetim güçlü form yargısal denetim de yoktur.

İHY'nin getirdiği sistemin hakları yeterince koruduğu tartışmalı olmakla beraber, genel olarak İHY'nin getirdiği yargısal denetimin hakları korumasında başarılı olduğu ifade edilmektedir¹³⁰. Özellikle zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesindeki hükümet, komisyon ve Parlamento'nun uyumlu ve etkin çalışması bunu etkilemiştir. Buna ek olarak ikinci aşamada mahkemeler genellikle yetkilerini ve sorumluluklarını makul ölçüde iyi ve gerektiği gibi kullanmışlardır. Üçüncü aşamada da yukarıda ayrıntılı anlatıldığı gibi yasama etkin şekilde hakları korumaya yönelik hareket etmektedir¹³¹. Genel olarak organlar arasında bir diyalog söz konusu olup zayıf form yargısal denetimin aktif olarak iyi uygulandığını ifade edebiliriz.

C. En zayıf tür: Yeni Zelanda modeli

Yeni Zelanda'da var olan zayıf form yargısal denetim modelinin en zayıf türüne örnek oluşturmaktadır. Yeni Zelanda Kanada'da ortaya çıkan zayıf form yargısal denetim modelini daha sonra kabul eden ilk devlettir. Bunu 1990'da kabul ettiği Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi Yasası ile yapmıştır. YZHBY olağan yasa yapma yolu takip edilerek yapılmış ve yine yasamanın olağan çoğunluğu ile tamamen veya kısmen

¹²⁴ Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1022.

¹²⁵ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 174-175; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1025. Ek bilgi olarak şunu ifade edebiliriz: 2013 yılına dek on sekiz düzeltilen beyanın üçü, İHY'nin 10. maddesi uyarınca düzeltici emirlerle çözülmüştür; üçü, beyanın yapıldığı sırada yasama organı tarafından çözülmüş ve on ikisi de daha sonra yasama organı tarafından çözülmüştür.

¹²⁶ Dixon, "The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review", 918; Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, 289; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1026.

¹²⁷ *Hirst v. the United Kingdom (dec.)* (Hirst v. the United Kingdom (dec.)), K. 23304/05 (ECtHR 08 Temmuz 2003); Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 174; Dixon, "The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review", 918.

¹²⁸ Bazı değişiklikler yaparak sınırlı bir şekilde bazı mahkumlara bu hak tanınmıştır ancak tüm hükümlülere bu hak verilmemiştir. Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 174-175.

¹²⁹ Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1026.

¹³⁰ Genellikle beş farklı görüş olduğunu söyleyebiliriz: 1. İHY'nin Birleşik Krallık'ın yasal ve siyasi sistemi üzerinde önemli bir etkisi olmadığı ve hakların daha iyi korunmasıyla sonuçlanmadığı iddiası 2. İHY'nin çok zayıf olduğu iddiası 3. İHY'nin çok güçlü olduğu 4. İHY'nin teori ve pratik uygulamalarının farklı olduğu ve teoride zayıf pratikte güçlü olduğu iddiası. 5. İHY'nin istenildiği kadar koruma sağladığı iddiası. Daha detaylı bilgi için bkz: Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 188-191.

¹³¹ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 193-194; Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 192-193.

yürürlükten kaldırılabilir sıradan bir yasadır¹³². Bu nedenle, teori de diğer yasalardan üstün değildir ve prosedür olarak olağan süreçle değiştirilebilir veya yürürlükten kaldırılabilir¹³³.

YZHBY, parlamento egemenliği ilkesine açıkça itiraz etmez¹³⁴. Zira, yasanın 4.maddesi, mahkemelerin YZHBY ile tutarsız olan yasayı geçersiz kılma, uygulamama veya etkisiz olarak değerlendirme yetkisinin olmadığını açıkça belirtir¹³⁵. Bu bağlamda YZHBY'nin ondan sonra yapılan yasaları yürürlükten kaldırıldığını veya başka bir şekilde geçersiz kıldığını iddia edilmesi söz konusu değildir. Ayrıca yeni yasanın YZHBY'nin hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle yasayı uygulamaktan kaçınılması da açıkça yasaklanmaktadır. Yani YZHBY'nin teoride diğer kanunlardan bir farkı yoktur ve mahkemelere yasamanın yaptığı yasaları bu bildirgeye dayalı olarak geçersiz kılma, değiştirme, uygulamama veya İHY'deki gibi uyuşmazlığı ilan etme hakkı da vermemiştir.

YZHBY mahkemelere sadece yorumlayıcı bir yetki vermektedir. Yasanın 6.maddesi yasanın temel amacını vurgulamaktadır: *"Bir yasaya, bu Haklar Bildirgesi'nde yer alan hak ve özgürlüklerle tutarlı bir anlam verilebildiği her yerde, bu anlam diğer herhangi bir anlama tercih edilecektir"*¹³⁶. Sadece yorumlama yetkisine dayalı olduğu için zayıf form yargısal denetim modelinin en zayıf türünü oluşturmaktadır. Zira Kanada'da yargı organın geçersiz kılma yetkisi ve Birleşik Krallık'ta yargı organın uyuşmazlık beyanını ilan etme yetkisi var iken, burada yargı organı sadece yasa ile haklar bildirgesinde yer alan haklarla ilgili tutarlı bir anlam verme görevi ve yetkisi vardır.

Bu zayıf denetime rağmen, Yeni Zelanda zayıf form yargısal denetim modelinin (hak koruma yöntemi dahil) özelliklerini taşır: İlk aşama olarak, yasa tasarısı yürürlüğe girmeden önce hakların korunması için zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi mekanizması vardır. YZHBY'nin 7. maddesine göre bu aşama, kronolojik olarak a. bir yasa tasarısının Parlamento'ya sunulmasından önce yürütme tarafından incelemesi, b. Başsavcının (*Attorney-General*) 7. madde kapsamında yasa tasarısının YZHBY ile uyuşmadığı durumlarda Parlamento'ya rapor sunması¹³⁷ ve c. yasa tasarısının sunulmasından sonra ve yasama sürecinin geri kalanında parlamento denetimi olarak alt bölümlere ayrılabilir¹³⁸.

İkinci aşamada, yargı organın yaptığı yargısal denetim söz konusudur. YZHBY'nin 6.maddesi mahkemeye yasamanın yaptığı yasayı Haklar Bildirgesi'nde yer alan hak ve özgürlüklerle tutarlı bir anlam vermesi mümkünse bu tür bir yorum yapma yetkisi vermiştir. Yani diğer benzer sistemlere kıyasla tek bir yetkisi vardır: 6.maddeye dayalı yorumlama gücü. Burada mahkemeler Haklar Bildirgesi ile çelişmeyecek şekilde kanunları mümkün olan en üst düzeyde yorumlama yükümlülüğüne sahiptirler¹³⁹. Başka bir deyişle, mahkemelere, böyle bir anlam verilebildiğinde yasaları YZHBY haklarla tutarlı bir şekilde yorumlamaları yönünde talimat verilmiştir. Bu bağlamda, YZHBY, üstün bir haklar bildirgesi olmaktan ziyade yorumlayıcı bir niteliktedir¹⁴⁰. Ancak, bunun yapılamadığı durumlarda mahkemeler 4. madde uyarınca yeni yasayı uygulamaları zorunludur. Üstelik YZHBY daha sonraki tutarsız bir yasa tarafından örtük olarak yürürlükten kaldırılabilir. Başka bir deyişle, YZHBY diğer

¹³² Yeni Zelanda'da haklar bildirgesi çok bilinçli bir şekilde olağan yasama süreci aracılığıyla olağan bir yasa olarak kabul edilmiş ve yürürlüğe konulmuştur. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 25; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 129.

¹³³ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 129.

¹³⁴ Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights", 13.

¹³⁵ Yeni Zelanda Haklar bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990), (1990); Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 25; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 129.

¹³⁶ Yeni Zelanda Haklar bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990).

¹³⁷ Yeni Zelanda'da genel olarak hak denetimi olarak adlandırılan bu süreç, Adalet Bakanlığı bünyesinde bulunan İnsan Hakları Birimi tarafından, desteklediği tasarılar hariç olmak üzere tüm taslak yasa tasarılarını NZBORA ile tutarlılık açısından değerlendirir. Bir tutarsızlık tespit edilirse Başsavcıya bilgi verilir. Daha fazla bilgi için bkz. Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 132-135.

¹³⁸ Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 183; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 132.

¹³⁹ Yeni Zelanda Haklar bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990); Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 21.

¹⁴⁰ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 131.

yasalara üstün olmadığı gibi, ne zaman yürürlüğe girdiğine bakılmaksızın diğer tüm tutarsız yasalara da tabidir¹⁴¹. Sonuç olarak, sadece yorum yetkisi verildiği için bu modelin en zayıf türünü oluşturur.

Bu bağlamda, akla şu soru gelmektedir: Sadece yorumla yetkisinin varlığı, zayıf form yargısal denetim olarak kabul edilmeli midir? Bu soruya evet cevabı verilmelidir. Zira, yargı organı bu aşamada hakları korumak için bir denetim yapmaktadır. Üstelik bu yorumlayıcı yetki uygulamada etkin bir şekilde kullanılarak hakların korunmasını sağlamaktadır. Mahkeme burada iki senaryo ile karşı karşıyadır: İlk olarak, yasanın ne anlama geldiğini açık olmadığı durumdur. Burada hakimler, bazı hükümlerin ne anlama geldiğini belirlemek için olağan yasal yorumlama araçlarını kullanarak işe başlamaktadırlar. Bunun için yasanın genel yapısına, amaçlarına, yapılış sürecine, diğer yasalarla ilişkisine bakmaktadırlar. Ayrıca yasal yorumlamanın çeşitli kurallarını ele alarak davaya göre bu yöntemlerin daha fazlasına veya daha azına başvurmaktadırlar¹⁴². Hakimler yorumlama yöntemlerini kullanırken hakları kısıtlayan yorum ile hakları koruyan yorum arasında hakları koruyanı seçmeleri konusunda bir zorunluluğa sahiptirler. İkinci senaryoda ise yasanın daha açık olduğu bir durum söz konusudur. Burada, hakimler, temelde, yasanın dili hakimlere neler yapılmasını gerektiğini belirtir, ancak bu şekilde hareket edildiğinde anayasal normlar yani temel haklar ihlal edilmiş olunacaktır ve bunun istenmediği açık olduğu vurgulanmaktadır. Bu nedenle, hakimler yasayı haklar bildirgesi ile tutarlı olacak şekilde yorumlamaktadırlar, ki bu hakimlerin yasa dilinin belirttiği işlev veya talimattan başka bir işlev veya eylem yapılmasına sebep olacak bir anlam çıkarmasına neden olmasına rağmen yapılmaktadır. Böylece yorumlama zorunluluğu ve yetkisi, mahkemelerin geleneksel yasal yorumlama yöntemlerini kullanarak elde ettikleri sonuçtan farklı bir sonuç elde etmelerine ve genel olarak hakların daha iyi korunmasını sağlayan bir mekanizmanın oluşmasına imkân vermektedir¹⁴³.

Bu kapsamda, önemle vurgulamak gerekir ki, YZHBÝ sadece yorumlama yetkisi nedeniyle zayıf form yargısal denetim modeline sahip değildir. Modelin yukarıda belirttiğimiz diğer unsurlarına (zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi mekanizması veya yasamanın son sözü söylemesi gibi) sahip olduğu için zayıf form yargısal denetimin bir türü olarak kabul edilmektedir.

Son aşama da yasama organı, mahkemenin yeni yasa ile YZHBÝ'nin ilgili hükümlerle yaptığı yorumu yanlış olduğu kararı verebilmektedir. Yasama organı bu takdirde mahkemenin yaptığı yorumlamanın aksine daha önce yürürlüğe koyduğu yasayı savunabilmektedir¹⁴⁴. Yani yasama son sözü söyleme yetkisine sahiptir¹⁴⁵. Yukarıda ele alındığı gibi bu zayıf form yargısal denetim modelinin en ayırt edici özelliğidir.

Şunu belirtmek lazım teori de YZHBÝ sıradan bir yasadır ve hükümleri sıradan yasa gibi değiştirilebilir. Ancak yasama organının yorumlamadan kaynaklı memnuniyetsizliğinde yasamanın YZHBÝ'i değiştirmesi beklenmemelidir. Zira, teorik olarak yasa statüsünde olsa da uygulamada anayasal ve üstün bir metin olarak kabul edilmiştir. Yasama organı açısından temel yaklaşım şudur: YZHBÝ temel hakları gayet iyi bir şekilde korumaktadır ve yasama organı yargının yorumlaması beğenmediğinde YZHBÝ'i değil yapılan yorumlamayı yeterli veya doğru kabul etmezler. Yani mahkemelerin YZHBÝ'i yanlış yorumladığı görüşü mevcuttur¹⁴⁶.

YZHBÝ kapsamındaki asıl sorun 4. ve 6. maddeler arasındaki gerilim ve her birine uygun olarak verilmesi gereken ağırlığın belirlenmesidir. Mahkemelerin 6. maddedeki yorumlama yetkisini, yasa dili ve/veya parlamentonun niyetini değiştiren veya çarpıtan bir şekilde güçlü bir şekilde kullanması

¹⁴¹ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 130.

¹⁴² Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 25.

¹⁴³ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 25-26.

¹⁴⁴ Bu anlamda, mahkemenin beyan ettiği zararları tazmin etmek, sınırlamak veya düzenlemek için yasanın gerekli olup olmadığı konusunu tartışmak için konu bağımsız Hukuk Komisyonu'na havale edilir. Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 141.

¹⁴⁵ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 27.

¹⁴⁶ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 27.

durumunda, bunun mahkemelerin yasama organının yaptığı yasaları uygulamayı reddetmesini yasaklayan 4. maddenin ihlaline yol açtığı kabul edilmektedir. Ancak şu da önemlidir ki mahkemenin yaptığı yargısal yorumlamayı yasa yapımından ayıran çizgi, pratikte oldukça incedir. Bu tartışma, yorumlama yetkisi verilen tüm haklar bildirgelerinde (aksi ayrıntılı bir şekilde belirtilmediyse) mevcuttur. Zira bu konu hem Yeni Zelanda'da hem de daha geniş kapsamda Birleşik Krallık'ta önemli bir tartışma kaynağı olmuştur. Ayrıca, yorumlama yetkisinin etkin ve radikal bir şekilde kullanılması sonucu olarak olağan yasaların yeniden yazma yoluyla hak bildirgelerinin pratikte anayasal statüde olanlara benzediği ve bu durumun fiili bir yargısal üstünlüğe yol açtığı iddiası da söz konusudur¹⁴⁷.

Bu bir gerçektir ki Yeni Zelanda'da (ve Birleşik Krallık'ta), hakimler yetkilerini kullanırken yasaların amaçladığı makul belli anlamlardan ziyade bazı olası veya farklı anlamlar yükleyecek şekilde daha geniş kapsamda yorumlamışlardır. Bu, yargının Parlamento'nun belirlediği amaç dışında farklı kararlar vermesini neden olmuştur. Örneğin, *Poumako* davasında hakimlerin çoğunluğu şunu ifade etmiştir: *"Mesele yasama organının . . . neyi amaçlamış olabileceği değildir. Haklar Bildirgesi ile tutarlı bir anlam verilebildiği her yerde, bunun tercih edilmesi gerektiğidir"*¹⁴⁸. Yani asıl amaç yasama organının amacına uymaktan çok mümkünse hakların korunmasıdır. Bu kapsamda uygulamada şunu diyebiliriz ki yasama organının yaptığı yasanın üstünlüğünü vurgulayan ve mahkemeleri kısıtlayan 4.madde değil genellikle yargıya yorumlama yetkisi veren 6.madde sıklıkla kullanılmıştır. Başka bir deyişte uygulamada yargı aktif rol oynamıştır. Özellikle *Pora* davasında hakların korunmasını sağlamak için mahkeme sonraki zamanlı yasayı kullanmayıp YZHBV ile tutarsızlığı önleyecek bir yorumu tercih etmiştir. Yani 4. maddeye uygulanmaması için 6. madde bağlamında bir yorumu tercih etmişlerdir¹⁴⁹. Bu da yargının hakları koruma için yorumlama yetkisini oldukça geniş olarak anladığını göstermektedir.

Bunlara ek olarak, Yeni Zelanda'da yasama organı teoride son sözü söyleme yetkisi olmasına rağmen uygulamada yargı organının kararlarını benimsemektedir. 1990 ile 2005 yılları arasında, YZHBV ile yasalar arasında tutarsızlığın olduğu 13 dava söz konusudur ve mahkemeler yorumlama yetkilerini kullanarak bu davaları çözmüşlerdir. Bu davalarla ilgili, Parlamento sadece bir mahkeme kararını (*Refugee Council of New Zealand, Inc v Attorney-General*) geçersiz kılmıştır¹⁵⁰. Yani yasama genelde yargı kararlarına uyar.

Özetle, YZHBV'de yer alan haklar şu yollarla korunmaktadır: (1) Parlamento'nun bu haklarla tutarlı hareket etme konusunda yargısal olarak uygulanabilir olmayan bir yasal yükümlülüğü, (2) yasama sürecinin kendisinde zorunlu hak incelemesine dayanan siyasi bir mekanizma, (3) mümkün olduğunda haklarla tutarlı yasa yorumuna dayanan yargısal bir mekanizma ve (4) hakları ihlal eden yürütme eylemlerini iptal etme ve düzeltme yetkisi¹⁵¹. YZHBV'nin olağan yasal statüsüne ve 4. maddenin gerekliliklerine rağmen, bu zayıf denetim hakların korunmasında oldukça önemli bir rol oynamıştır ve YZHBV düzenli ve tutarlı bir şekilde anayasal önem atfedilmiştir¹⁵². Bu bağlamda, kimileri, YZHBV'yi yasal ve siyasi anayasacılıkları başarılı bir şekilde harmanlayan bir sistem olarak görmektedirler¹⁵³.

Sonuç olarak, genellikle YZHBV'nin (YZHBV önceki dönemle kıyasla) makul ölçüde iyi ve öngörülmesi gibi çalıştığı; temel hakların yeterince korunduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle tamamen anayasallaştırılmış bir haklar bildirgesine geçiş veya güçlü form yargısal denetime için hiçbir ihtiyaç

¹⁴⁷ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 136.

¹⁴⁸ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 137.

¹⁴⁹ *Pora* davası, zımni fesih yani aynı konuda sonraki kanunun önceki kanunu yürürlükten kaldırmasını kabul eden doktrininin aksi uygulaması olması açısından oldukça önemlidir. Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 136-139; Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 186.

¹⁵⁰ Dixon, "Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism", 493.

¹⁵¹ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 132.

¹⁵² Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 136.

¹⁵³ Bu bağlamda az sayıda da olsa kimileri de YZHBV kapsamında sistemin fiili yargı üstünlüğüne dönüştüğünü iddia etmişlerdir. "Smillie, John --- 'Who wants Juristocracy?' [2006] OtaLawRw 2; (2006) 11 Otago Law Review 183" (Erişim 14 Ocak 2025); Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 144-145.

olmadığı konusunda geniş bir fikir birliği vardır¹⁵⁴. Üstelik YZHBY'nin Yeni Zelanda'da anayasal bir statü kazandığı genel olarak kabul edilmektedir. Zira kodifiye edilmemiş ve üstün bir anayasadan yoksun bir hukuk sisteminde YZHBY farklı ve önemli bir anlam taşıdığı açıktır. Özellikle, bildirgenin sabit bir metni, nispeten belirli ve kapsamlı yapısı ve koruduğu temel haklarla, geleneksel parlamenter egemenliğini değiştirdiği ve anayasal statüye yükseldiği kabul edilmiştir¹⁵⁵. Şu da bir gerçektir YZHBY'nin içerdiği hakları korumak için sunduğu yöntem sıradan kanunlara kıyasla oldukça özel bir statüye sahip olan bir yöntemdir. Dolayısıyla, yasal statüsü sıradan bir kanun olmasına rağmen, YZHBY, diğer tüm sıradan kanunlara nasıl anlam verileceğini belirleyen bir çerçeve normdur¹⁵⁶.

Sonuç

Özetle, bu makale zayıf form yargısal denetim modelinin pratikte nasıl uygulandığını tartışmaktadır. Bunun için zayıf form yargısal denetim modelinin üç türünün pratikte uygulandığı Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda ülkelerini ele almıştır. Bunu yaparak varlığı tartışmalı olan zayıf form yargısal denetim pratikte çeşitli ülkelerde uygulandığını ispat etmek istemiştir.

Makale amacı olan zayıf form yargısal denetimin pratikte nasıl uygulandığını tartışmak için öncelikle yargısal denetim kavramını açıklamıştır. Zira, literatürde yapılan tanımlamalar veya kavramın ele alınan özelliklerinin pratikte uygulanan tüm yargısal denetim modellerini için yeterli olmadığını kanıtlamaya çalışmıştır. Daha sonra literatürde genellikle kabul edilen Avrupa ve Amerikan tipi yargısal denetim modellerini güçlü form yargısal denetim altında tek bir başlık altında ele almıştır. Bunu yaparken güçlü form yargısal denetimin özelliklerini de izah etmiştir. Daha sonra yargısal denetimi sınıflandırmada ikinci modelin zayıf form yargısal denetim modeli olduğunu iddia etmiştir. Bu iddiasını kanıtlamak için zayıf form yargısal denetim modelinin temel özelliklerini, güçlü form yargısal denetim modelinden farklılıklarını ve güçlü form yargısal denetim modelinde var olan ön koşullar gibi bazı unsurların nasıl farklılık gösterdiğini tartışmıştır.

Bunlara ek olarak, yaklaşık son kırk yılda zayıf form yargısal denetimi kabul eden ülkelerin neden güçlü form yargısal denetim yerine bu modeli seçtikleri de ifade edilmiştir. Zira, dünyada oldukça popüler olan güçlü form yargısal denetiminin bazı dezavantajları olduğu vurgulanmıştır. Yine buna bağlı olarak zayıf form yargısal denetim modelinin avantajları vurgulanarak özellikle *Common Law* sistemine tabi olan ülkelerin bu avantajları neden güçlü form yargısal denetime tercih ettikleri ele alınmıştır. Bu tartışmalardan sonra, makale zayıf form yargısal denetimin üç farklı türünün uygulandığı Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda ülkelerini tek tek ele almıştır. Zayıf form yargısal denetim modelinin kendi içinde en güçlüden en zayıf türüne göre sınıflandırıldığı bu ülkelerde modelin nasıl uygulandığı ele alınmıştır. Özellikle bu üç ülkede var olan türlerde farklılıklar olmasına rağmen hepsinde zayıf form yargısal denetimin özelliklerinin nasıl mevcut olduğu tartışılmıştır.

Sonuç olarak, bu makale zayıf form yargısal denetim modelinin güçlü form yargısal denetimden farklı olarak yeni bir yargısal denetim mekanizması olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtilmiştir. Bu görüşü desteklemek için makale bu alternatif modelin sadece teorik olarak açıklamasını yapmak yerine modelin farklı türlerinin uygulandığı Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda ülkelerinde modelin nasıl işlediğini göstererek pratikte de varlığını kanıtlamaya çalışmıştır.

Son olarak, şunu da belirtmek gerekir ki hem güçlü form yargısal denetim modeli hem de zayıf form yargısal denetim modeli, hakların korunmasında işlevsel olabilir. Burada önemli olan, bu modellerin hangi ülkelerde ve hangi koşullarda uygulanacağıdır. Öyle ki, yasama üstünlüğünü uzun süre korumuş ve demokratikleşme konusunda ciddi sorunlar yaşamamış ülkelerde (ele aldığımız üç ülke gibi), zayıf form yargısal denetim modelinin hakların korunmasında faydalı olacağını düşünmekteyiz. Buna

¹⁵⁴ Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 187.

¹⁵⁵ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 146.

¹⁵⁶ Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 728.

karşılık, yasama üstünlüğünün sağlıklı işlemediği ve seçilmiş organların ya da aktörlerin popülizm, siyasal çıkarlar gibi nedenlerle yetkilerini kötüye kullanabildiği ülkelerde (İkinci Dünya Savaşı öncesi Almanya ve İtalya gibi), güçlü form yargısal denetim daha etkin bir mekanizma olabilir. Bu açıdan, bir ülkenin iç dinamikleri, hangi tür yargısal denetim modelinin daha işlevsel olacağını belirleyecektir.

Kaynakça

- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku: Genel Kısım Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*. Ankara: Seçkin, 6. Basım, 2023.
- Bellamy, Richard. "The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy". *Political Studies* 44 (1996), 436-456.
- Bogdanor, Vernon. *The New British Constitution*. London: Hart Publishing, 2009.
- Calabresi, Steven G. *The History of Growth of Judicial Review v. 1*. New York: Oxford university press, 2021.
- Dicey, Albert V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. ed. Roger E. Michener. Indianapolis: Liberty Fund Inc, 8Rev Ed edition., 1982.
- Dixon, Rosalind. "The Core Case for Weak-Form Judicial Review". *Cardozo Law Review* 38/6 (2017), 2193.
- Dixon, Rosalind. "The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review". *International Journal of Constitutional Law* 17/3 (09 Eylül 2019), 904-930. <https://doi.org/10.1093/icon/moz059>
- Dixon, Rosalind. "Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism". *Oxford Journal of Legal Studies* 32/3 (01 Eylül 2012), 487-506. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqs015>
- Elliott, Mark - Thomas, Robert. *Public law*. Oxford University Press, 5. Basım, 2024.
- Erdos, David. *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World*. Oxford University PressOxford, 1. Basım, 2010. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199557769.001.0001>
- Fendolu, Hasan Tahsin. *Anayasa Yargısı*. Ankara: Yetkin, Gncellenmiř, Dzeltilmiř ve 2020 değişikliği yapılmış 4. Baskı., 2020.
- Ferrerres Comella, Victor. *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*. New Haven, CT: Yale University Press, 2009. <https://doi.org/10.12987/9780300148688>
- Gardbaum, Stephen. "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism". *International Journal of Constitutional Law* 8/2 (01 Nisan 2010), 167-206. <https://doi.org/10.1093/icon/moq007>
- Gardbaum, Stephen. *The new Commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2013.
- Gardbaum, Stephen. "What is judicial supremacy?" *Comparative Constitutional Theory*. ed. Gary Jacobsohn - Miguel Schor. Edward Elgar Publishing, 2018. <https://doi.org/10.4337/9781784719135.00007>
- Gardbaum, Stephen. "What's so Weak about 'Weak-Form Review'? A Reply to Aileen Kavanagh". *International Journal of Constitutional Law* 13/4 (Ekim 2015), 1040-1048. <https://doi.org/10.1093/icon/mov063>
- Gardbaum, Stephen A. "The New Commonwealth Model of Constitutionalism". *American Journal of Comparative Law* 49 (2001), 707. <https://doi.org/10.2139/ssrn.302401>
- Geiringer, Claudia. "From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism". *International Journal of Constitutional Law* 15/4 (03 Kasım 2017), 1247-1254. <https://doi.org/10.1093/icon/mox089>

- Ginsburg, Tom - Versteeg, Mila. "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?" *Journal of Law, Economics, and Organization*, Forthcoming Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-29. <https://papers.ssrn.com/abstract=2319363>
- Goldsworthy, J. "Homogenizing Constitutions". *Oxford Journal of Legal Studies* 23/3 (01 Eylül 2003), 483-505. <https://doi.org/10.1093/ojls/23.3.483>
- Gorgen, Nurullah. "The Weakening of Judicial Independence Through the Transition From the Judicialization of Politics to the Politicization of the Judiciary". *Judicial Independence in Transitional Democracies*. Kitap editörü Nauman Reayat vd., 86-110. London: Routledge, 1. Basım, 2024. <https://doi.org/10.4324/9781003458296-6>
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. Bursa: Ekin Basım Yayın, 16. Basım, 2024.
- Hiebert, Janet L. "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?" *Texas Law Review* 82/7 (2004), 1963-1987.
- Hiebert, Janet L. "Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?" *Modern Law Review* 69/1 (Ocak 2006), 7-28. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2006.00574.x>
- Hirschl, Ran. "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions". *Law & Social Inquiry* 25/1 (Aralık 2000), 91-149.
- Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge London: Harvard University Press, 2004.
- Hogg, Peter W. *Constitutional law of Canada*. Scarborough, Ont: Thomson/Carswell, 5th ed. supplemented., 2007.
- Hogg, Peter W. - Bushell, Allison A. "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)". *Osgoode Hall Law Journal* 35/1 (01 Ocak 1997), 75-124. <https://doi.org/10.60082/2817-5069.1612>
- Ip, Eric C. "The Judicial Review of Legislation in the United Kingdom: A Public Choice Analysis". *European Journal of Law and Economics* 37/2 (Nisan 2014), 221-247. <https://doi.org/10.1007/s10657-011-9281-4>
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye*. İstanbul: Platon Hukuk Yayınevi, 5. Basım, 2024.
- Kahana, Tsvi. "The notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter". *Canadian Public Administration* 44/3 (Eylül 2001), 255-291. <https://doi.org/10.1111/j.1754-7121.2001.tb00891.x>
- Kavanagh, Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*. Cambridge, UK New York: Cambridge University Press, 2009.
- Kavanagh, Aileen. "The Lure and The Limits Of Dialogue". *The University of Toronto Law Journal* 66/1 (2016), 83-120.
- Kavanagh, Aileen. "What's so Weak about 'Weak-Form Review'? The Case of the UK Human Rights Act 1998". *International Journal of Constitutional Law* 13/4 (Ekim 2015), 1008-1039. <https://doi.org/10.1093/icon/mov062>
- Kelly, J. B. - Hennigar, M. A. "The Canadian Charter of Rights and the Minister of Justice: Weak-Form Review within a Constitutional Charter of Rights". *International Journal of Constitutional Law* 10/1 (01 Ocak 2012), 35-68. <https://doi.org/10.1093/icon/mor067>
- Kelsen, Hans. "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence". *Harvard Law Review*, 44.

- Kmiec, Keenan D. "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism". *California Law Review* 92 (2004). <https://doi.org/10.15779/Z38X71D>
- Leckey, Robert. *Bills of Rights in the Common Law*. Cambridge University Press, 1. Basım, 2015. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139833912>
- Masterman, Roger - Murray, Colin. *Constitutional and administrative law*. Harlow, England; New York: Pearson, Second edition., 2018.
- Morison, John vd. (ed.). "Reshaping Constitutionalism". *Judges, Transition, and Human Rights*. 467-478. Oxford University Press, 2007. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199204939.003.0021>
- Onar, Erdal. *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizdeki Öncüler*. AÜHF Yayınları, 2003.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 23. Basım, 2023.
- Özbudun, Ergun. "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi". *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 62/3 (2007), 258.
- Özbudun, Ergun. *Türkiye’de demokratikleşme süreci: anayasa yapımı ve anayasa yargısı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Paris, Marie-Luce. "Setting the scene: elements of constitutional theory and methodology of the research". *Rights-Based Constitutional Review*. ed. John Bell - Marie-Luce Paris. Edward Elgar Publishing, 2016. <https://doi.org/10.4337/9781784717612.00007>
- Roach, Kent. "Dialogic Judicial Review and Its Critics". *Supreme Court Law Review* 23 (2004), 49.
- Roznai, Yaniv. "Introduction: Constitutional Courts in a 100-Years Perspective and a Proposal for a Hybrid Model of Judicial Review". *ICL Journal* 14/4 (23 Şubat 2021), 355-377. <https://doi.org/10.1515/icl-2020-0039>
- Schauer, Frederick - Alexander, Larry. "On Extrajudicial Constitutional Interpretation". *Harvard Law Review* 7 (1997), 1359.
- Stephenson, Scott. *From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism*. Sydney: Federation Press, 1st ed., 2016.
- Tezcür, Güneş Murat. "Judicial Activism in Perilous Times: The Turkish Case". *Law & Society Review* 43/2 (Haziran 2009), 305-336. <https://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2009.00374.x>
- Tomlinson, Douglas. "Dialogue of the Deaf: A Comparative Legislative Analysis of Weak-Form Judicial Review". *Seton Hall Journal of Legislation and Public Policy* 46/1 (24 Mart 2022). <https://scholarship.shu.edu/shlj/vol46/iss1/1>
- Tunç, Hasan. *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı(Denetim Kapsamı ve Organları)*. Yetkin Yayınları, 1997.
- Tushnet, Mark. "Alternative Forms of Judicial Review". *Michigan Law Review* 101/8 (01 Ağustos 2003), 2781-2802.
- Tushnet, Mark. "The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review". *German Law Journal* 14/12 (01 Aralık 2013), 2249-2263. <https://doi.org/10.1017/S2071832200002753>
- Tushnet, Mark. "The Rise of Weak-form Judicial Review". *Comparative constitutional law*. ed. Tom Ginsburg - Rosalind Dixon. Research handbooks in comparative law. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2011.

- Tushnet, Mark V. "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - And Democracy-Based Worries". *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* 38 (2003), 813.
- Tushnet, Mark V. (ed.). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2008.
- Volcansek, Mary L. "Constitutional Courts as Veto Players: Divorce and Decrees in Italy". *European Journal of Political Research* 39/3 (Mayıs 2001), 347-372. <https://doi.org/10.1111/1475-6765.00580>
- Waldron, Jeremy. "The Core of the Case against Judicial Review". *The Yale Law Journal* 115/6 (2006), 1346.
- Young, Alison L. *Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act*. Oxford; Portland, Or: Hart Publishing, 2009.
- Yüksel, İsmail. "Bir zayıf yargısal denetim yöntemi örneği olarak Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi'nin 33. maddesi'nin (askiya alma hükmü) değerlendirilmesi". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089752>
- "Bill of Rights Bill - Parliamentary Bills - UK Parliament". Erişim 01 Aralık 2024. <https://bills.parliament.uk/bills/3227>
- Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998), Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998). (1998).
- Hirst v. the United Kingdom (dec.), Hirst v. the United Kingdom (dec.) (Kanun No. 23304/05). K. 23304/05 (ECtHR 08 Temmuz 2003). Erişim 14 Ocak 2025. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23304>
- "House of Lords - Bellinger (FC) (Appellant) v. Bellinger". Erişim 14 Ocak 2025. <https://publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030410/bellin-1.htm>
- "House of Lords - Ghaidan (Appellant) v. Godin-Mendoza (FC) (Respondent)". Erişim 14 Ocak 2025. <https://publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040621/gha-1.htm>
- Kanada Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1982), Kanada Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1982). (1982).
- "Smillie, John --- 'Who wants Juristocracy?' [2006] OtaLawRw 2; (2006) 11 Otago Law Review 183". Erişim 14 Ocak 2025. <https://www.nzlii.org/nz/journals/OtaLawRw/2006/2.html>
- "The Common Law and Civil Law Traditions". Erişim 28 Aralık 2024. <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/11/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>
- Yeni Zelanda Haklar bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990), Yeni Zelanda Haklar bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990). (1990).

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

Dürüst Kullanım ve Tükenme İlkesi Kapsamında Markanın Figüratif (Logo) Unsurunun Kullanılması

Use of the Figurative (Logo) Element of the Trademark within the Scope of Honest Use and Principle of Exhaustion of the Trademark Right

Mehmet Emin Yikar 

Pamukkale Üniversitesi, Hukuk
Fakültesi, Denizli, Türkiye,
meminyikar@gmail.com,
ror.org/01etz1309

Öz: SMK kapsamında marka koruması, SMK m. 7 gereğince işaretin tescil edilmesi ile elde edilir. Tescil ile marka sahibine münhasır haklar tanınmaktadır. Bununla birlikte bu haklar, çeşitli gerekçeler ile kanun koyucu tarafından sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlamalar kapsamında marka, üçüncü kişiler tarafından kullanılabilir. Marka hakkına getirilen sınırlamalardan birisi SMK m. 152'de düzenlenen marka hakkının tükenmesi ilkesidir. SMK m. 152/1 uyarınca marka hakkı korumasına konu ürünlerin, marka hakkı sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından itibaren bu ürünler ile ilgili fiiller marka hakkı kapsamı dışında kalır. Hüküm gereğince üçüncü kişiler, markalı orijinal ürünleri hukuki işlemlere konu edebilir. Bu bağlamda örneğin üçüncü kişiler, orijinal ürünlerin tekrardan satışını yapabilir. Markanın üçüncü kişilerce kullanılabileceği diğer bir hal SMK m. 7/5'te düzenlenen dürüst kullanımdır. Hüküm gereğince marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının i) gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmek amacıyla, ii) mal veya hizmetin niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunmak amacıyla ve iii) mal veya hizmetin kullanım amacının belirlilmesinin gerekli olduğu durumlarda kullanılmasını engelleyemez. Marka hakkının tükenmesi ilkesi ve dürüst kullanım kapsamında üçüncü kişilerce gerçekleştirilecek marka kullanımı, marka sahibinin menfaatlerine aykırı nitelikte olmamalıdır. Üçüncü kişi, kural olarak marka sahibinin menfaatine aykırılık teşkil edecek her türlü kullanımdan kaçınmalıdır. Bu bağlamda üçüncü kişinin, markanın yazılı ve figüratif unsura sahip olması halinde, marka sahibinin menfaatine uyum ortabilmesi için yalnızca markanın yazılı unsurunu kullanması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Çalışmada, tükenme ilkesi ve dürüst kullanım kapsamında markanın figüratif unsurunun kullanımı ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Dürüst Kullanım, Marka Hakkının Tükenmesi, Markanın Figüratif Unsurunun Kullanılması

Geliş Tarihi/Received: 09.01.2025
Kabul Tarihi/Accepted: 28.02.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
23.05.2025

Abstract: Trademark protection under the Industrial Property Code No. 6769 (IPC) is obtained by registering the sign (Article 7 of the IPC). The registered trademark confers an exclusive right to the trademark owner. However, these rights are limited by the legislator. Within the scope of these limitations, third parties may use the trademark. One of the limitations imposed on the trademark right is the principle of exhaustion of the trademark right (Article 152 of the IPC). Pursuant to this Article, third parties may subject the original products subject to the trademark to legal proceedings. Another situation in which the trademark may be used by third parties is the honest use (Article 7/5 of the IPC). According to this Article, the proprietor of a trademark is not entitled to prohibit a third party from using in the course of trade i) the name or address of the third party, where that third party is a natural person, ii) signs or indications which are features of goods or services, iii) in particular, where the use of the trademark is necessary to indicate the intended purpose of a product or service. The permitted uses are limited. A third party may use the trademark in a honestly and in the ordinary course of commercial life. The use of the trademark by third parties within the scope of the principle of exhaustion of the trademark right and honest use must not be contrary to the interests of the trademark owner. As a rule, the third party must refrain from any use that would be contrary to the interest of the trademark proprietor. In this context, it is controversial whether the third party is required to use only the written element of the trademark in order to comply with the interest of the trademark proprietor if the trademark has a written and a figurative element. This study analyses the use of the figurative element of the trademark within the scope of the exhaustion principle and honest use.

Keywords: Honest Use, Exhaustion of the Trademark Right, Use of the Figurative (Logo) Element of the Trademark

Extended Abstract

As a rule, a registered trademark grants the owner exclusive rights (Article 7 of the IPC). However, these rights are limited. These limits aim to balance trademark owners' property rights and the public interest. Within the scope of these limitations, third parties may use the trademark.

One of the limitations imposed on the trademark right is the principle of exhaustion of the trademark right (Article 152 of the IPC). Pursuant to this Article, third parties may subject the original products subject to the trademark to legal proceedings. Another limitation is the honest use (Article 7/5 of the IPC). According this Article, the proprietor of a trademark is not entitled to prohibit a third party from using in the course of trade i) the name or address of the third party, where that third party is a natural person, ii) signs or indications which are features of goods or services, iii) in particular, where the use of the trademark is necessary to indicate the intended purpose of a product or service. The permitted uses are limited. A third party may use the trademark in a honestly and in the ordinary course of commercial life.

The use of the trademark by third parties must not be contrary to the interests of the trademark owner. As a rule, the third party must refrain from any use that would be contrary to the interest of the trademark proprietor. In this context, it is controversial whether the third party is required to use only the written element of the trademark in order to comply with the interest of the trademark proprietor if the trademark has a written and a figurative element. In this study, whether such use infringes the trademark right or are not analysed in the context of honest use and exhaustion principle.

Restrictions on honest use and exhaustion of trademark rights essentially regulate for the protection of an undistorted competitive market. However, there are various points where the principle of honest use and exhaustion differ from each other. Firstly, a trademark use pursuant to Article 7/5(a) of the IPC aims not only to protect the competition system, but also to protect personal rights.

The second difference between the two limitations is the persons who may use the trademark. Pursuant to Article 7/5(a) of the IPC, only natural persons may use the trademark. According to the exhaustion principle, there is no person limitation in the use of a trademark.

Another fundamental difference between the two limitations is the scope of the use of the trademark. The exhaustion principle applies only to goods. The exhaustion principle does not apply to services. Within the scope of honest use, a trademark may be used in relation to goods or services.

The fourth difference between the two limitations is whether the third party using the trademark has its own trademark. Pursuant to Article 7/5(b) and Article 7/5(c) of the IPC, the third party has its own trademark for its own goods or services. The exhaustion of the trademark right relates to the advertisement of the trademark owner's original goods by third parties. In this context, there is no obligation for the third party to have its own trade mark.

The fifth difference between the two limitations concerns the conflict of interests between the trademark owner and the third party. According to honest use, it can be said that the interests of the trademark owner outweigh the interests of the third party. Therefore, the use of the trademark by third parties should be limited to the extent necessary. On the contrary, according to the exhaustion principle, it can be stated that the interests of the persons who acquire the goods offered to the market outweigh.

By the above mentioned differences, the criteria for violation of the provisions also differ. While Article 7/5 of the IPC takes the use of a trademark as a basis, Article 152/2 of the IPC considers the use of an original product.

In the light of all these explanations, in our opinion, different evaluations should be made in terms of the use of the figurative element of the trademark within the scope of honest use and exhaustion principle.

Within the scope of honest use, it can be said that the figurative element of the trademark may be used in accordance with Article 7/5(c) of the IPC. Visual elements are emphasised in the promotion or advertisement of goods or services. The IPC does not regulate that the use of the figurative element of the trademark infringes the trademark right more than the use of the word element. Therefore it may be considered that the figurative element of the trademark may be used in order to attract the attention of the consumer more.

The third party using the trademark must, as the CJEU recognized, avoid harming the trademark owner's legitimate interests. They must do everything necessary to achieve this. If damage to the trademark proprietor's interests is unavoidable, use the method of using the trademark that causes the least damage should be preferred. In this way, an undistorted competitive market can be preserved. In this context, as a rule, it is in the interest of the trademark owner to use the word element of the trademark instead of the figurative element of the trademark. Therefore, the use of the figurative element constitutes a violation of honest practices, even though it can be explained to consumers by using the word element instead of the figurative element of the trademark regarding the goods or services.

In the exhaustion principle, it can be stated that the interests of the persons who acquire the goods offered to the market in accordance with Article 152 of the IPC outweigh. Because the provision aims to ensure the free movement of original products. In this context, the trademark of the manufacturer of the original products is used and advertised. Therefore, the figurative element of the trademark may be used within the scope of the exhaustion principle.

Giriş

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m. 7/1 uyarınca markaya yönelik SMK koruması, markanın tescili ile elde edilir. Tescil edilen bir marka, kural olarak tescil edildiği mal veya hizmet sınıfı bakımından herhangi bir üçüncü kişinin markayı kullanmasını engelleyen bir münhasır hak vermektedir (SMK m. 7/2). Tescilli bir marka, SMK m. 23 uyarınca 10 yıllık dönemler halinde yenilenmek suretiyle sınırsız olarak korunabilmektedir.

Marka olabilecek işaretler, SMK m. 4'te geniş bir şekilde ve örnek mahiyetinde sayılmaktadır. Marka olabilecek işaretler bakımından tanınan geniş tercih alanı sayesinde marka sahibine sağlanan tekel hakkı, üçüncü bir kişinin adı, soyadı, adresi veya toplumsal menfaatin ön planda olduğu bir işarete ilişkin dahi olabilir. Bu halde marka sahibinin tekel hakkı ile bireysel ve toplumsal menfaatler çatışabilmektedir.

SMK kapsamında tescilli marka sahibinin mülkiyet hakkı ile toplumsal menfaat arasında denge kurulması amacıyla marka sahibine tanınan hak ve yetkiler sınırlandırılmaktadır¹. Böylelikle tescilli marka sahibine sağlanması amaçlanan koruma alanını ve amacını aşan bir tekel hakkının tanınması da önlenmektedir². Bu bağlamda marka hakkına getirilen sınırlamalardan iki tanesi de çalışmanın konusunu oluşturan dürüst kullanım (SMK m. 7/5) ve marka hakkının tükenmesidir (SMK m. 152).

Çalışmada, marka hakkını sınırlayan dürüst kullanım ve marka hakkının tükenmesine kısaca yer verildikten sonra bu sınırlamalar kapsamında markanın figüratif (logo) unsurunun kullanılması ele alınmaktadır.

¹ Paul Ströbele, "Absolute Eintragungshindernisse im Markenrecht - Gegenwärtige Probleme und künftige Entwicklungen". *GRUR* (2001), 659; Nicolas Dontas, "Permitted Use Under International Law", *Trade Marks at the Limit*, Authors Jeremy Phillips (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006), 5.

² Ünal Tekinalp, "Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması". *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998), 636; Murat Cangül, "Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Dürüstçe ve Ticari Hayatın Olağan Akışı İçinde Kullanımı", *Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 13/50 (2017), 343.

I. Dürüst Kullanım

Dürüst kullanım ilkesi, SMK m. 7/5'te düzenlenmektedir. Hükmün mehzaz düzenlemesini 2015/2424 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (2015/2424 sayılı Tüzük)³ ve Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Yakınlaştırılmasına Yönelik 2015/2436 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (2015/2436 sayılı Direktif)⁴ m. 14 oluşturmaktadır⁵. Mehzaz düzenlemesinden farklılaştığımız hususlar olmakla birlikte genel anlamda SMK m. 7/5'in mehzaz ile uyumlu olduğu ifade edilebilir. Bu nedenle dürüst kullanıma ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) dikkate alınmalıdır. Çalışmada, ABAD içtihatlarının yanı sıra Avrupa Birliği düzenlemelerinin iç hukukta uygulanması sebebiyle Alman Federal Mahkemesi (BGH) içtihatları da ele alınmaktadır⁶.

SMK m. 7/5 uyarınca *"marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez:*

- a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi,
- b) Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması.
- c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması."

Dürüst kullanım ile marka üzerinde hak sahibi olmayan kimselerin, bir başkası adına tescilli markayı kullanabileceği durumlar düzenlenmektedir. Hükmünde, üç bent halinde markanın dürüstçe kullanılabileceği haller sayılmaktadır. Hükmün ilk bendinde gerçek kişilerin kendi ad veya adreslerini belirtmek amacıyla markanın kullanılabileceği, ikinci bendinde mal veya hizmetlerin niteliklerinin açıklanması amacıyla markanın kullanılabileceği ve üçüncü bendinde mal veya hizmetlerin kullanım amacının açıklanması amacıyla markanın kullanılabileceği düzenlenmektedir.

ABAD perspektifinden bakıldığında dürüst kullanım, marka korumasından doğan münhasır haklar ile malların serbest dolaşımı ve ortak pazarda hizmet sunulması özgürlüğü ilkelerinin uyumlaştırılmasına hizmet etmektedir⁷. Böylelikle marka, üye ülkeler arasında akdedilen anlaşmalar ile kurulması öngörülen bozulmamış rekabet düzeninin önemli bir parçası olarak temel rolünü oynayabilecektir⁸.

³ Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community Trade Mark, and Repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market, OJ L 341, 24.12.2015.

⁴ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks, OJ L 336, 23.12.2015.

⁵ Dürüst kullanım, SMK'dan önce 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 12'de düzenlenmekteydi. Bu hükmün mehzazını da 89/104 AET sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Yakınlaştırılmasına Yönelik Birinci Konsey Direktif (First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks, OJ L 40, 11.2.1989) m. 6 oluşturmaktaydı. Çalışmada düzenlemeye "89/104 sayılı Direktif" şeklinde atıf yapılmaktadır.

⁶ Alman hukukunda dürüst kullanım Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (MarkenG) § 23'te düzenlenmektedir.

⁷ CJEU C-10/89, SA CNL-SUCAL NV v. HAG GF AG, paragraf 13; CJEU C-63/97, Bayerische Motorenwerke AG (BMW) and BMW Nederland BV v. Ronald Karel Deenik, paragraf 62; CJEU C 100/02, Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co. v. Putsch GmbH, paragraf 16; CJEU C-228/03, The Gillette Company, Gillette Group Finland Oy v. LA-Laboratories Ltd Oy, paragraf 29. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGH, Urteil vom 2. 4. 2009 - I ZR 78/06 OSTSEE-POST, paragraf 45 (GRUR 2009, 673-678); BGH, Urteil vom 30. 4. 2009 - I ZR 42/07 DAX, paragraf 31 (GRUR 2009, 1162-1167); BGH, Urteil vom 12.3.2015 - I ZR 147/13 Tuning, paragraf 30 (GRUR 2015, 1121-1126).

⁸ CJEU C-10/89, SA CNL-SUCAL NV v. HAG GF AG, paragraf 13; CJEU C-63/97, Bayerische Motorenwerke AG (BMW) and BMW Nederland BV v. Ronald Karel Deenik, paragraf 62; CJEU C-104/01, Libertei Groep BV v. Benelux-Merkenbureau, paragraf 48; CJEU C 100/02, Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co. v. Putsch GmbH, paragraf 16; CJEU C-228/03, The Gillette Company, Gillette Group Finland Oy v. LA-Laboratories Ltd Oy, paragraf 29. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGH, Urteil vom 2. 4. 2009 - I ZR 78/06 OSTSEE-POST, paragraf 45 (GRUR 2009, 673-678); BGH, Urteil vom 30. 4. 2009 - I ZR 42/07 DAX, paragraf 31 (GRUR 2009, 1162-1167); BGH, Urteil vom 12.3.2015 - I ZR 147/13 Tuning, paragraf 30 (GRUR 2015, 1121-1126).

Üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen marka kullanımı, öncelikle bentlerde düzenlenen hallerden biri olmalıdır. Bentlerden biri kapsamında gerçekleştirilen kullanım ayrıca dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışına (dürüst uygulamalar) uygun olmalıdır. ABAD, 1999 tarihli “BMW v. Deenik” kararında, 89/104 sayılı Direktif m. 6 gereğince kullanımın dürüst uygulamalara uygun olması ile öncelikle marka kullanımını gerçekleştiren üçüncü kişinin, marka sahibinin meşru menfaatleri bakımından dürüst şekilde hareket etme yükümlülüğüne işaret ettiğini belirtmiştir⁹. Diğer bir ifade ile marka kullanımının dürüst uygulamalara uygun olması, üçüncü kişinin, marka sahibinin hukuka uygun menfaatlerine karşı haksız bir şekilde hareket etmeme yükümlülüğüne karşılık gelmektedir¹⁰. Dolayısıyla markayı kullanan üçüncü kişi herkes için geçerli olan dürüstlük kurallarına uymanın yanı sıra marka sahibinin özel menfaatlerini de dikkate almakla yükümlüdür¹¹.

Bu bağlamda üçüncü kişi, başkasına ait markayı kullanırken, marka sahibinin meşru menfaatlerine karşı haksız bir şekilde hareket etmemelidir. Üçüncü kişi, marka sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermekten kaçınmak amacıyla mümkün olan her şeyi yapmalıdır¹². Marka sahibinin menfaatlerinin korunabilmesi amacıyla marka kullanımı, gerekli olan asgari düzey ile sınırlı kalmalıdır¹³. Üçüncü kişinin, marka kullanımını gerekli olan asgari düzeyde sınırlamaması halinde haksız bir kullanım gerçekleştiği ifade edilebilir. Ayrıca marka kullanımı, ürün veya hizmetin marka sahibi tarafından sunulduğu veya taraflar arasında ticari ilişki olduğu izlenimi oluşturmamalıdır. Bu kapsamda üçüncü kişi, gerçeklere dayalı ve bilgilendirici bir şekilde markayı kullanmalıdır.

II. Marka Hakkının Tükenmesi

Marka hakkının tükenmesi, SMK m. 152’de düzenlenmektedir. Hüküm uyarınca marka korumasına konu ürünler, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra bu ürünler ile ilgili fiiller hakkın kapsamı dışında kalır.

Marka hakkının tükenmesi ilkesi gereğince tescilli marka sahibi, yalnızca tescilli markaları içeren malların ilk defa piyasaya sunulması bakımından mutlak hak sahibidir¹⁴. İlke kapsamında markayı içeren ürünün marka sahibi veya yetkilendirdiği kimseler tarafından piyasaya sunulması ve ürünün orijinal olması gerekir¹⁵. Marka sahibinin izni olmaksızın ya da orijinal olmayan taklit ürünlerin piyasaya sunulmuş olması halinde ise marka hakkı tükenmiş sayılmaz. Yine orijinal olmasına rağmen SMK m. 152/2 uyarınca üçüncü kişiler tarafından ürünlerin değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılması da ilke kapsamında yer almamaktadır.

⁹ CJEU C-63/97, Bayerische Motorenwerke AG (BMW) and BMW Nederland BV v. Ronald Karel Deenik, paragraf 61; CJEU C-100/02, Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co. v. Putsch GmbH, paragraf 24; CJEU C-245/02, Anheuser-Busch Inc. v. Budějovický Budvar, národní podnik, paragraf 82; CJEU C-558/08, Portakabin Ltd, Portakabin BV v. Primakabin BV, paragraf 67. Ayrıca bkz. BGH, Urteil vom 27. 3. 2013 – I ZR 100/11, paragraf 38 (GRUR 2013, 631-638).

¹⁰ Olaf Sosnitzer, “Art. 14”, *Unionsmarken-verordnung Verordnung (EU) 2017/1001 über die Unionsmarke (UMV)*. Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Enforcement-RL) Kommentar, Herausgegeben von Ulrich Hildebrandt und Olaf Sosnitzer (München: Verlag C.H.BECK, 2021), paragraf 30; André Pohlmann - Wolfgang Schramek, “Art. 14”, *Beck’scher Online-Kommentar UMG*, Herausgegeben von Wolfgang Büscher, Mathias Kochendörfer (München: Beck’sche Online-Kommentare, 2023), paragraf 4; Paul Kretschmar, “MarkenG § 23”, *Beck’scher Online-Kommentar Markenrecht*, Herausgegeben von Annette Kur, Verena von Bomhard, Friedrich Albrecht (München: Beck’sche Online-Kommentare, 2023), paragraf 23. Somut olayın koşullarına ve ilgili bende göre marka sahibinin menfaatlerine uygun hareket etme farklılık gösterebilir. Bkz. Lionel Bently vd., *Intellectual Property Law* (Oxford: Oxford University Press 2022), 1152.

¹¹ Thomas W. Boddien, “MarkenG § 23”, *Markengesetz Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen*, Herausgegeben von Axel Nordemann, Anke Nordemann-Schiffel (München: Verlag C.H.BECK, 2023), paragraf 120.

¹² Kretschmar, “MarkenG § 23”, paragraf 23. Bu bağlamda bkz. BGH, Urteil vom 15. 7. 2004 - I ZR 37/01 Aluminiumräder (GRUR 2005, 163-165); BGH, Urteil vom 14. 4. 2011 - I ZR 33/10 GROSSE INSPEKTION FÜR ALLE, paragraf 23 (GRUR 2011, 1135-1140); LG Köln, Urteil vom 16.12.2020 – 84 O 153/20, paragraf 20 (GRUR-RS 2020, 45824); OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.4.2018 – 6 U 80/17, paragraf 20 (GRUR-RR 2018, 450-453); LG Köln, Urteil vom 13.07.2016 - 84 O 98/16, paragraf 50 (BeckRS 2016, 120180).

¹³ BGH, Urteil vom 28.6.2018 – I ZR 236/16, paragraf 29 (GRUR 2019, 165-173).

¹⁴ Bu nedenle öğretide ilk satış doktrini olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Ülgen Aslan Düzgün, “Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/3 (2012), 52; Cahit Suluk, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunun Getirdiği Yenilikler”, *TFM* 4/1 (2018), 104.

¹⁵ Suluk, Yenilikler, 104.

SMK m. 152’de ürünlerin piyasaya sunulmasından sonra bu ürünlerle ilgili fiillerin marka hakkının kapsamı dışında kalacağı belirtilmektedir. Doktrinde, hükümde yer alan ilgili fiiller kavramının geniş olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda marka sahibi marka hakkına dayanarak, kural olarak malların tanıtım, reklam, dağıtım ve ticaret yöntemine müdahale edemez¹⁶. Marka sahibi, bu türdeki malların tanıtımı amacıyla markanın kullanılmasına da engel olamaz¹⁷. Nitekim ABAD bir kararında, tükenme ilkesi kapsamındaki ürünlerle ilgili olarak üçüncü kişilerce markanın kullanabileceğini ve markanın internette anahtar sözcük olarak kullanılmasının da bu kapsamda olduğunu ifade etmiştir¹⁸.

Tükenme ilkesi kapsamında gerçekleştirilen marka kullanımı, genellikle ürünün ilgili tüketicilere satılması amacını taşımaktadır. İlke kapsamında gerçekleştirilen marka kullanımı, ürünün pazarlanması amacıyla olağan reklam yöntemlerine uygun olmalıdır ve marka itibarını zedelememelidir. Bu bağlamda reklamlardaki marka kullanımı, ürünleri satan kimse ile marka arasında ticari bir bağlantı bulunduğu izlenimi oluşturmamalıdır.

Marka hakkının tükenmesi ilkesi ile marka sahibi tarafından malların serbest dolaşımının sınırlandırılmasının veya engellenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır¹⁹. Böylelikle ilgili mallar ticari hayatta serbest rekabete konu edilebilir.

III. Markanın Aşırı Kullanımının Dürüst Kullanım ve Marka Hakkının Tükenme İlkesi Bakımından Ele Alınması

A. Markanın aşırı kullanımı

Çalışma bakımından markanın aşırı kullanımı, markanın kelime ve figüratif unsurdan oluşması durumunda meydana gelmektedir. Bu bağlamda markanın aşırı kullanımı, üçüncü kişinin, kendi mallarını veya hizmetlerini, başkasına ait markanın kelime unsurunu kullanarak diğer kimselere açıklayabilecek olmasına rağmen markanın figüratif unsurunu kullanması halinde ortaya çıkar. Çalışmada, bu türdeki bir kullanımın marka hakkını ihlal edip etmediği dürüst kullanım ve tükenme ilkesi bağlamında ele alınmaktadır.

B. Dürüst kullanım



BGH’nin bir kararına konu olayda davacı, “Volkswagen”, “VW” ile figüratif markasının sahibi olduğunu, davalının çeşitli markalı araçlara yönelik tamir hizmeti sunduğunu, davalının hizmetlerinin tanıtımı için figüratif markasını kullandığını belirterek marka hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

¹⁶ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 453, paragraf 55; Ülgen Aslan Düzgün, *Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), 130; Dilek Şahinci, “Reklamda Başkasına Ait Tescilli Markanın Kullanımının Tükenme İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, *THD* 9/100 (Aralık 2014), 736; Tolga Ayoğlu, “SMK m. 152”, *Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt III* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 3170. Aksi halde marka sahipleri lehine üretim ve pazarlama tekelleri meydana gelir. Bkz. Aslan Düzgün, *Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat*, 44.

¹⁷ Sabih Arkan, “Marka Hakkının Tüketilmesi”. *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (1998), 197; Şahinci, “Reklamda Başkasına Ait Tescilli Markanın Kullanımının Tükenme İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, 737, 738; Ayoğlu, “SMK m. 152”, 3170. Yargıtay, markalı ürünlerin üçüncü kişiler tarafından internet ortamında satılması amacıyla reklamlarda, tanıtımlarda veya bilgilendirici amaçlı olarak markanın kullanılmasının engellenemeyeceğini kabul etmektedir. Mahkeme, markalı ürünlerin satışı için yapılan açıklamaların da 556 sayılı KHK m. 12 (SMK m. 7/5) anlamında dürüstçe ve ticari konularla ilgili olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2014/6429, K. 2014/12088, T. 25.6.2014; Yargıtay 11. HD, E. 2016/6041, K. 2018/341, T. 16.1.2018 (www.lexpera.com.tr 05.08.2024).

¹⁸ CJEU C-558/08, Portakabin Ltd, Portakabin BV v. Primakabin BV, paragraf 73 ve devamı.

¹⁹ Arkan, “Marka Hakkının Tüketilmesi”, 197; Esin Çamlıbel Taylan, *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001), 92; Aslan Düzgün, *Lisans Sözleşmeleri*, 49; Ayşe Saadet Arıkan, “Fikrî-Sınai Mülkiyet Hakları ve Hakkın Tükenmesi”, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9 - 19 Mart 2017) Kitabı*, Editör: Feyzan Hayal Şehirali Çelik (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017), 651. Aksi halin kabulün ticaret hayatının gereklerine uygun olmadığı ve bu türdeki bir tekel hakkının marka sahibine sağlanmasının marka hakkının amacına aykırı olacağı yönünde bkz. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 453, paragraf 55.

Yüksek Bölge Mahkemesi, davalının özellikle Volkswagen araçları için sunulan hizmetlerin amacına atıfta bulunmak için davacının markalarından birini kullanmak zorunda olduğunu, MarkenG § 23/1(3) (SMK m. 7/5(c)) anlamında marka kullanımının gerekli olduğunu, gereklilik kapsamında kelime veya figüratif marka türlerinin değerlendirilmediğini, nitekim ABAD'ın "*BMW v. Deenik*" kararında gereklilik bakımından sadece marka kullanımının gerekli olup olmadığının değerlendirdiğini ifade etmiştir. BGH, marka türleri arasında hukuken hiyerarşik bir ilişkinin bulunmadığını bununla birlikte kullanılan marka türünün haksız kullanım bağlamında incelenmesi gerektiğini, gerçekleştirilen somut kullanımın ticari ve sınai alandaki dürüst uygulamalara aykırı olmaması gerektiğini, bu hususun da temelde markayı kullanan üçüncü kişinin, marka sahibinin menfaatlerine karşı haksız bir şekilde hareket etmemesi ve marka sahibinin menfaatlerine zarar gelmesini önlemek için mümkün olan her şeyi yapmış olması gerektiği anlamına geldiğini, bu bağlamda gerçekleştirilen somut kullanımın incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Federal Mahkeme, bir kelime markasının kullanımının, marka sahibinin meşru menfaatleri üzerinde, kelime ve figüratif unsurdan oluşan veya sadece figüratif markanın kullanımından daha az etkiye sahip olacağını, öncelikli olarak kelime markasının hizmetlerin amacını tanımlamak için uygun olduğunu, kelime markasının kullanılmasının etkisinin kural olarak yalnızca üçüncü tarafın hizmetinin kullanım amacı hakkında bilgi vermekle sınırlı olduğunu, buna karşın kelime ve figüratif unsurdan oluşan veya sadece figüratif markanın genellikle daha fazla dikkat çekeceğini ve bu nedenle markanın itibarından haksız faydalanma riski taşıyacağını vurgulamıştır. Bu bağlamda BGH, bir otomobil üreticisinin tanınmış bir figüratif markasının, otomobil üreticisinin araçlarına yönelik servis hizmeti sunan bir otomobil tamirhanesinin tanıtımında kullanılmasının, kelime markasının kullanımı marka sahibinin korunmaya değer menfaatlerine daha az zarar veriyorsa, MarkenG § 23/1(3) anlamında ticari ve sınai alandaki dürüst uygulamalara aykırı olabileceğini, somut olay bakımından kelime markasının kullanımının, davalının reklamının anlaşılabilirliğini makul olmayan bir şekilde bozacağına dair hiçbir kanıt bulunmadığını ve gerçekleştirilen kullanımın marka hakkını ihlal ettiğini ifade etmiştir²⁰.

Sacré/Kops'a göre MarkenG veya 89/104 sayılı Direktif'in hiçbir yerinde, farklı marka türleri arasında yasal veya niteliksel farklılıklara dair hiçbir ifade bulunmamaktadır²¹. Yazarların, sözcük ve figüratif markalar arasında dürüst kullanım bakımından bir ayırım yapılmasına karşı ana argümanları, ABAD tarafından "*BMW v. Deenik*" kararında da belirtildiği üzere, marka hakkının sınırlandırılmasına ilişkin MarkenG § 23 ve marka hakkının tükenmesine ilişkin MarkenG § 24 arasındaki paralelliktir. ABAD kararında, marka kullanımının sınai veya ticari alandaki uygulamalara uygun olmasının, esasen marka sahibinin meşru menfaatleri ile ilgili olarak adil davranma yükümlülüğünün ifadesi olarak görülmesi gerektiğini, bunun da tıpkı markanın orijinal ürünlerinin yeniden satışını yapmak amacıyla reklamlarda başkasının markasını kullanan kimseye yüklenen yükümlülüğe benzer bir yükümlülük olduğunu belirtmiştir²². Dolayısıyla 89/104 sayılı Direktif m. 6/1(c) anlamında sınai veya ticari konularda dürüst uygulamaların sınırı, 89/104 sayılı Direktif m. 7/2 (MarkenG § 24/2 / SMK m. 152/2) anlamında marka hakkının tükenmesinin istisnalarına karşılık gelmektedir. Ayrıca 89/104 sayılı Direktif m. 6 ve m. 7, marka sahibinin menfaatleri ile malların serbest dolaşımı ve hizmet sunma özgürlüğünün menfaatlerini uzlaştırmaya hizmet etmektedir. İki hükmün amacının aynı olması nedeniyle ilgili sınırlamalar aynı şekilde yorumlanmalıdır²³. Marka hakkının tükenmesi, markanın asgari kullanımı ile sınırlandırılmamaktadır. Bu halde hükümler arasında bir paralellik varsa ve üçüncü kişi, tükenme ilkesi

²⁰ BGH, Urteil vom 14. 4. 2011 - I ZR 33/10 GROSSE INSPEKTION FÜR ALLE (GRUR 2011, 1135-1140).

²¹ Marcus Sacr  - Anja Kops, "Können Bildmarken als Bestimmung und Verwendungshinweise notwendig i.S.v. § 23 Nr. 3 MarkenG sein?", *MarkenR Zeitschrift für deutsches, europ isches und internationales Kennzeichenrecht* 9/11-12 (2007), 471.

²² CJEU C-63/97, Bayerische Motorenwerke AG (BMW) and BMW Nederland BV v. Ronald Karel Deenik, paragraf 61. Bu yönde ayrıca bkz. CJEU C-228/03, The Gillette Company, Gillette Group Finland Oy v LA-Laboratories Ltd Oy, paragraf 41; CJEU C-337/95, Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV and Evora BV, paragraf 45.

²³ Sacr  - Kops, "Können Bildmarken als Bestimmung und Verwendungshinweise notwendig i.S.v. § 23 Nr. 3 MarkenG sein?", 471.

uyarınca orijinal ürün üzerinde bulunan markayı prensip olarak tam olarak kullanabiliyorsa, dürüst kullanım kapsamında servis veya yedek parça sağlayıcısı için başka hiçbir şey geçerli olmamalıdır²⁴.

Kur/Senftleben'e göre, dürüst kullanım kapsamında kelime işaretlerinin kullanımı kabul edilirken, logoların ve diğer görsel unsurların kullanımı genellikle marka hakkını ihlal edici olarak değerlendirilmektedir. Bu yaklaşım, özellikle logo ve diğer görsel unsurların kullanımının marka sahibi ile üçüncü taraf arasında ticari bir ilişki olduğu izlenimi verdiği durumlarda kabul edilebilir görünmektedir. Bununla birlikte hükmün, böyle bir görselleştirme olmadan iletilecek bilginin kolayca kaybolması halinde, meşru bir referans amacıyla logo ve diğer görsel unsurların kullanımını da kapsadığı göz ardı edilemez. Bu durum örneğin, referansın tamamının oldukça küçük olması veya markanın referans yapılan diğer markalardan sadece biri olması halinde söz konusu olabilir²⁵.

Lerach, MarkenG § 23/1(3) gereğince marka kullanımının gerekli olup olmadığı ve nasıl olacağına ilişkin asgari kullanımın genişlediğini, üçüncü kişi bakımından belirli bir yaratıcı hareket alanının kalması gerektiğini, diğer tasarım unsurlarının baskın olması ve paralel olarak kullanılan üçüncü kişinin markası bağımsız bir tanınmışlığa sahip olması durumunda, başkasına ait tanınmış markanın görsel olarak vurgulanmasının bile haklı görülebileceğini ifade etmektedir²⁶.

Tischner'e göre ticari iletişimdeki gelenek ve uygulamaların hızlı değişimi, hangi iletişim araçlarının hem gerekli hem de dürüst uygulamalar olarak haklı görüldüğünü değerlendirirken dikkate alınmalıdır. Modern pazar iletişimde görsellerin metin üzerindeki hâkimiyeti, bir markanın yalnızca kelime unsurunun kullanımının meşru olduğu yönündeki görüşün gözden geçirilmesini gerekli kılmaktadır²⁷.

Nomer'e göre üçüncü kişinin markayı kullanma hakkı olsa dahi markanın logosunu kullanması, üçüncü kişi ve marka sahibi arasında bir hukuki ilişkinin bulunduğu izlenimi oluşturur. Ancak marka sahibi ile üçüncü kişi arasında bir hukuki ilişkinin bulunmasını engelleyecek ifadeler kullanılabilir²⁸. Buna göre yazarın dolaylı olarak markanın figüratif unsurlarının kullanılabileceği görüşünde olduğu söylenebilir.

Yasaman'a göre SMK m. 7/5 uyarınca üçüncü kişi, markayı aynen kullanma hakkına sahiptir. Ancak menfaatler dengesi ve hukukun genel ilkeleri kapsamında, üçüncü kişinin marka ve logoyu birlikte kullanmasını haklı gösterecek herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır²⁹.

Kretschmar'a göre üçüncü kişinin, hüküm uyarınca başkasına ait markanın figüratif veya logo unsurunu kullanması, logo yerine kelime unsurunun kullanılması marka sahibinin korunmaya değer menfaatlerine daha az zarar veriyorsa, dürüst uygulamaları ihlal ettiği ifade edilebilir³⁰.

Traumann'a göre markanın figüratif unsurunun kullanımı, marka türleri bakımından kanunda farklılaşma olmadığından, kural olarak marka hakkını daha ihlal edici nitelikte kabul edilmemelidir. Dolayısıyla markanın figüratif unsurunun kullanılmasının her zaman dürüst olmadığı söylenemez³¹. Yazara göre markanın, kelime yerine figüratif unsurunun kullanılmasının haksız olup olmadığı sorusuyla ilgili olarak bir ayırım yapılmalıdır. Orijinal üreticinin bir kelime markasına sahip olmadığı

²⁴ Sacré - Kops, "Können Bildmarken als Bestimmung und Verwendungshinweise notwendig i.S.v. § 23 Nr. 3 MarkenG sein?", 471, 472.

²⁵ Anette Kur - Martin Senftleben, *European Trade Mark Law* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 419.

²⁶ Bkz. Lerach, 11. İlgili karar için bkz. OLG Köln Urteil vom 13.9.2019 – 6 U 29/19 (GRUR-RR 2019, 466-469).

²⁷ Anna Tischner, "Chopping off Hydra's Heads: Spare Parts in EU Design and Trade Mark Law", *Transition and Coherence in Intellectual Property Law*, Edited by Niklas Bruun, Graeme B. Dinwoodie, Marianne Levin and Ansgar Ohly (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), 402. Bu yönde bkz. Anna Tischner - Katarzyna Stasiuk, "Spare Parts, Repairs, Trade Marks and Consumer Understanding", *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 54 (2023), 56.

²⁸ N. Fusun Nomer, "Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW-AUDİ Örneği", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Ergin Nomer'e Armağan 22/2 (2002), 1134.

²⁹ Zeynep Yasaman, "SMK m. 7", *Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt II* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 1790.

³⁰ Kretschmar, "MarkenG § 23", paragraf 52. Bu yönde bkz. Gordian N Hasselblatt, "§ 34", *Münchener Anwalts Handbuch Gewerblicher Rechtsschutz*, Herausgegeben von Gordian N Hasselblatt (München: Verlag C.H. Beck, 2022), paragraf 218.

³¹ Julia Traumann, *Beschränkungen des Schutzes von Kennzeichen gemäß § 23 MarkenG* (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012), 308.

veya en azından kamuoyu tarafından bilinmediği durumlarda³², markanın figüratif unsurunun kullanılması, üçüncü taraf için bir alternatifin olmaması nedeniyle dürüst olmadığı kabul edilmeyecektir. Orijinal üretici aynı zamanda bir kelime markasına sahipse ve bu durum kamuoyu tarafından biliniyorsa, üçüncü tarafın markasının figüratif unsurunu kullanması genellikle haksız kullanım olarak kabul edilmelidir³³. Üçüncü kişinin, markanın figüratif unsurunu kullanmasının kısıtlanması, marka sahibinin meşru menfaatine uygundur. Zira marka türleri arasında hukuki açıdan hiçbir fark olmasa bile markanın figüratif unsuru, görsel işaretlerin daha çok dikkat çekici olması sebebiyle, marka sahibi için genellikle basit bir kelime markasından daha büyük bir öneme sahiptir³⁴.

Yargıtay, markanın kelime veya figüratif unsurunun kullanılması arasında ayrım yapmaktan ziyade markanın tali unsur olarak kullanılmasını aramaktadır. Karara konu bir olayda ilk derece mahkemesi tarafından “... davalı şirketin iş yerinde METSA OTO ibaresinin yanında oldukça büyük bir logo kullanarak BMW markasına yer verdiği, davacıya ait logonun ve markanın bilirkişi raporlarındaki fotoğraflarda yer aldığı boyutlarda kullanmasının amacı aşar nitelikte olup, büyük ebatlı ve abartılı marka ve logo kullanımlarının KHK'nın 12. maddesi kapsamında hukuka uygun kullanım niteliğinde olmadığı ...” belirtilmiştir. İlk derece mahkemesinin kararı Yargıtay tarafından onanmıştır³⁵.

C. Tükenme ilkesi

Tükenme ilkesi kapsamında gerçekleştirilecek olan marka kullanımları bakımından da markanın aşırı kullanımı düşünülebilir. Zira ABAD, “BMW v. Deenik” ve diğer birkaç kararında, dürüst kullanım ile marka hakkının tükenme ilkesinin paralel olduğunu ifade etmiştir³⁶.

Yukarıda belirttiğimiz üzere Sacré/Kops’a göre, marka hakkının tükenmesi, markanın asgari kullanımı ile sınırlandırılmamıştır. Bu halde üçüncü kişi, marka hakkının tükenmesi ilkesi uyarınca orijinal ürün üzerinde bulunan markayı tam olarak kullanabilir³⁷. Ayrıca doktrinde genel olarak üçüncü kişiler tarafından tükenme ilkesi kapsamında markanın figüratif unsurunun kullanılabilmesi kabul edilmektedir. Dolayısıyla tükenme ilkesi kapsamında markanın figüratif unsurunun kullanılması, markanın aşırı kullanımı neticesini doğurmaz.

D. Değerlendirme

Tescil edilen bir markaya sağlanan koruma, çeşitli gerekçeler ile sınırlandırılmaktadır. Marka hakkının sınırlandırılmasının esasen temel amacının rekabet düzeninin korunması olduğu söylenebilir. Bu bağlamda SMK kapsamında tescilli marka sahibinin mülkiyet hakkı ile toplumsal menfaat arasında denge kurulması amacıyla marka sahibine tanınan hak ve yetkilerin sınırlandırılmaktadır³⁸. Dolayısıyla genel olarak marka hakkına getirilen sınırlamalar bakımından amaçsal bir benzerliğin olduğu ifade edilebilir. Bu bakımdan, Sacré/Kops tarafından da belirtildiği üzere, dürüst kullanım ve tükenme ilkesinin aynı amaca hizmet etmeleri nedeniyle marka kullanımı açısından farklı bir uygulamaya gidilmemesi gerektiği söylenebilir.

Kanaatimizce, her iki sınırlama hükmü rekabet düzeninin korunması amacıyla düzenlenmekle birlikte farklılıklara sahiptir. Öncelikle SMK m. 7/5(a) gereğince ad ve adresin belirtilmesi için gerçekleştirilecek

³² Yazara göre örnek olarak, Louis Vuitton çantalarındaki karakteristik “LV” monogramı gösterilebilir. Bkz. Traumann, *Beschränkungen des Schutzes von Kennzeichen gemäß § 23 MarkenG*, 308.

³³ Traumann, *Beschränkungen des Schutzes von Kennzeichen gemäß § 23 MarkenG*, 308.

³⁴ Traumann, *Beschränkungen des Schutzes von Kennzeichen gemäß § 23 MarkenG*, 308.

³⁵ Yargıtay 11. HD, E. 2013/7177, K. 2013/22444, T. 9.12.2013 (www.lexpera.com.tr E.T. 23.12.2024). Bu yönde bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2016/454, K. 2017/3242, T. 31.5.2017; Yargıtay 11. HD, E. 2003/2346, K. 2003/8743, T. 03.10.2003 (www.lexpera.com.tr E.T. 23.12.2024).

³⁶ CJEU C-63/97, Bayerische Motorenwerke AG (BMW) and BMW Nederland BV v. Ronald Karel Deenik, paragraf 61. Bu yönde ayrıca bkz. CJEU C-228/03, The Gillette Company, Gillette Group Finland Oy v LA-Laboratories Ltd Oy, paragraf 41; CJEU C-337/95, Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV and Evora BV, paragraf 45.

³⁷ Sacré – Kops, “Können Bildmarken als Bestimmungs- und Verwendungshinweise notwendig i.S.v. § 23 Nr. 3 MarkenG sein?”, 471, 472.

³⁸ Ströbele, “Absolute Eintragungshindernisse im Markenrecht”, 659; Dantas, “Permitted Use Under International Law”, 5.

bir marka kullanımı yalnızca rekabet düzeninin korunmasını değil kişilik haklarının korunmasını da amaçlamaktadır. Bent uyarınca ad veya adresin belirtilmesi için gerçekleştirilecek marka kullanımında, markanın figüratif unsurunun kullanılması açıkça dürüst kullanımı aşar. Benzer şekilde SMK m. 7/5(b) bendi uyarınca gerçekleştirilecek olan marka kullanımında, markanın figüratif unsurunun kullanılması da kural olarak dürüst kullanımı aşar. Zira hükmün amacı, kural olarak objektif nitelikteki kelime anlamı tanımlayıcı nitelikteki olan kelimelerin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasıdır. Buna karşın SMK m. 7/5(c) kapsamında markanın figüratif unsurunun kullanılabilmesi düşünülebilir.

Dürüst kullanım ve tükenme ilkesi arasındaki farklardan ikincisi marka kullanımını gerçekleştirebilecek kişilerdir. SMK m. 7/5(a) uyarınca gerçek kişiler, kendi ad ve adreslerini belirtmek amacıyla markayı kullanabilirler. SMK m. 7/5(b) ve SMK m. 7/5(c) gereğince mal veya hizmeti sunan kişiler, kendi mal veya hizmetinin niteliğini veya kullanım amacını belirtmek amacıyla markayı kullanabilir. Tükenme ilkesi gereğince marka kullanımında ise kişi sınırlaması bulunmamaktadır. SMK m. 152 uyarınca piyasaya sunulan orijinal nitelikteki bir ürün için herkes markayı kullanabilir.

Dürüst kullanım ve tükenme ilkesi arasındaki bir diğer temel fark marka kullanımının gerçekleştirildiği kapsamdır. Tükenme ilkesi yalnızca ürünlere ilişkindir. Hizmetler bakımından tükenme ilkesi uygulanmamaktadır. Dürüst kullanım kapsamında mal veya hizmetlere ilişkin olarak marka kullanılabilir.

Dürüst kullanım ve tükenme ilkesi arasındaki dördüncü fark marka kullanımını gerçekleştiren üçüncü kişinin kendi markasının bulunup bulunmadığıdır. SMK m. 7/5(b) ve SMK m. 7/5(c) gereğince dürüst kullanıma konu ürün veya hizmetler, üçüncü kişinin kendi ürün veya hizmetleridir. Bu durumda üçüncü kişinin, kendi ürün veya hizmetlerine ilişkin bir markası bulunmaktadır. Üçüncü kişi, SMK m. 7/5(b) uyarınca kendi ürün veya hizmetlerinin niteliğini tüketicilere açıklayabilmek için kendi markasının yanı sıra başkasına ait bir markayı kullanmaktadır. Ya da üçüncü kişi, SMK m. 7/5(c) gereğince kendi ürün veya hizmetlerinin kullanım amacını tüketicilere açıklayabilmek için kendi markasının yanı sıra başkasına ait bir markayı kullanmaktadır. Dolayısıyla dürüst kullanım, üçüncü kişinin kendi mal veya hizmetlerinin tanıtımının yapılmasıyla ilgilidir³⁹. Tükenme ilkesi kapsamında gerçekleştirilen marka kullanımı ise orijinal markalı ürünün kendisine ilişkindir. Diğer bir ifade ile marka hakkının tükenmesi, marka sahibinin orijinal mallarının üçüncü kişilerce reklamının yapılmasıyla ilgilidir. Bu bağlamda gerçekleştirilen kullanımda, üçüncü kişinin kendi markasının bulunması gibi zorunluluk bulunmamaktadır.

Dürüst kullanım ve tükenme ilkesi arasındaki beşinci fark marka sahibi ve markayı kullanan üçüncü kişi arasındaki menfaat çatışmasında kimin menfaatinin daha ön planda olduğuna ilişkindir. Dürüst kullanım uyarınca gerçekleştirilecek marka kullanımında, marka sahibinin menfaatlerinin daha ağır bastığı söylenebilir. Üçüncü kişilerce gerçekleştirilecek olan marka kullanımı gerekli olduğu düzeyde sınırlı tutulmalıdır. Nitekim SMK m. 7/5(c)'de marka kullanımı, malın veya hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu durumlarla sınırlandırılmaktadır. Tükenme ilkesi gereğince gerçekleştirilen kullanımda ise hükme uygun olarak piyasaya sunulan malı edinen kişilerin menfaatinin daha ağır bastığı ifade edilebilir. Zira tükenme ilkesi prensibi ile esas olarak ürünlerin serbest dolaşımının garanti altına alınması hedeflenmektedir. Bu durumda orijinal ürünlerin üreticisinin markası kullanılmaktadır ve onun tanıtımı yapılmaktadır. Dolayısıyla tükenme ilkesi uyarınca gerçekleştirilecek kullanımlarda, SMK m. 152/2'ye uygun olması kaydıyla, markanın figüratif unsuru kullanılabilir.

³⁹ Thiering, MarkenG § 23, paragraf 153. Thiering'e göre, mal veya hizmetin kullanım amacının açıklanması için sadece kelime işaretlerinden başka işaretlerin kullanılmasının gerekli olduğu durumlarda farklı bir uygulamaya gidilmelidir. Örneğin, aksesuarlar için bir kullanım kılavuzunda üç boyutlu bir marka ile korunan bir cihazın resmedilmesi durumunda, üç boyutlu markanın kullanılması zorunludur. Bkz. Thiering, MarkenG § 23, paragraf 153.

Belirttiğimiz farklılıkların yanı sıra hükümlere aykırılık ölçütleri de farklılık göstermektedir. SMK m. 7/5 uyarınca dürüst ticari uygulamalara aykırı marka kullanımları dürüst kullanım niteliğinde değildir. SMK m. 152/2 gereğince orijinal ürünün değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanımı tükenme ilkesi kapsamında kabul edilmemektedir. Diğer bir ifade ile hükme aykırı kullanım bakımından SMK m. 7/5'te marka kullanımı esas alınırken SMK m. 152/2'de orijinal ürün kullanımı dikkate alınmaktadır.

Tüm bu açıklamalar ışığında kanaatimizce, markanın figüratif unsurunun kullanılması bakımından dürüst kullanım ve tükenme ilkesi kapsamında gerçekleştirilecek kullanımlarda farklı değerlendirmelere gidilmelidir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere dürüst kullanım bağlamında üçüncü kişilerce markanın figüratif unsurunun kullanılabileceği bir hal olarak SMK m. 7/5(c) düşünülebilir. SMK m. 7/5(c) gereğince bilhassa aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, mal veya hizmetin kullanım amacının açıklanmasının gerekli olduğu durumlarda başkasına ait bir marka kullanılabilir. Hüküm ile üçüncü kişinin, diğer kimseleri, kendi markası ile ürettiği özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinin belirli markalı ürünlere uygun olduğu konusunda bilgilendirebilmesine imkân verilmesi hedeflenmektedir. Bu bağlamda bilgilendirmenin yapılabileceği en etkili yol da söz konusu asıl ürünün markasının kullanılmasıdır. Benzer durum tamir ve onarım hizmetlerinde de ortaya çıkmaktadır. Bu hizmeti veren kimse, ticaret sırasında, hangi markalı malları tamir ettiğini belirtebilmelidir.

Mal veya hizmete ilişkin tanıtım veya reklamlarda, ürün veya hizmetin hedeflenen tüketici grubunun zihninde canlanması amacıyla, görsel unsurların ön planda tutulduğu ifade edilebilir. Bu bağlamda mal veya hizmetlere ilişkin tanıtımlarda, markanın figüratif unsurunun tüketicinin dikkatini daha çok çektiği varsayılabilir. Dolayısıyla markanın figüratif unsurunun kullanımı, kural olarak mal veya hizmetin doğrudan ve daha anlaşılır bir şekilde tüketicilere sunulmasına imkân tanımaktadır. Yine SMK'da, markanın figüratif unsurunun kullanımının kelime unsurunun kullanımından daha çok marka hakkını ihlal ettiği düzenlenmemektedir. Ancak tek başına bu gerekçeler, dürüst kullanım bakımından markanın figüratif unsurunun kullanılmasına izin verilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Üçüncü kişi, ABAD tarafından kabul edildiği üzere, marka sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermekten kaçınmalıdır ve bunun için gerekli olan her şeyi yapmalıdır. Marka sahibinin meşru menfaatlerinin zarar görmesinin kaçınılmaz olması halinde ise, bozulmamış rekabet düzeninin de korunması amacıyla, marka sahibinin en az zarar göreceği marka kullanım yöntemi tercih edilmelidir. Bu bağlamda kural olarak markanın figüratif unsuru yerine kelime unsurunun kullanılması marka sahibinin menfaatine daha uygundur. Dolayısıyla mal veya hizmete ilişkin olarak markanın figüratif unsuru yerine kelime unsuru kullanılarak tüketicilere açıklanabiliyor olmasına rağmen figüratif unsur kullanımının dürüst uygulamalara aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz.

Benzer bir değerlendirmeye yukarıda yer verdiğimiz BGH kararında da yer verilmiştir. BGH'ye göre markanın kelime unsuru yerine figüratif unsurunun kullanılması, marka hakkının tükenmesi ilkesinin uygulanmasını engellemez. Bu sonuç, tükenme ilkesinin doğasına dayanmaktadır ve dürüst kullanıma aktarılamaz. Tükenme ilkesi, marka sahibinin kendisi tarafından veya onun rızasıyla üçüncü kişiler tarafından, markalı orijinal ürünlerin ürünleri pazarlanması amacıyla markanın reklamda kullanıp kullanamayacağına ilişkindir. MarkenG § 23/1(3) uyarınca dürüst kullanım ise üçüncü kişinin, kendi mal veya hizmetleri için başkasına ait bir markayı reklamda kullanması ile ilgilidir. Dürüst kullanım, marka sahibinin farklı menfaatlerini etkilemektedir. Zira bir yandan marka sahibinin kendisi tarafından markalı orijinal ürünlerinin reklamı yapılırken diğer yandan üçüncü bir tarafın ürün veya hizmetlerinin reklamı yapılmaktadır. Nitekim bu husus da farklı bir değerlendirmeyi haklı kılmaktadır⁴⁰.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 14. 4. 2011 - I ZR 33/10 GROSSE INSPEKTION FÜR ALLE, paragraf 28 (GRUR 2011, 1135-1140).

Sonuç

Tescil edilen marka koruması, çeşitli amaçlar ile kanun koyucu tarafından sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlandırmalardan iki tanesi de SMK m. 7/5'te düzenlenen dürüst kullanım ve SMK m. 152'de düzenlenen marka hakkının tükenmesi ilkesidir. Hükümler uyarınca üçüncü kişiler tarafından başkasına ait tescilli bir marka kullanılabilmektedir.

İki sınırlamanın da esasen bozulmamış rekabet düzeninin sağlanması amacıyla getirildiği ifade edilebilir. Bununla birlikte yukarıda yer verildiği üzere hükümlerin birbirinden ayrıldığı çeşitli hususlar bulunmaktadır. Bu nedenle iki sınırlama bağlamında, kelime ve figüratif unsurlardan oluşan markanın kullanılması bakımından da farklı değerlendirme yapılmalıdır.

Dürüst kullanım kapsamında markanın figüratif unsurunun kural olarak SMK m. 7/5(c) bendi uyarınca kullanılabileceği söylenebilir. Zira diğer bentler kapsamında markanın figüratif unsurunun kullanılması açıkça markanın aşırı kullanımı sonucunu doğurmaktadır.

Mal veya hizmete ilişkin tanıtım veya reklamlarda, görsel unsurların ön planda tutulmaktadır. SMK'da, markanın figüratif unsurunun kullanımının kelime unsurunun kullanımından daha çok marka hakkını ihlal ettiği düzenlenmemektedir. Dolayısıyla SMK m. 7/5(c) çerçevesinde markanın figüratif unsurunun, tüketicinin dikkatini daha çok çekmek amacıyla kullanılabileceği düşünülebilir.

Dürüst kullanım uyarınca markayı kullanan üçüncü kişi, ABAD tarafından da kabul edildiği üzere, marka sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermekten kaçınılmalıdır ve bunun için gerekli her şeyi yapmalıdır. Bununla birlikte marka sahibinin meşru menfaatlerinin zarar görmesinin kaçınılmaz olması durumunda, bozulmamış rekabet düzeninin korunması amacıyla, marka sahibinin en az zarar göreceği marka kullanım yöntemi tercih edilmelidir. Bu bağlamda kural olarak markanın figüratif unsuru yerine markanın kelime unsurunun kullanılması marka sahibinin menfaatine daha uygundur. Dolayısıyla mal veya hizmetin, markanın kelime unsuru kullanılarak tüketicilere açıklanabiliyor olmasına rağmen markanın figüratif unsurunun kullanılması dürüst uygulamalara aykırılık teşkil eder.

Bu sonuca dürüst kullanım ve tükenme ilkesi arasındaki farklılardan da ulaşılabilmektedir. Zira dürüst kullanımda, marka sahibinin menfaatlerinin daha ağır bastığı söylenebilir. Bu nedenle üçüncü kişilerce gerçekleştirilecek olan marka kullanımı gerekli olduğu düzeyde sınırlı tutulmalıdır. Nitekim SMK m. 7/5(c)'de malın veya hizmetin kullanım amacının açıklanmasının gerekli olduğu durumlarda marka kullanımının engellenemeyeceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla kelime unsurunun kullanımının yeterli olduğu hallerde figüratif unsur kullanılmamalıdır.

Tükenme ilkesinde ise SMK m. 152'ye uygun olarak piyasaya sunulan malı edinen kişilerin menfaatinin daha ağır bastığı ifade edilebilir. Zira hüküm ile orijinal ürünlerin serbest dolaşımının sağlanması hedeflenmektedir. İlke uyarınca gerçekleştirilecek marka kullanımında, orijinal ürünlerin üreticisinin markası kullanılmaktadır ve onun tanıtımı yapılmaktadır. Dolayısıyla tükenme ilkesi kapsamında, SMK m. 152/2'ye uygun olması kaydıyla, markanın figüratif unsuru kullanılabilir.

Kaynakça

- Arıkan, Ayşe Saadet. "Fikrî-Sınaî Mülkiyet Hakları ve Hakkın Tükenmesi". *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9 - 19 Mart 2017) Kitabı*. Editör Feyzan Hayal Şehirali Çelik. 641-670. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017.
- Arkan, Sabih. "Marka Hakkının Tüketilmesi". *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (1998), 197-208.
- Aslan Düzgün, Ülgen. "Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/3 (2012), 47-66.
- Aslan Düzgün, Ülgen. *Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Ayoğlu, Tolga. "SMK m. 152". *Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt III*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Bently, Lionel vd. *Intellectual Property Law*. Oxford: Oxford University Press, 6th edition, 2022.
- Boddien, Thomas W. "MarkenG § 23". *Markengesetz Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen*, Herausgeben von Axel Nordemann, Anke Nordemann-Schiffel. München: Verlag C.H.BECK, 4., neu bearbeitete Auflage, 2023.
- Cangül, Murat. "Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Dürüstçe ve Ticari Hayatın Olağan Akışı İçinde Kullanımı". *Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 13/50 (2017), 341-356.
- Çamlıbel Taylan, Esin. *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001.
- Dontas, Nicolas. "Permitted Use Under International Law". *Trade Marks at the Limit*. Authors Jeremy Phillips. 3-9. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006.
- Hasselblatt, Gordian N. "§ 34". *Münchener Anwalts Handbuch Gewerblicher Rechtsschutz. Herausgegeben von Gordian N Hasselblatt*. München: Verlag C.H. Beck, 6., überarbeitete Auflage, 2022.
- Kur, Anette – Senftleben, Martin. *European Trade Mark Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Kretschmar, Paul. "MarkenG § 23". *Beck'scher Online-Kommentar Markenrecht*. Herausgegeben von Annette Kur, Verena von Bomhard, Friedrich Albrecht. München: Beck'sche Online-Kommentare, 35. Edition, 2023.
- Nomer, N. Fusun. "Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW-AUDİ Örneği". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Ergin Nomer'e Armağan 22/2 (2002), 1117-1136.
- Pohlmann, André - Schramek, Wolfgang. "Art. 14", *Beck'scher Online-Kommentar UMV*, Herausgegeben von Wolfgang Büscher, Mathias Kochendörfer. München: Beck'sche Online-Kommentare, 30. Edition, 2023.
- Sacré, Marcus - Kops, Anja. "Können Bildmarken als Bestimmungsund Verwendungshinweise notwendig i.S.v. § 23 Nr. 3 MarkenG sein?". *MarkenR Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Kennzeichenrecht* 9/11-12 (2007), 468-472.
- Sosnitza, Olaf. "Art. 14". *Unionsmarken-verordnung Verordnung (EU) 2017/1001 über die Unionsmarke (UMV)*. Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Enforcement-RL) Kommentar. Herausgegeben von Ulrich Hildebrandt und Olaf Sosnitza. München: Verlag C.H.BECK, 2021.

- Ströbele, Paul. "Absolute Eintragungshindernisse im Markenrecht - Gegenwärtige Probleme und künftige Entwicklungen". *GRUR* (2001), 658-667.
- Suluk, Cahit. "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunun Getirdiği Yenilikler". *TFM* 4/1 (2018), 91-109.
- Şahinci, Dilek. "Reklamda Başkasına Ait Tescilli Markanın Kullanımının Tükenme İlkesi Açısından Değerlendirilmesi". *THD* 9/100 (Aralık 2014), 735-738.
- Tekinalp, Ünal. "Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması". *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan*. 633-644. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 5. Bası, 2012.
- Tischner, Anna. "Chopping off Hydra's Heads: Spare Parts in EU Design and Trade Mark Law". *Transition and Coherence in Intellectual Property Law*. Edited by Niklas Bruun, Graeme B. Dinwoodie, Marianne Levin and Ansgar Ohly. 392-404. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- Tischner, Anna – Stasiuk, Katarzyna. "Spare Parts, Repairs, Trade Marks and Consumer Understanding". *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 54 (2023), 26-60 <https://doi.org/10.1007/s40319-022-01274-8>
- Traumann, Julia. *Beschränkungen des Schutzes von Kennzeichen gemäß § 23 MarkenG*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012.
- Yasaman, Zeynep. "SMK m. 7". *Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt II*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

of management power. Discussions regarding Legal status of management board center around labour contract and agency contract. When legal character of relationship is determined, fee is an important factor. Besides, whether direction can given or not is important when legal character of relationship is determined. In our study inalienable duties are mentioned scope of TCC article 625. Formal and material conditions carried out aim to valid the delegation of management power. The formal conditions are; contract of association must include a provision, internal directive is arranged, decision of Management board that is relevant with contract of association. On the contrary joint stock company, there are no explicit regulations about the delegation of management power in limited companies. It is open a matter criticism that there is no explicit regulations or reference about the delegation of management power. Several contents of TCC articles are included the conditions for the delegation of power. TCC article 577/1-i is included that Contract of association must included a provision. TCC article 625/1-d is stated that internal directive must arranged. However, use of the term “by- laws” instead of the term internal directive was a subject of criticism. We agree with the term of by- laws refers to internal directive. There is no explicit regulations or reference about the internal directive in limited companies. However, nature of the subject it coincides with regulations of joint stock companies. Another formal condition is management board decision coherent with contract of association. The delegation of management must built authorised body thus managerial power belongs to the management board.

The diligence which discharging superior supervision obligation is important in liability law. The provision of TCC article 626/1 is guiding because of including general diligence about management board. It is a subject of argue that superior supervision covers which obligation in the delegation of management power in doctrine. Especially whether delegated person can given an order or not argue in terms of join stock companies. I was also discussed that which implement and systematical obligation of superior supervision is discharged. These discussed issues were evaluated with possible differences in terms of limited companies.

TCC article 553 ff. about responsibility will apply because of reference of TCC article 644. Because of TCC article 553 came to the issue of continuance of superior supervision in case of the delegation of management power. It is regulated that management board can not be held responsible except for the case of due diligence is not shown in the selection of those to whom the management power is delegated (TCC article 553/2). It was indicated that no one can not be held responsible for uncontrolled unlawful acts reasoning that the superior supervision (TCC article 553/3). TCC article 625 that inalienable duties includes that the superior supervision. As is understood from the wording of the provision it is not possible to give up inalienable duties. Besides it is not possible to transfer these authorities. At this point, TCC article 553 conflict with TCC article 625. The legislator mentions limited liability in case of the delegation of management power. However, inalienable duties includes the superior supervision. There are conflicts even in the word of TCC article 553 and the preamble. In the preamble of the article is stated superior supervision will continue but the limits of obligation are determined differently from the source law. Besides, it was emphasized that should not treatment of superhuman while determining the scope of obligation. However, we think that the scope of responsibility and the superior supervision should explain in the wording of the provision instead of the preamble.

Also, the burden of proof was also mentioned within the scope of TCC article 553/2 in our study. Final version of the paragraph is different from the offering to the commission. Take part in first regulation “*unless proving that they have no fault*” the phrase was removed with accordance with the law no 6335 article 41. In that way, a different arrangement was made from the source law. According to the word of the article, the burden of proof belong to the litigator. We believe that, the burden of to the management board with interpretation is not correct approach. However, management board should prove that they have no fault as de lege ferenda. Fault is determined within the scope of the differentiated solidarity principle in case of the liability. When a damage occurs who caused it at what rate is considered thanks to the differentiated solidarity principle. There are different remarks about whether this principle is fair

or not. Management authorization is a heavy responsibility in itself. However, manager who less contributes to the damage is not held responsible scope of the strict solidarity principle. In our study, in generally the delegation of management power and the superior supervision are featured. Also, due diligence that must show in the superior supervision and the liability in case of delegation of management power are discussed.

Giriş

Müdürler kurulu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda¹ (TTK) zorunlu organ olarak düzenlenmiştir². Şirketin yönetim işlerini idare eden bu organ kurul organ şeklinde çalışmaktadır. Teknolojiyle birlikte gelişen ve büyüyen dünyada, şirketlerin de aynı oranda büyümesiyle yönetimde profesyonelleşme ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu büyümeyle beraber, ticari hayatta da hızlı karar alma ve uygulama mekanizması profesyonellere bırakılmak istenmiştir. Daha küçük ölçekli limited şirketlerde özellikle aile şirketlerinde; şirketin menfaatlerini değerlendirip karar alabilecek tecrübeli yöneticilere ihtiyaç duyulmaktadır.

Müdürler kurulunun toplanması ve karar alması belirli usuller çerçevesinde gerçekleşmektedir. Yönetim yetkisinin, bir ya da daha fazla üyeye veya üçüncü kişilere devri öngörülmüştür (TTK m. 623/1). Böylece yönetim kurulunun tamamının toplanıp karar alması yerine daha hızlı bir mekanizma işleyecektir. Yetki devri yapılırken, TTK m. 623/1 fıkrası son cümle gözden kaçırılmamalıdır. Bu maddeye göre yönetim yetkisinin devri halinde en az bir ortağın yönetim hakkına haiz olması gerekir. Limited şirketler her ne kadar sermaye şirketi olsa, şahıs unsuru anonim şirketlere nazaran ön plandadır.

Anonim şirketin aksine, limited şirket hükümlerinde; yönetim yetkisinin devrine ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Limited şirketler yönünden, kanunda dolaylı düzenlemeler yer almaktadır. TTK m. 577/1-i ve TTK m. 625/1-d hükümlerinde yer alan hususlar, limited şirketlerde yönetim yetkisinin devrine ilişkin şekli şartlar hakkında bilgiler içermektedir. Anonim şirketlerde bu konu detaylı bir şekilde ele alınırken, limited şirketlerde ayrıca bir madde ile düzenleme yapılmamış olması, eleştiriye açıktır. TTK m. 577/1-i ve TTK m. 625/1-d hükümlerinde yer alan hususlardan düzenleme bulunmayan noktalarda anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı yönündeki görüşe katılmaktayız³. TTK m. 629/3 atfı doğrultusunda; anonim şirketler hakkında yetki devrini düzenleyen, TTK m. 367 hükmü kıyasen sınırlı yetkiye sahip ticari vekil ve tacir yardımcılara da uygulanacaktır. Anonim şirketlerde yönetim yetkisinin devri hakkındaki düzenlemelerin, sınırlı sorumlu ticari vekil ve tacir yardımcılara uygulanırken, yönetim yetkisinin devri halinde asıl olan meselede de uygulanacağı haklı olarak ifade edilmiştir⁴.

Bu doğrultuda çalışmamızda tartışma konumuzla örtüşen noktalarda, anonim şirketlere ilişkin kaynaklardan da yararlanılmış bulunmaktayız. Limited şirketlere ilişkin farklılıklar ise çalışmamızın içeriğinde daha detaylı şekilde yer alacaktır.

Yönetim yetkisinin devri için öngörülen şekli şartlar; şirket sözleşmesinde yönetimin devrine ilişkin bir hükme yer verilmesi ve iç yönerge düzenlenmesidir. Maddi şart ise; TTK m. 625 hükmünde düzenlenen müdürler kurulunun devredilemez yetkilerini içermemesidir.

TTK m. 625 hükmü düzenlemesinde; müdürler kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri arasında üst gözetim yükümlülüğü de yer almaktadır. Üst gözetim yükümlülüğü, devredilen yönetim yetkisinin kanunlara, şirket sözleşmesine, talimatlara uygun yönetilip yönetilmediğinin yetki devri

¹ <https://resmigazete.gov.tr/fihrist? tarih=2011-02-14>.

² Ersin Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri*, (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020) 167; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, (Ankara, Seçkin, 2019), 641; Fatih Bilgili - Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri*, (Bursa: Dora, 2018), 431; Dağlar Ekşi, *Limited Şirketlerde Yönetim Organı: Müdür*, (Ankara: Yetkin, 2019), 41.

³ Işık Özer, "Şirket Organları", *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV*, ed. Kemal Şenocak, (Ankara: Seçkin, 2023), 4722- 4723.

⁴ Özer, "Şirket Organları", Cilt IV, 4722- 4723.

yapanlar tarafından denetlenmesidir⁵. Bunun yanı sıra, devredilecek kişilerin seçimi ve görevlerin yerine getirilmesi sırasında sürekli denetimi de içermektedir⁶. Ancak TTK m. 553/2 fıkrasında; yetki devri halinde sorumluluk, sadece devredilecek kişilerin özenli seçimi ile sınırlandırılmıştır. Bu noktada yönetim yetkisinin devri halinde, üst gözetim yükümlülüğünün devam edip etmeyeceği gündeme gelmektedir. Devam edeceğinin kabulü halinde üst gözetim yükümlülüğünün kapsamı, neleri içereceği değerlendirilmesi gereken bir başka meseledir. TTK m. 625/1-d ile TTK m. 553/2 arasındaki çelişki çalışmamızda ele alınmaktadır. Ayrıca üst gözetim yükümlülüğü yerine getirilirken gösterilmesi gereken özen kavramı değerlendirilmektedir.

Yönetim yetkisinin devri halinde sorumluluğun kimde olacağı sorusu da bu noktada tartışılması gereken bir diğer husustur. Bu çalışmada; müdürler kurulunun yönetim yetkisini devir halinde üst gözetim yükümlülüğü, üst gözetim yükümlülüğü yerine getirilirken gösterilmesi gereken özen ölçütü ve yetki devrinin sorumluluğa etkisi ele alınmıştır. Kanun hükmünde limited şirketlere ilişkin açık bir düzenleme olmaması ve kıyasen uygulanacağı görüşüne katılmamız sebebiyle, mesele anonim şirketler üzerinden detaylandırılacaktır.

I. Müdürler ve Hukuki Statüsü

Müdürler kurulunun yetki devri müessesinin açıklanabilmesi için öncelikle yönetim kavramı ve müdürler kurulunun hukuki niteliğinin ortaya konulması gerekir. Yönetim kavramının neleri kapsadığı ve şirket ile müdürler kurulu arasında kurulan bağın, hukuki statüsü önem arz etmektedir.

Müdürler kurulunun devredilemez yetkileri, TTK m. 625 hükmünde düzenlenmiştir. Bu başlık altında yönetim kavramı, müdürler kurulunun hukuki statüsü ve devredilemez yetkileri ele alınacaktır.

A. Yönetim kavramı

Şirket yönetim ve temsiline ilişkin düzenlemelere şirket sözleşmesinde yer verilir (TTK m. 623/1). Müdür sıfatına haiz bir veya daha çok ortağa ya da üçüncü kişilere bu yetkinin verilmesi mümkündür (TTK m. 623/1). Her durumda en azından bir ortağın yönetim ve temsil yetkisine haiz olması şart koşulmuştur (TTK m. 623/1). Müdürler kurulu, şirketin yönetim ve temsil yetkisine sahiptir. Öğretide yönetim kavramı; karar alınması ve alınan kararın icrası şeklinde iki terim üzerine temellendirilmiştir⁷.

Şirketlerde yönetim kavramı geniş anlamda yönetim ile şekillenmektedir. Geniş anlamda yönetim, üst yönetimi karşılamaktadır. Geniş anlamda yönetim de kendi içerisinde; gerçek yönetim, başka bir söylemle dar anlamda yönetim ve icracı yönetim olmak üzere ikiye ayrılır⁸. Gerçek yönetimin yetkileri kanundan kaynaklanır ve yönetim kurulunu ifade eder. İcracı yönetim ise; yetki devri ile işlerlik kazanır⁹.

Yönetim organının yaptığı işlemlerin aldığı ve uyguladığı kararların, hukuka uygunluk denetiminin ayrı bir kurulca gözetime ihtiyaç duyulup duyulmadığı sorunu gündeme gelmiştir. Bu doğrultuda, farklı yönetim sistemleri oluşturulmuştur. Yönetim kurulunun aldığı kararların hukuka uygunluk denetiminin başka bir kurul tarafından yapılmasını gerekli gören sistem ikili (düalist); böyle bir kurula ihtiyaç duymayan sistem ise tekli (monist) sistemdir¹⁰.

⁵ Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 246.

⁶ Sibel Hacımahmutoğlu, "Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 31/3 (2015), 47. Literatür Lexpera, Erişim: 05.02.2025.

⁷ Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları Yeni Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 237- 238; İsmail Kırca vd. *Anonim Şirketler Hukuku Cilt I*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013), 527; Demirel Duygu, "Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri" *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(2), 2017, 214.

⁸ İbrahim Kaplan, "6102 Sayılı YTTK Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65/4 (2016), 3495.

⁹ Kaplan, "Hukuki Sorumluluğu" 3496.

¹⁰ İsmail Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 529; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016), 69- 72.

İkili sistemde; organik ve işlevsel olarak ayrı bulunan, yönetim ve gözetim görevini yerine getiren iki ayrı kurul bulunmaktadır¹¹. Gözetim organı, sadece idare ve temsile ilişkin faaliyetleri gözetler¹². İkili sistemin temelinde; yöneticilerin denetimsiz bir şekilde kalmaması bulunmaktadır. Alınan kararların şirketin menfaatine olup olmadığının değerlendirilmesinin, yöneticilerin inisiyatifine kalmaması gerektiği ileri sürülmektedir¹³. Bu sistemde genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki ilişki tamamen bağımsızdır.

Tekli sistemde, şirketin işleyişine ilişkin bütün kararlar yönetim kurulu tarafından alınır ve uygulanır¹⁴. İdare ve gözetim birbirinden ayrı değildir¹⁵. Her ikisi de yönetim kurulu tarafından yürütülmektedir. Tekli sistemde, kanunda yöneticilerin aldığı kararların hukuka uygunluğunu denetleyen daha farklı mekanizmaların yer aldığı vurgulanmaktadır¹⁶.

TTK hükümlerinde, yönetim ve gözetim görevinin yönetim kuruluna ait olması ve devredilemez yetkilerden olması sebebiyle tekli sistem benimsenmiştir¹⁷. Bunun yanı sıra yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki ilişki de tekli sistem

Yönetim yetkisinin devri ile günlük ve olağan işlerin devredilenler tarafından yürütülmesine imkan tanımıştır. Bu müessese ile yönetimde ikili sistem benimsendiği ileri sürülemez. Fakat tekli sistemin sert bir şekilde uygulanmamasıyla şirketlerin hareket alanı genişletilmiş ve ikili sistemin faydalarından yararlanılmıştır¹⁸. Yönetim yetkisinin devri gibi müesseselerle karar alma süreçleri hızlandırılmıştır. Bütün yönetim kurulunun toplanması ve karar almasına nazaran daha hızlı ilerleyen bir süreç olacaktır. Böylece karar alma ve uygulama mekanizmaları hızlandırılmıştır.

B. Müdürlerin hukuki statüsü

Yönetim organizasyonu içinde, limited şirketin tüzel kişiliği gibi müdür kurulu da soyut bir kavramı ifade etmektedir. Bu sebeple müdürler kurulu ile ortaklık arasındaki bağ, organik bir bağıdır¹⁹. Müdürler kurulu soyut bir kavramdır. Müdürler kurulu, üyeler ile somutlaşmaktadır²⁰. Burada tartışılan hukuki mesele ise; müdürler ile şirket arasında kurulan ilişkinin hukuki niteliğidir. Öğretide mesele anonim şirketler üzerinden detaylıca tartışılmıştır²¹. Zorunlu bir organ olan yönetim kurulu ile ortaklık arasında organik bir bağ mevcuttur²². Öğretide hukuki ilişkinin niteliği hakkındaki görüşler, iş ve vekalet akdi etrafında toplanmaktadır. Hukuki niteliğin tespiti önemlidir. İş akdinin kabul edilmesi halinde, TTK hükümlerinde çözüm bulunmayan hallerde 4857 Sayılı İş Kanuna²³ (İŞK.) ilişkin hükümler uygulanacaktır. Aynı doğrultuda; vekalet akdinin kabul edilmesi halinde, TTK hükümlerinde açıklık olmayan hallerde 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu²⁴ (TBK) hükümlerine başvurulacaktır²⁵.

¹¹ Yavuz Selim Günay, *Anonim Şirketlerin Temsili*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 33.

¹² Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 70.

¹³ Beşir Fatih Doğan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011) 27- 29;

¹⁴ Günay, *Anonim Şirketlerin Temsili*, 32.

¹⁵ Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 69; Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 24.

¹⁶ Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 34.

¹⁷ Gerekçe TTK. m. 367; Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 31-32; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 75; Zehra İlgin - Mağden Çamlı, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Yetki Alanında Kalan Konular Esas Sözleşmede Düzenlenebilir Mi?", *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 4/1 (2024), 205.

¹⁸ Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 25.

¹⁹ Yönetim kurulu üzerinden yapılan değerlendirmenin müdürler kurulu bakımından da geçerli olduğunu düşünmekteyiz, Reha Poroy vd. *Ortaklıklar Hukuku I*, (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019), 389.

²⁰ Poroy vd. *Ortaklıklar Hukuku I*, 389.

²¹ Poroy vd. *Ortaklıklar Hukuku I*, 389; Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 454- 455; Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, (Ankara, Sevinç Matbaası, 1975), 100- 101; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 279- 282.

²² Poroy vd. *Ortaklıklar Hukuku I*, 389.

²³ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030610.htm#1>.

²⁴ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6098.pdf>.

²⁵ Ansay, *Anonim Şirketler*, 100- 101.

Müdürler ile limited şirket arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu tartışmasıdır. Türk hukukunda sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı irade beyanlarının uyuşması gereklidir²⁶. Öneri; bu irade beyanlarından ilki olmakla beraber, sözleşme yapma çağrısını içeren tek taraflı bağlayıcı hukuki bir işlemdir²⁷. Kabul ise, iradelerin örtüştüğüne yönelik, sözleşmenin kurulmasını sağlayan ikinci beyandır²⁸.

Genel kurulun müdürü belirlemesi, sözleşme hukuku bağlamında icap olarak nitelendirilmektedir²⁹. Müdürün göreve başlaması ise kabul beyanıdır. Nitekim kabul beyanının sarih ya da zımni olması mümkündür³⁰.

Yöneticiler ile şirket arasındaki ilişkinin niteliğine yönelik tartışmalar, iki görüş etrafında temellendirilmiştir. Bir görüşe göre, bu ilişki vekalet ilişkisidir³¹. Yönetim kurulunun, TTK hükümleri kapsamında yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülükler, şirket ile yönetim kurulu arasındaki ilişkiyi hizmet akdi olarak nitelendirmek için tek başına yeterli görülmemiştir³². Bir diğer görüş ise; hizmet akdi etrafında toplanmıştır³³. Bir diğer yaklaşım bu ilişkinin sadece hizmet ya da vekalet akdi olarak sınırlandırılmaması gerektiği, sui generis (kendine özgü) olduğu ve şirket sözleşmesi şartları kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁴.

Yöneticiler ile şirket arasında uyuşmazlık çıkması halinde, aralarındaki hukuki ilişkinin temeli önem arz etmektedir³⁵. Hizmet ilişkisinde, işçinin işverene bağımlılığı söz konusudur (İK. m. 8/1). İşin yapılış sürecinde işverenin emir ve talimatları doğrultusunda hareket eder (TBK m. 399). Vekalet sözleşmesinde ise; vekilin de talimatlar doğrultusunda hareket etmesi gerekir. Ancak bu durum hizmet sözleşmesinde olduğu gibi sıkı sıkıya bir gözetim, işin işleyişi hakkında doğrudan talimat anlamına gelmemektedir. İki sözleşme türü arasındaki bir diğer temel fark ise ücret noktasında söz konusudur. Hizmet sözleşmesinin zorunlu unsurlarından biri ücrettir (İK m. 8/1; TBK m.393). Vekalet hükümlerinde ise ücret temel unsur olmamakla birlikte, sözleşme ya da teamül kapsamında belirlenebilir (TBK m. 502/3).

Müdürlerin hukuki statülerini değerlendirecek olursak; iş görme edimi yüklendikleri aşıkardır. Bu iş görme edimi daha çok vekalet akdini anımsatır niteliktedir. Müdürler ile şirket arasındaki ilişki göz önüne alındığında; şirket genel kurulunun doğrudan doğruya yönetime ilişkin talimat vermesi söz konusu değildir. Ayrıca TTK m. 553 vd. hükümleri de yöneticilerin yaptıkları işlemler bakımından,

²⁶ Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, (Pdf: Beta, 2020), 23; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara, Turhankitabevi, 2012), 54; İhsan Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Pdf: Gazi Kitabevi, 2019), 63- 64; Şaban Kayıhan - Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Pdf: Seçkin, 2018), 93; İsmail Kayar, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, (Pdf: Seçkin, 2019), 57.

²⁷ Akıntürk, Ateş, *Genel Hükümler*, 23; Erdoğan, *Genel Hükümler*, 65; Gökhan, Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1-1*, (Pdf: Seçkin, 2019), 303; Erol Cansel, Çağlar Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1*, (Pdf: Seçkin, 2017), 105; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Pdf: Seçkin, 2016), 165; Kayıhan, Ünlütepe, *Genel Hükümler*, 94; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, *(Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Bursa, Dora, 2017), 38; Kayar, *Genel Hükümler*, 58.

²⁸ Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul, Beta, 2017), 39; Akıntürk, Ateş, *Genel Hükümler*, 27; Erdoğan, *Genel Hükümler*, 66; Cansel, Özel, *Genel Hükümler*, 105; Ayan, *Genel Hükümler*, 170; Kayıhan, Ünlütepe, *Genel Hükümler*, 95; Kayar, *Genel Hükümler*, 61.

²⁹ Poroy vd. *Ortaklıklar Hukuku I*, 390.

³⁰ Necip Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*, (İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017), 205.

³¹ Ansay, *Şirketler Hukuku*, 100- 101; Poroy vd. *Ortaklıklar Hukuku I*, 389 vd.; Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 455; Kaplan, *Hukuki Sorumluluğu*, 3503; Özge Karaege, (2014) "Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi (TTK m. 364))". *Ankara Barosu Dergisi* 1/69, 97; Ekşi, *Müdür*, 50.

³² Yazar; kurulan sözleşme ilişkisini hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmese de, şirket ile yönetim organı arasındaki ilişkiye ek bir iş ilişkisi kurulmasında herhangi bir sakınca görülmediğini belirtmiştir, Kübra Doğan Yenisey, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74/313 (2016), 318.

³³ Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 276.

³⁴ Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 284- 290.

³⁵ Şöyle ki aradaki hukuki ilişkinin hizmet akdi olarak nitelendirilmesi ihtimalinde; kıdem ve ihbar tazminatı İşK. kapsamında hesaplanır, Hakan Pekcanitez vd. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017) 227; İşçi alacakları iflas halinde, sıra cetvelinde 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 206 hükmüne birinci sırada yer alır, Uyuşmazlık iş mahkemesinde görülür.

sorumluluklarını öngörmüştür. Kanun hükümlerinde müdürler kurulunun aldıkları kararlara ilişkin sorumluluk mekanizmaları öngörülmüşken, şirket ile aralarındaki ilişkinin hizmet akdi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Hizmet akdi olarak değerlendirmemizi önleyen bir diğer mesele ise ücrettir³⁶. Müdür sıfatının kazanılması ya da şirket ile kurulan hukuki ilişki temelinde ücret şartı yoktur. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında; müdürler ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin TTK hükümlerinde çözüm bulunmayan hallerde, vekalet ilişkisi olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Yapılan bu değerlendirme TBK m. 502/2 hükmü³⁷ ile de örtüşmektedir. Söz konusu maddede; vekaletle ilişkin hükümlerin uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir.

Yargıtay da kararlarında bu hukuki ilişkiyi hizmet akdinden ziyade, vekalet ilişkisi olarak nitelendirmiştir. Müdürlerin sorumluluğunun kapsamı bakımından, bu ilişkinin hukuki niteliğinin tespiti önemlidir. Yüksek mahkeme kararında; yönetim kurulu ile şirket arasındaki ilişkiyi vekalet akdi kabul ederek, görevli mahkemenin ticaret mahkemesi olduğuna hükmetmiştir³⁸. Daha eski tarihli bir kararında³⁹ da *"... Bu konuda sözü edilen kanunun 138. Maddesi (Yeni TTK 126) gereğince Borçlar Kanunun 520- 541. Maddelerinin (TBK m. 620- 645) uygulanmaları gerekir. Borçlar kanunun 530. Maddesi hükümlerine göre (TBK 630) ortaklığı yöneten ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişki kural olarak 'vekalet' hükümlerine bağlıdır..."* şeklinde ilişkinin kural olarak vekalet sözleşmesine dayandığını belirtmiştir. Şirket ile icracı müdür arasında çıkan uyuşmazlıkta; icracı müdürün iki adet çek keşide ettiği, daha sonra kendisine ciro edilmesini sağladığı ve nihayetinde de diğer davalı yakın akrabası tarafından tahsil edilen çek bedelleri 4.000,00 TL'nin tahsili talebiyle dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede şirket ile davalı arasındaki ilişkinin hukuki niteliği iş akdi olarak değerlendirilmiştir. Ancak temyiz üzerine yüksek mahkemece davalı ile şirket arasındaki şirket ilişkisi, işçi- işveren kapsamında değerlendirilmemiştir. İcracı müdür sıfatıyla yetkilendirilen kişinin sorumluluğu, TTK m. 367 ve TTK m. 369 kapsamında ele alınmıştır⁴⁰. Bir başka kararda; mal ve hizmet almadan ödeme yapılması, gerçek bir ticari ilişki olmadan düzenlenen faturalar nedeniyle vergi dairesine düzeltme beyannameleri verildiği ve şirkete tahakkuk ettirilen 19.634,69 TL ödenen gecikme zammının, şirkete ödenmesi talebi ile dava açılmıştır. Söz konusu davada; icracı müdür olarak görevlendirilen kişinin aynı zamanda şirketle işçi- işveren ilişkisi bulunması mümkündür. Bu durumda icracı müdürün, TTK m. 553 kapsamında sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı belirtilmiştir⁴¹.

C. Devredilemez yetkiler

Müdürler kurulunun devredilemez yetkileri TTK m. 625 hükmünde sayılmıştır. Müdürlerin devredilemez görev ve yetkileri emredici hükümdür. Madde ile amaç; şirkette tek el, baskın bir genel kurulun bulunmaması, organlar arası görev ayrılığının sağlanması ve çoğunluğun yönetimi ele geçirmemesidir⁴². 6102 Sayılı TTK ile, genel kurulun üst kurul olduğu ve her türlü kararı alabileceği anlayışından vazgeçilmiştir. Bunun yerine organların ayrılığı ilkesi benimsenmiştir⁴³.

³⁶ Ansay, Anonim Şirketler, 100- 101; Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 276; Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 454- 455; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 281.

³⁷ TBK m. 502/2 *"Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır."*

³⁸ Yargıtay 9. HD. (Yargıtay), K. 2013/11127, (04 Nisan 2013), (Yargıtay Karar Arama).

³⁹ Yargıtay HGK. (Yargıtay), K. 311, (28 Mart 1986), Oruç Hami Şener, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku*, (Ankara, Seçkin, 2017), 653.

⁴⁰ Yargıtay 11. HD. (Yargıtay), K. 2018/2861, (18 Nisan 2018) (Yargıtay Karar Arama).

⁴¹ Yargıtay 11. HD. (Yargıtay), K. 2018/1396, (26 Şubat 2018) (Yargıtay Karar Arama).

⁴² Gerekçe TTK. m. 375.

⁴³ Poroy vd. *Ortaklıklar Hukuku I*, 358- 359; Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 395- 396; Şener, *Limited Ortaklıklar*, 663; Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler*, (İstanbul: On İki Levha, 2016), 537; Soner Altaş, *"Yeni Türk Ticaret Kanunun Anonim Şirket Yönetim Kuruluna Tanındığı Devredilemez Görev ve Yetkiler"*, *Mali Çözüm Dergisi*, Eylül-Ekim, 2011, 130; Harun Keskin, *"Anonim Şirket Genel Kurulu ile Yönetim Kurulu Arasındaki İlişkinin Tarihsel Süreçte Geçirdiği Değişim ve Organların Yetkilerine Genel Bir Bakış"*, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 34/3 (2018), 253- 254, Literatür Lexpera, Erişim: 10.03.2025; Mağden Çamlı, *"Esas Sözleşmede Düzenlenebilir Mi?"*, 197- 198.

TTK m. 625 hükmünün lafzı göz önüne alındığında sayılanların tahdidi olup olmadığı meselesi gündeme gelmektedir. Öğretide mesele anonim şirket yönetim kurulunun devredilemez görevleri bakımından mesele ele alınmaktadır. Bir görüş söz konusu hükümlerin tahdidi olduğunu, maddede sayılanlar dışında devredilemez yetki kararlaştırılmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir⁴⁴. Diğer bir görüş ise; özel kanunlarda⁴⁵ yer alan hükümleri de göz önüne alarak tahdidi olmadığını ifade etmiştir⁴⁶. Nitekim madde gerekçesinde de belirtildiği üzere amaç; çoğunluğun azınlık üzerinde baskı kurmasını önlemek ve organlar arasındaki işlev ayrımını sağlamaktır.

Devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkiler hususunda limited şirketler bakımından değerlendirilmesi halinde kanun koyucu bakımından farklı bir yaklaşım ile karşı karşıya kalmaktayız. Her ne kadar TTK m. 625 hükmünde sınırlı sayı ilkesine ilişkin açıklama yer almasa da madde gerekçesinde⁴⁷ sınırlı sayı ilkesi kapsamında düzenlendiği ifade edilmiştir. Sınırlı sayı ilkesinin, gerekçe yerine hükümde ifade edilmesinin daha yerinde olacağını düşünmekteyiz. Şener, TTK m. 625 hükmünün sınırlı sayı ilkesine tabii olmadığını kanun maddelerinden örnekler ile haklı bir şekilde ortaya koymaktadır⁴⁸. TTK m. 375 gerekçesinde bahsedilen; çoğunluğun azlık üzerinde baskı kurması ve özellikle organlar ayrılığı ilkesinin göz ardı edilmesi tehlikesi, limited şirketler bakımından da devam etmektedir. Madde gerekçesinde farklı açıklamalar yapılsa dahi öğretide ileri sürülen örneklerden yola çıkarak sınırlı sayıda olmadığı görüşüne katılmaktayız.

TTK m. 625 hükmünde sayılanlar göz önüne alındığında; müdürlerin yönetime ilişkin temel meselelerin devri yasaklanmıştır. Maddede yer alanlar aynı zamanda müdürlerin hukuki sorumluluklarına yol açabilecek karar ve uygulamalardır. Müdürler kurulu, TTK m. 625 hükmünde yer alan hususlar bakımından aldıkları kararları genel kurul onayına sunsalar dahi sorumlulukları devam etmektedir⁴⁹. Bu sebeple genel kuruldan alınan onay, danışma niteliğinde fikir almasından öteye geçemeyecektir⁵⁰.

II. Yönetim Yetkisinin Devir Şartları

Yönetimin daha hızlı ve etkin kararlar alabilmesi için yönetim yetkisinin devri müessesine ihtiyaç duyulmuştur. Organların ve yönetimin ayrılığı ile spesifikleşmesi halinde, şirketin yönetimi daha kolay bir hal alacaktır⁵¹.

Bu başlık altında ele alınması gereken husus, terminoloji sorunudur. eTTK döneminde yönetim ve temsil yetkisinin birlikte devri düzenlendiği için "*murahhas*" kavramının kullanılmasında herhangi bir sakınca yoktu. Murahhas kavramı, temsil yetkisinin devredildiği TTK m. 629 atfı ile TTK m. 370 hükmünde kullanılmaktadır. TTK m. 370/2 fıkrası kapsamında da murahhas sıfatı, temsil yetkisinin devrine bağlıdır. Ancak 6102 Sayılı TTK hükümlerinde yönetim yetkisinin tek başına devredilmesi mümkündür.

⁴⁴ Tartışmalar için bkz. Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 539.

⁴⁵ 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu (BK) m. 50; 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m. 17. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121230-1.htm>.

⁴⁶ Diğer kanunlarda da devredilemez görev ve yetkilerin bulunması sebebiyle hükmün lafzı öğretide eleştirmiştir. Bkz. Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, (İstanbul, On İki Levha, 2016) 181; Beşir Fatih Doğan, (2012), "*Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri*". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18/2, 611; Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 540; Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 242; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, (Ankara, Seçkin, 2019), 372; TTK hükümlerinde m. 375 hükmü dışında da devredilemez görev ve yetkilerin bulunduğu haklı bir şekilde ifade edilmiştir. Bkz. Veliye Yanlı, "Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Tarafından mı Atanabilir?". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71/2 (2013), 339.

⁴⁷ Gerekçe TTK m. 625; "... müdürün veya müdürler kurulunun yani bir anlamda yürütmenin, devredilemez görev ve yetkilerini sınırlı sayı olarak (*numerus clausus*) saymaktadır."

⁴⁸ Yazar; TTK m. 586/2, TTK m. 598/1, TTK m. 603/5 ve limited şirketlere ilişkin anonim ortaklıklara atfı yapılan söz gelimi TTK m. 633 hükmü ile sınırlı sayı ilkesine tabii olmadığını ortaya koymaktadır, Şener, *Limited Ortaklıklar*, 655.

⁴⁹ Mesele anonim şirketler üzerinden değerlendirilmiştir, ancak limited şirket müdürleri bakımından da aynı değerlendirmeyi yapmak TTK m. 625/2 doğrultusunda mümkündür, Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 536- 537; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (Ankara, Adalet, 2017), 857.

⁵⁰ Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 536- 537; Pulaşlı, *Genel Esaslar*, 857.

⁵¹ F. Fama Eugene - Michael C. Jensen, (1983), "*Separation of Ownership and Control*". *Journal of Law and Economics* 26, 305-306.

Yönetim yetkisinin devrinde ise murahhas kavramından bahsedilmemektedir. Kanunun terminolojik seçimi göz önüne alındığında; sadece yönetim yetkisinin devri bakımından “murahhas”ın kullanılmamasının yerinde olduğu görüşüne katılmaktayız⁵². Yalnızca yönetim yetkisinin devri halinde, murahhas sıfatının kullanılması yönetim TTK m. 367 hükmünde yer almaması sebebiyle, lafız ile uyumsuzluk olacaktır.

Yönetim yetkisinin devri; yönetimin müdürlerden bir veya birkaçına yahut üçüncü kişi ya da kişilere devredilmesidir. Burada gözden kaçırılmaması gereken husus TTK m. 623/1 son cümlesidir. En az bir ortağın yönetim yetkisine haiz olması şarttır (TTK m. 623/1). Burada amaç müdür olmayan, şirket dışından şahıslara yönetimin tamamen devrini engellemektir⁵³. Kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapmasının, limited şirketlerde şahıs unsurunun ön planda olmasından kaynaklandığını düşünmekteyiz. Her ne kadar sermaye şirketi olsa da ortakların sınırlı sayıda oluşu, daha küçük ölçekli ve şahıs unsurunun ön planda olduğunu göstermektedir. Bu husus yargı kararlarında da ifade edilmektedir⁵⁴.

Yönetim yetkisinin devredilebilmesi kanunda birtakım şartlara tabi tutulmuştur. Bunlar maddi ve şekli şartlardır. Şekil şartları olarak; ortaklık sözleşmesinde yönetim yetkisinin devrine ilişkin hüküm bulunması, iç yönerge hazırlanması⁵⁵ ve bu ortaklık sözleşmesine uygun müdürler kurulu kararıdır. Maddi şartlar ise; devirin TTK m. 625 hükmünde yer alan devredilemez yetkileri içermemesidir.

A. Şekil şartları

Anonim şirketin aksine, limited şirket hükümlerinde; yönetim yetkisinin devrine ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. TTK m. 629 hükmünde temsil yetkisine ilişkin düzenlemeler yer alıp anonim şirket hükümlerine atıf yapılmıştır. Limited şirketler bakımından, kanun maddelerinde dolaylı şekilde düzenlemeler yapıldığını görmekteyiz. TTK m. 577/1-i ve TTK m. 625/1-d hükümleri limited şirketlerde yönetim yetkisinin devrine ilişkin şekli şartlarda yol gösterici olmaktadır. Anonim şirketlerde konunun detaylı bir şekilde ele alınıp, limited şirketlerde ayrıca bir madde ile düzenleme, atıf yapılmaması eleştiriye açıktır.

Yönetim yetkisinin devri bakımından öngörülen şekli şartlar üç ana başlık altında toparlanmıştır. Bunlar; ortaklık sözleşmesinde yetki devrine ilişkin hüküm bulunması, iç yönerge hazırlanması ve bu ortaklık sözleşmesine uygun yönetim kurulu kararıdır⁵⁶.

1. Ortaklık Sözleşmesinde Hüküm Bulunması

Yetki devri bakımından en önemli ve ilk şart; yetki devrine ilişkin düzenlemeye ortaklık sözleşmesinde yer verilmesidir (TTK m. 577/1-i). Ortaklık sözleşmesinde yer alacak hükümle verilecek izne dair ayrıntılı açıklamalar yapılmamıştır. Başka bir deyişle verilecek izinin neleri içermesi gerektiği, hangi hususların özellikle belirtilmesi gerektiğine yer verilmemiştir.

⁵² Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 595; Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, 370; Şener, *Limited Ortaklıklar*, s. 701.

⁵³ Şener, *Limited Ortaklıklar*, 701.

⁵⁴ Yargıtay 11. HD. (Yargıtay), K. 2024/3735, (09 Mayıs 2024), Kararda limited şirket müdürü tarafından yapılan satış işleminin iptali ve tapu iptal ve şirket adına yeniden tesciline yönelik açılan, işlemi gerçekleştiren müdürün TTK m. 623/1 şartını taşımadığı dava; TTK m. 623/1 fıkrasına uymayan kararın iptale tabii olduğu, iptal kararının ise satış işleminden sonra alındığı, söz konusu kararın geriye yürümeceği, arsanın emsal değerle satılması, şirkete para girişi olması, sebebiyle muvazaalı satış olmadığı sebebiyle davayı reddeden karar onanmıştır. Ancak bizim de katıldığımız karşı oy görüşünde; “...limited şirkette en az bir ortağın müdür olarak atanmasının gerekli ve zorunlu kılınmasındaki amaç, şahıs şirketi özelliği taşıyan limited şirket yönetim ve temsilinde bütünsel yabancılaşmayı önlemektir. O nedenle TTK m. 623/1 hükmünde yer alan bu kural kesin ve emredici nitelikte olup anılan kuralı ihlal eden limited şirket GK kararları TTK m. 447 ve TBK m. 27 hükümleri uyarınca butlan yaptırımına tabii olur” şeklinde ifade edilmiştir. İçtihat Lexpera, ERİŞİM: 18.10.2024.

⁵⁵ İç yönerge hazırlanması limited şirketlerde açıkça ifade edilmemiştir. Ancak bu husustaki tartışmalara “2. İç Yönerge Düzenlenmesi” başlığında ayrıntılı şekilde değinmemiz sebebiyle burada yalnızca şart olarak zikretmekle yetinmekteyiz.

⁵⁶ Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 84; Doğan, “Devredilemez Yetkileri”, 624- 625.

Öğretide mesele anonim şirket üzerinden ele alınmıştır. *Tekinalp*, devre ilişkin ifadelerin "yönetim devredilir ya da devredilebilir" şeklinde açık ve net olması gerektiğini belirtmiştir⁵⁷. Gerçekten de şüpheyi yer bırakacak şekilde şaibeli ifadelerle ortaklık sözleşmesinde yer verilmesi halinde, devre ilişkin hüküm bulunmadığı kabul edilmelidir. Ortaklık sözleşmesinde yetki devrine ilişkin hüküm bulunmaksızın, sadece genel kurul kararıyla bu şartın gerçekleştirilmesi mümkün değildir⁵⁸. Ortaklık sözleşmesinde, devre ilişkin detaylı açıklamalar yapılması şart değildir. Devre ilişkin detaylar iç yönergede belirtilebilir. Ancak bu husus, ortaklık sözleşmesinde iç yönergeden muhakkak bahsedilmeli şeklinde yorumlanmamalıdır⁵⁹. Kuruluş aşamasında; ortaklık sözleşmesinde yetki devrine ilişkin hükme yer verilmemiş olabilir. Bu durumda, ortaklık sözleşmesi değiştirilerek ilgili devir hükmüne yer verilmesi mümkündür.

Ortaklık sözleşmesine konulacak bir hükümle yetki devrinin şart koşulmasının mümkün olup olmadığı öğretide anonim şirketler üzerinden tartışılmaktadır⁶⁰. *Tekinalp*, TTK m. 367 hükmünün yönetim kurulunun takdirine bırakılacak lafızla düzenlendiğini ancak pay sahiplerinin iradesinin mutlak devir yönünde olması halinde ise buna saygı duyulması gerektiğini ifade etmiştir⁶¹. *Kırca* ise; yönetim teşkilatının belirlenmesi yetkisinin TTK m. 375 kapsamında yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında olması sebebiyle, böyle bir şartı içeren genel kurul ya da yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunu ileri sürmüştür⁶². Limited şirketler bakımından da TTK m. 625 hükmünde şirket yönetim örgütünün belirlenmesi devredilemez ve vazgeçilemez yetkiler arasında düzenlenmiştir. TTK m. 375 gerekçesinde organlar arası eşitlikten bahsedilmektedir. Hükmün gerekçesinde genel kurulun her şeye kadir olduğu yönündeki anlayışın değiştirilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir⁶³. Şayet bu noktada; genel kurul kararıyla ortaklık sözleşmesinde devrini zorunlu kılan unsurlara yer verilirse, TTK m. 375 ile gözetilmek istenen amaç korunmaz⁶⁴. Aksi durumda 6762 Sayılı eTTK mantığında yer alan genel kurulun üst kurul oluşu ve her kararı alabileceği yönündeki yaklaşım benimsenmiş olur. Aynı şekilde TTK m. 625 gerekçesinde de "sorumluluk yetkiye bağlıdır" ilkesinden bahsedilmektedir⁶⁵. Yapılan işlem nazarında, genel kuruldaki ihtiyari onay alınsa dahi yetki ve sorumluluğun müdürlerde olduğu belirtilmektedir⁶⁶. Sorumluluğun müdürlerde olması sebebiyle genel kurul tarafından sınırı aşacak müdahalelerin kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak çoğun içinde az da vardır kuralıyla, verilen yetkinin konu ve kişi bakımından sınırlandırılabilmesi yönünde öğretide de fikir birliği mevcuttur⁶⁷. Fakat doğrudan doğruya ismi belirtilen kişiler arasından seçim mümkün olmamalıdır⁶⁸. Yönetim yetkisinin kısmen ya da tamamen devri yönetim kurulunun vermesi gereken karardır⁶⁹. Bu sebeple yetkinin kısmen ya da tamamen devri hususuna iç yönergede yer verilmesi gerekir.

2. İç yönerge düzenlenmesi

İç yönerge; şirketin işleyişi ve düzenine ilişkindir. Bu sebeple üçüncü kişiler iç yönergeye dayanarak anonim şirketten herhangi bir talepte bulunamazlar⁷⁰. TTK m. 367/1 hükmünde iç yönergenin asgari

⁵⁷ Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 249.

⁵⁸ Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 600; Doğan, *Yönetim Yetkisi Devri*, 39.

⁵⁹ Cafer Eminoğlu, "Yönetim Kurulu", *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*, ed. Kemal Şenocak, (Ankara: Seçkin, 2023), 1756- 1757; Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 600.

⁶⁰ Tartışmalar için bkz. Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 601; Eminoğlu, "Yönetim Kurulu", Cilt II, 1759.

⁶¹ Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 249.

⁶² Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 602; Aynı yönde Ozan Oran, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu İç Yönergesi*, (İstanbul, On İki Levha, 2021), 17- 18.

⁶³ Gerekçe TTK m. 375.

⁶⁴ Eminoğlu, "Yönetim Kurulu", Cilt II, 1759.

⁶⁵ Gerekçe TTK m. 625.

⁶⁶ Gerekçe TTK m. 625.

⁶⁷ Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 249- 250; Kırca vd. *Anonim Şirketler*, 601.

⁶⁸ Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 122.

⁶⁹ Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 123.

⁷⁰ Himmet Koç, "Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Benzer Kurumlarla Olan İlişkisi". *Medeniyet ve Toplum* 1/2 (2017), 4.

içeriğine ilişkin bilgiler verilmiştir. Bu içeriği taşıyarak söz konusu şartlara uygun hazırlanmış metnin, iç yönerge olarak adlandırılması şart değildir⁷¹. Gerçekten de 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 19/1 kapsamında; önemli olan taraf iradeleridir. Tarafların yanlışlıkla ya da yanıltmak amacıyla kullandıkları ifadelerin sözleşmelerin belirlenmesinde bir önemi yoktur. Hukukumuzda sözleşmelerin türü belirlenirken önemli olan husus içeriktir. Bu doğrultuda; iç yönergenin de farklı isimlerle nitelendirilmesi mümkündür. Örneğin; “iç tüzük” ya da 6762 Sayılı TTK hükümlerinde anılan şekliyle “teşkilat yönetmeliği” gibi ifadelerle anılması mümkündür. Yeter ki TTK m. 367 hükmündeki zorunlu unsurları içersin.

Yönetim yetkisinin devri için gerekli olan şekli şartlardan bir diğeri ise iç yönerge⁷² hazırlanmasıdır. Limited şirketlerde ise; doğrudan iç yönergeden bahsedilmemiştir. Devredilemez görev ve yetkiler TTK m. 625/1- d fıkrasında⁷³ dolaylı bir şekilde bahsedilmektedir. Bu sebeple mesele anonim şirketler ve kaynakları üzerinden de ele alınacaktır. Çamoğlu; TTK m. 629/3'te TTK m. 367 hükmüne yapılan atıf ile limited şirketlerde de kıyasen iç yönergenin düzenlenebileceğini ifade etmektedir⁷⁴. Bunun yanı sıra TTK m. 629/3 fıkrasında yer alan atıf ile, anonim şirketlerde yönetim yetkisinin devrine ilişkin TTK m. 367 hükmünün kıyasen limited şirketlere de uygulanabileceği belirtilmiştir⁷⁵. Ancak TTK m. 629/3 fıkrası; “*şirkete hizmet akdi ile bağlı kişilerin sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcıları*” olarak atamasına ilişkin durumları kapsamaktadır. Başka bir söylemle TTK m. 629/3'de sadece müdürler tarafından; hizmet akdi ile bağlı kişilerin, “*sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcıları*” olarak ataması hususunda TTK m. 367 ve TTK m. 371 hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği belirtilmiştir. Ancak asıl mesele olan; limited şirketlerde müdürler kurulunda, yönetim yetkisinin devrine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Limit şirketlerde müdürlerin yönetim yetkisinin devrine ilişkin açıkça bir atıf yapılmasa dahi, anonim şirketlere ilişkin düzenlemenin asıl meselede de kıyasen uygulanacağı görüşüne katılmaktayız⁷⁶.

a. İç yönergenin şekli ve içeriği

Anonim şirkete ilişkin TTK m. 367 yönetim yetkisinin devri için iç yönergenin hazırlanması gereklidir. İç yönerge; şirket içindeki normlar hiyerarşisinde esas sözleşme altında yer alması sebebiyle, ortaklık sözleşmesine aykırı hüküm bulunamaz⁷⁷.

Yönetim yetkisi kendilerine devredilenlerin; “*kanunlara, şirket sözleşmesine, iç tüzüklere ve talimatlara*” uygun hareket edip etmediklerinin gözetimi müdürlerin devredilemez ve vazgeçilemez görevlerindendir (TTK m. 625/1- d). Kanun koyucu burada iç yönerge yerine “iç tüzük” terimini kullanmıştır. Yönetim yetkisinin devredilmesinden bahisle kast edilenin iç yönerge olduğu açıktır.

TTK m. 367 hükmünde de iç yönergenin içeriği ve şekliyle ilgili detaylı bilgi verilmemiştir. İç yönerge; yönetim ve organizasyonun sağlanması, kimin kime bağlı olarak çalışacağının açıkça belirtilmesi amacıyla hazırlanır⁷⁸. Özellikle organizasyon şemasında, kimin kime bağlı olarak çalışacağının muğlak

⁷¹ 6762 Sayılı TTK hükümlerinde “teşkilat yönetmeliği” şeklinde ifade edilmesi sebebiyle yazar tarafından bu şekilde kaleme alınmıştır. Ancak söz konusu ifadenin 6102 Sayılı kanun hükümlerinde “iç yönerge” ifadesi ile örtüştüğünü düşünmekteyiz, Veliye Yanlı, “İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda 'İş Bölümü' İlkesi ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri”. *İÜHFM* 55/3 (1997), 268, dipnot 33. Erişim: 24.10.2024; Pulaşlı, *Genel Esaslar*, 446 dipnot 249; Eminoğlu, “Yönetim Kurulu”, Cilt II, 1758.

⁷² Adalet genel kurulunca kabul edilip TBMM genel kuruluna gelen metinde “iç yönetmelik” terimi yer almaktaydı. Ancak Anayasa m. 124 hükmüne göre yönetmelik çıkarma yetkisi sadece; başbakanlık, bakanlıklar ve kamu kamu tüzel kişilerine kendi görev alanları ile ilgili düzenleme yapılması amacıyla verilmiştir. Bu sebeple “iç yönerge” şeklinde değiştirilmiştir. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c090/tbmm23090051.pdf>, ERIŞİM: 20.10.2024.

⁷³ TTK m. 625/1-d: “*Şirket yönetiminin bazı bölümleri kendilerine devredilmiş bulunan kişilerin, kanunlara, şirket sözleşmesine, iç tüzüklere ve talimatlara uygun hareket edip etmediklerinin gözetimi*”.

⁷⁴ Çamoğlu, *Temel İlkeleri*, 180.

⁷⁵ Çamoğlu, *Temel İlkeleri*, 195.

⁷⁶ Özer, “Şirket Organları”, Cilt IV, 4722- 4723.

⁷⁷ Mağden Çamlı, “*Esas Sözleşmede Düzenlenebilir Mi?*”, 202

⁷⁸ Gerekçe TTK m. 375.

ifadelere yer verilmeden açıkça belirtilmesi gerekir⁷⁹. Hükümün içeriğinde iç yönergeye ilişkin detaylı açıklamalar yapılmısa da TTK m. 367 gerekçesinin limited şirketler bakımından da yol gösterici olacağını düşünmekteyiz.

TTK m. 367 hükmünün gerekçesinde de ifade edildiği üzere; yönergenin amacı, yönetimin daha karmaşık hale getirilmesi değildir. Organizasyon şeması, açık ve anlaşılır olmalıdır. İç yönergede yer alan anlaşılmaz ve belirsiz bir şema yönetim yetkisinin devredildiği anlamına gelmez. Bu sebeple kimin kime bağlı olduğu, soru işaretlerine yer vermeyecek şekilde belirtilmelidir. Yönergenin ticaret siciline tescil ve ilanı şart değildir⁸⁰. Ancak ispat hukuku bakımından, kolaylık sağlanması maksadıyla tescil ve ilanına engel yoktur. Yargıtay da bu hususta tescil edilebileceğine ilişkin karar vermiştir⁸¹. İlgili kararda yönetim yetkisinin devrine ilişkin iç yönergeyi içeren yönetim kurulu kararının tescili talep edilmiş, sicil müdürü tarafından ise bu talep reddedilmiştir. Yönetim yetkisinin devri bakımından tescil zorunluluğu öngörülmemiştir. Yönetim ve temsil yetkisinin birlikte devri halinde, TTK m. 373 gereğince ticaret siciline tescil edilmesi zorunludur.

İç yönergenin yazılı bir şekilde yapılması gerektiği de madde metninde açıkça belirtilmemiştir. Ancak "yönerge" kelimesinden ve kimin kime bağlı olarak çalışacağını açık ve detaylı şemasının istenilmesinden dolayı olarak bu sonuç çıkartılabilir⁸². Doğan, iç yönetmeliğin bir yönetim kurulu kararıyla oluşturulduğunu, yönetim kurulu kararlarının ise TTK m. 390/5 kapsamında kalması sebebiyle dolaylı olarak yazılılık şartı öngörüldüğünü haklı olarak belirtmiştir⁸³.

b. İç Yönerge düzenleme yetkisi

İç yönergenin hangi kurul tarafından düzenleneceği TTK hükümlerinde açıklanmamıştır. Öğretide bu yetkinin genel kurula mı, yönetim kuruluna mı ait olduğu hususunda anonim şirketler üzerinden çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre iç yönerge hazırlanması şirket organizasyonunun temelini oluşturması sebebiyle genel kurula aittir⁸⁴. Bir diğer görüş ise TTK m. 375/1 kapsamında şirket yönetim ve teşkilatının belirlenmesinin, yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında olduğunu ileri sürmektedir⁸⁵.

Yönetim yetkisi, TTK m. 375 kapsamında yönetim kuruluna ait olması sebebiyle, yönetime ilişkin iç yönerge düzenleme yetkisinin de yönetim kuruluna ait olacağı yönündeki görüşe katılmaktayız. Aynı değerlendirme limited şirket müdürler kurulu için TTK m. 625 hükmü üzerinden yapılacaktır. Yönetim yetkisi TTK m. 625 hükmü ile müdürler kuruluna verilmiştir. İç yönerge düzenleme yetki de TTK m. 625 hükmü dolayısıyla müdürler kuruluna aittir. İç yönerge düzenleme yetkisinin devredilmesi ve/veya genel kurulun onayına tabii tutulması da mümkün değildir⁸⁶. Ayrıca iç yönergenin geçerli bir yönetim kurulu kararıyla düzenlenmemesi halinde; yetki devrinin gerçekleşmeyeceği ve yönetim kurulunun sorumluluğunun devam edeceği belirtilmiştir⁸⁷.

TTK m. 367 gerekçesinde iç yönerge düzenleme yetkisinin kime ait olduğu hakkındaki yaklaşımının tutarlı olduğu söylenemez. Öncelikle devrin "teşkilat yönetmeliği" ile yapılabileceği, bunun ancak

⁷⁹ Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, 371; Eminoğlu, "Yönetim Kurulu", Cilt II, 1758.

⁸⁰ Gerekçe TTK m. 367.

⁸¹ Yargıtay 11. HD. (Yargıtay), K. 2016/4903, (02 Mayıs 2016), (Yargıtay Karar Arama).

⁸² Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 250; Oran, *İç Yönergesi*, 18- 19.

⁸³ Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 133.

⁸⁴ Tartışmalar için bkz. Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 129.

⁸⁵ Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 250; Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 129; Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler*, 604; Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, 371- 372; Eminoğlu, "Yönetim Kurulu", Cilt II, 1759; Kendigelen, *İlk Tespitler*, 258; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 83; Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 129; Oran, *İç Yönergesi*, 22; Koç, *İç Yönerge*, 6; Tansı Kutluk, *Anonim Şirketlerde Yönetim ve İç Yönerge Hazırlanması*, (Pdf: Seçkin, 2023), 70- 71, 86.

⁸⁶ Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 85.

⁸⁷ Yanlı, "Münhasır Yetkileri", 268, dipnot 33; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 87.

yönetim kurulunca hazırlanabileceği ifade edilmiştir⁸⁸. Ardından söz konusu "yönetmeliği" genel kurul ya da yönetim kurulunun onaylayabileceği, bunun bir öneminin olmadığı belirtilmiştir⁸⁹. Önemli olan hususun, ortaklık sözleşmesinde devre ilişkin hüküm bulundurulması olduğuna yer verilmiştir. Gerekçede "meşrulaştırma" kavramına önem verilmiş, iç yönerge adeta ikinci plana itilerek hangi kurulun hazırladığı önemsizleştirilmiştir. Oysa ki iç yönerge ile yönetim ve organizasyon şeması oluşturulduğu, çalışma planının önemi bir önceki fıkranın gerekçesinde ifade edilmiştir. Maddenin gerekçesindeki bu yaklaşım, eTTK mantığında yer alan genel kurulun her yetkiye haiz, üst kurul değerlendirmesine yakındır. Ancak madde gerekçesi madde metnine dahil olmadığından, kanunda emredilen uygulama olarak kabul edilemez. Bu sebeple şirket yönetim ve teşkilatının belirlenmesinin, yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında olduğu ikinci görüşe katılmaktayız. Şirket sözleşmesinde yönetim yetkisinin devredilebileceğine dair hüküm olsa dahi, müdürler kurulu yönetim yetkisini devretmeyebilir.

3. Ortaklık sözleşmesine uygun müdürler kurulu kararı

İç yönergenin hazırlanmasından sonra yönetim yetkisinin devredildiğine dair bir müdürler kurulu kararı alınmalıdır. Bu kararda yönetim yetkisinin kısmen ya da tamamen devri, hangi yetkilerin kime devredildiğiyle ilişkili bilgiler bulunmalıdır⁹⁰. Başka bir söylemle yönetim yetkisinin devir hakkı, müdürler kurulu kararı ile kullanılır. Bu karar TTK m. 624/3 fıkrası doğrultusunda alınır⁹¹.

B. Maddi şartlar

Yönetim yetkisinin devrine ilişkin maddi şartın temeli, yönetim kurulunun devredebileceği yetkilerin devre konu olmasıdır. Başka bir söylemle TTK m. 625 hükmünde yer alan ve yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinin devir konusu olmamasıdır. Bunun dışında müdürler, TTK m. 623 kapsamında devredebileceği yetkilerden dilediğini kısmen ya da tamamen devredebilir.

III. Yetki Devrinin Hüküm ve Sonuçları

A. Genel Olarak

Yetkiyi devreden yetki alanı daralırken, devralanın yetkileri genişler⁹². Yönetim kurulunun devredilen yetkisi bakımından hakkı sona ermez, sadece kullanım hakkı devredilmiştir. Dolayısıyla yetki devri sona erince, yönetim kurulu yeniden bu yetkiyi kullanabilir. TTK m. 625 hükmü dışındaki yetkilerin devredilmesi mümkündür. Şirketin konusu doğrultusunda, günlük münferit işlemler olabilir.

Yetki devrinin en önemli sonuçları; devredilen yetkinin kullanımı ve üst gözetim ile sorumluluğa ilişkindir. Yetki tamamen devrilmişse, müdürler sadece devredilemez yetki ve görevleri kullanır⁹³. Yetkinin kısmen devri mümkündür (TTK m. 367/1). Bu durumda; devredilmeyen bölüm ve devredilemez yetkiler, yönetim yetkisinin yönetim kuruluna ait olması sebebiyle, yönetim kurulunun tamamı tarafından kullanılır.

Yetkilerin devredildiği kişilerin kendi arasında icra kurulu kurması mümkündür. Özellikle yönetim kurulu üyesinin sayıca fazla olduğu şirketlerde; karar alma süreçlerinin hızlanması ve tam mesai ile

⁸⁸ "Devir esas sözleşmesel dayanağı gerektirir ve ancak yönetim kurulu tarafından kabul edilen bir teşkilat yönetmeliği ile yapılır." Gerekçe TTK m. 367.

⁸⁹ "Fıkra örgüt yönetmeliğinin kimin tarafından karara bağlanacağına ilişkin bir açıklığı içermemektedir. Bu yönetmeliği genel kurul veya yönetim kurulu onaylayabilir. Bu onay hiçbir organ açısından o organa özgülenmiş ve devredilemeyecek bir yetki taşımaz. Devir, esas sözleşmede açıkça öngörüldüğüne göre devir yönetmeliği bakımından gerekli esas sözleşmesel dayanak sağlanmış demektir. Önemli olan devirdir. Bu da esas sözleşmede öngörülen bir hükümle, "meşruiyet" temelini kazanmış olmaktadır. Teşkilât yönetmeliği bu devri uygulamaya ilişkin hükümlerini göstermesi bakımından önemlidir. Kaynak İsviçre hukukunda bu yetkiyi çoğu kez yönetim kurulu kullanmaktadır." Gerekçe TTK m. 367.

⁹⁰ Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 252- 253.

⁹¹ Şener, *Limited Ortaklıklar*, 703.

⁹² Doğan, "Devredilemez Yetkileri", 633.

⁹³ Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 87- 88.

şirket yönetimi üzerine profesyonelce çalışan üyelerden, icra kurulu kurulması mümkündür⁹⁴. İcra kurulu ile yönetim kurulu arasında astlık üstlük ilişkisi bulunmamasına karşın, yönetim kurulunun bu kurul üzerinde gözetim yükümlülüğü vardır⁹⁵. Buna göre; yönetim kurulu icracı kurulun faaliyetleri hakkında bilgi alır, haberdar olur. İç yönergede devredilen yetkinin nasıl kullanılacağı gösterilmiştir.

B. Yetki devri halinde üst gözetim ve özen yükümlülüğü

Tekinalp, üst gözetim yükümlülüğünü; devredilen yönetim yetkisinin kanunlara, idari tasarruflara, şirket sözleşmesine, talimatlara uygun yönetilip yönetilmediğinin denetimi, bir anlamda “oto- gözetim” olarak tanımlamıştır⁹⁶. Üst gözetim yükümlülüğü, üst düzey yönetimden bağımsız düşünülmemelidir⁹⁷. Üst gözetim yükümlülüğü, üst düzeyde yönetim ve yönetime ilişkin talimatların verilmesi ile yakından ilişkilidir.

TTK hükümlerinde; limited şirketler bakımından müdürler kurulunun yetki devri halinde “*şirket sözleşmesine, iç tüzüklere ve talimatlara*” uygun hareket edilip edilmediğinin gözetimi şeklinde ifade edilmiştir (TTK m. 625/1- d). Anonim şirketlere ilişkin hükümlerde ise yetki devri halinde “*kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeye ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına*” uyulup uyulmadığının üst gözetimi şeklinde yer verilmiştir (TTK m. 375/1-e). Madde lafzında “*özellikle*” ibaresine yer verilmesi sebebiyle üst gözetim yetkisinin neler olduğu tahdidi olarak sayılmamaktadır⁹⁸. Kanunlar, şirket sözleşmesi, iç yönerge yanı sıra yönetmelikler, tebliğler, yönergeler vb. düzenleyici kurallar da göz önüne alınmalıdır. Mesele yine temel olarak anonim şirketler üzerinden öğretilde de tartışılmıştır.

TTK m. 375 hükmü gerekçesinde; “*kuramsal açıdan ve işletme iktisadı*” bakımından üst gözetimin söz konusu olduğu ancak yönetimin kurulunun “*kontrol ve denetim organı*” şeklinde değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmiştir⁹⁹. Kontrol ve denetim organı haline gelmemesi gerektiği ile ifade edilmek istenen; münferit, günlük iş ve işlemlerin üst gözetim yükümlülüğü kapsamında yer almayacağıdır¹⁰⁰. Günlük rutin yapılan her işlemde onay alınması halinde, yönetim yetkisinin devri amacına ulaşamayacaktır. Başka bir ifadeyle, üst gözetimin belirli bir rutinde yapılması sağlanmalıdır ancak sürekli bir denetim olarak değerlendirilmemelidir¹⁰¹.

Üst gözetim yükümlülüğü kapsamında; talimatlara uyulup uyulmadığının denetimi de sayılmıştır. Üst gözetim yükümlülüğünün talimat vermeyi kapsayıp kapsamadığı bir sonraki başlıkta detaylı bir şekilde incelenmiştir. Öğretilde; üst gözetim yükümlülüğünün bizzat yönetim kurulu tarafından yerine getirilmesinin şart olmadığını, bunu sağlayacak gözetim mekanizmanın kurularak kontrollerinin sağlanmasının yeterli olduğunu ifade edilmektedir¹⁰². Üst gözetim yükümlülüğüne ilişkin sistemin işletilebilmesi amacıyla gerekli bilgi akışını sağlayacak komite ve komisyonların özellikle büyük şirketlerde kurulabilir¹⁰³. Bunun yanı sıra teknolojiye de faydalanılarak hızlı bir şekilde bilgi akışı ile alınan kararlardan yönetim kurulunun bilgi sahibi olacağı bir sistem de kurulabilir¹⁰⁴. Örneğin; belirli aralıklarla raporlar hazırlanması ve hazırlanan raporların maille iletilmesi yanı sıra, Skype ya da Teams

⁹⁴ Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 57.

⁹⁵ Doğan, “Devredilemez Yetkileri”, 633.

⁹⁶ Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 246.

⁹⁷ Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler*, 560.

⁹⁸ Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler*, 563; Mustafa İsmail Kaya, “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/Özel Sayı (2014), 3274.

⁹⁹ Gerekçe TTK m. 375/1-e.

¹⁰⁰ Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler*, 561; Harun Eryiğit, *Anonim Şirketlerin Yönetim Sözleşmesi Kapsamında Yönetimi ve Sonuçları*, (Pdf, On İki Levha, 2023), 36- 37.

¹⁰¹ Yanlı, “Münhasır Yetkileri”, 267; Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 283.

¹⁰² Hasan Pulaşlı, “Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 35/2 (2019), 54, Literatür Lexpera, Erişim: 10.12.2014; Doğan, “Devredilemez Yetkileri”, 621; Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler*, 561; Tuğçe Nimet Yaşar, *Anonim Şirketler Hukukunda “Uyum” (Compliance)*, (İstanbul, On İki Levha, 2020), 307.

¹⁰³ Pulaşlı, “Compliance Kavramı” 54; Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler*, 561; Oran, *İç Yönergesi*, 89.

¹⁰⁴ Kaya, “Gözetim Görevi”, 3275; Elif Yalçın Sırakaya, “Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri Bağlamında Yönetim Kurulunun Üst Gözetim Yükümlülüğü”. *Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/2 (2020), 200.

vb. araçlarla vakit kaybetmeksizin sunulması olabilir. Bu sayede üst gözetim yükümlülüğünün işleyişine ilişkin denetim mekanizması kurulmuş olacaktır. Bilgi akışını sağlayacak sistem kurulduktan sonra, bunların gözden geçirilmesi ve zamanında müdahale edilerek tereddütte kalan hususların aydınlatılması da üst gözetim yükümlülüğü kapsamındadır¹⁰⁵. Devredilen yetki kapsamında karar alma sürecinde yol gösterilmesi, alınan kararların şirket menfaatine uygun olup olmadığı denetimi de üst gözetim yükümlülüğüne dahildir¹⁰⁶.

Özen yükümlülüğü genel olarak, yöneticiler üzerinde kanun ve ortaklık sözleşmesi yanında görevlerini ifa ederlerken eklenen tali borç şeklinde değerlendirilmiştir¹⁰⁷. Özen yükümlülüğü, yan yüküm olması sebebiyle asıl edimden bağımsız talep ve dava edilemez¹⁰⁸. Şirket ile müdürler arasındaki ilişkiyi vekalet akdi olarak kabul eden görüş tarafından; TTK m. 626/1 fıkrasında düzenlenen özen yükümlülüğünün, haklı bir şekilde TBK m. 506/2 fıkrasının yansıması olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁹.

Üst gözetim yükümlülüğü, yerine getirilirken de TTK m. 626/1 kapsamında müdürler kurulu tüm özeni göstererek görevlerini ifa etmelidir¹¹⁰. Aynı zamanda yetki devri yapılan müdürlerin de görevlerini ifa ederlerken gerekli tüm özeni gösterip göstermediklerinin denetimi de yapılmalıdır¹¹¹. Denetim kapsamında talimat verilirken verilmeyeceği hususu, bir sonraki başlıkta detaylı olarak değerlendirilmiştir. Yönetime ilişkin verilecek talimatlar; üst gözetim yükümlülüğünün özenli bir şekilde yerine getirilmesi noktasında önem arz etmektedir.

Müdürler bakımından sorumluluk doğmaması için üst gözetim yükümlülüğünün, özenli bir şekilde yerine getirilmesi gerekir. Alınan kararlar şirket menfaatine uymalı, şirket menfaati öncelikli olmalıdır¹¹². Bilgi akışının sağlanması ve değerlendirilmesi hususunda şirket menfaatinin korunması iyi niyet ve dürüstlük kuralı çerçevesinde sağlanmalıdır¹¹³. Bu unsurlardan birinin tam anlamıyla yerine getirilmemesi halinde, üst gözetim yükümlülüğü kapsamında müdürlerin özen yükümlülüğü de yerine getirilmemiş olacaktır. Özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda, sorumlulukları doğacaktır. Bu noktada TTK m. 553 sorumluluğa ilişkin hükümler gündeme gelecektir. Özellikle TTK m. 625/1-d fıkrası ile TTK m. 553/2 fıkrası arasındaki çelişki, bir sonraki başlıkta detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

C. Yetki devrinde sorumluluk ve üst gözetim yükümlülüğünün devamı meselesi

Yönetim yetkisinin kısmen ya da tamamen devri halinde ortaya çıkan en büyük mesele sorumluluktur. Hukuki sorumluluğun müdürler kurulunun tamamına mı yoksa yetki devri yapılanlara mı ait olacağı meselesi gündeme gelmektedir. Bu hususta TTK m. 644 hükmünde yapılan atıf dolayısıyla limited şirketlere, anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanacaktır. TTK m. 644 hükmünde yapılan atıfta, sorumluluğa ilişkin tüm hükümlerin yer almaması sebebiyle öğretilde haklı olarak eleştirilmiş ve

¹⁰⁵ Kirca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler*, 562.

¹⁰⁶ Kirca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler*, 563; Kaya, "Gözetim Görevi", 3275.

¹⁰⁷ Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, (Kamu Borçlarından Sorumluluk ile)*, (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010), 68.

¹⁰⁸ Mehmet Helvacı, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yayınlanmış Doktora Tezi, (1994), 75- 76.

¹⁰⁹ Özer, "Şirket Organları", Cilt IV, 4740; Hacımahmutoğlu, "Fonksiyonel Bir Yaklaşım", 31- 36.

¹¹⁰ Yazar anonim şirketler üzerinden yönetim kurulunun özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirme yapmıştır. Ancak aynı yaklaşımın limited şirketlerde de geçerli olduğunu düşünmekteyiz, Pulaşlı, "Compliance Kavramı" 53; Aynı yönde, Oran, *Yönetim Kurulu İç Yönergesi*, 90.

¹¹¹ Yazar, anonim şirketlerde yönetim kurulunun özen yükümlülüğünden yola çıkarak "tedbirli yöneticinin özeni"nden bahsetmektedir. Ancak söz konusu yaklaşımın limited şirketler bakımında da uygulanabileceğini düşünmekteyiz. Yaşar, *Şirketler Hukukunda "Uyum"*, 309.

¹¹² Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt V*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 3695; Mustafa Yavuz, "Limited Şirketlerde Müdürlerin Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü". *Vergi Raporu Dergisi* 112, 146.

¹¹³ Sibel Hacımahmutoğlu, "The Business Judgment Rule: İş Adamı Kararı Mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı Mı?". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 30/4 (2014), 133.

sorumluluğa ilişkin tüm hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁴. TTK m. 553/2- 3 fıkralarında yetki devri halinde sorumluluğa ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır.

1. Yetki devri halinde sorumluluğun ve üst gözetim yükümlülüğünün değerlendirilmesi

TTK m. 553 hükmü yöneticilerin sorumluluğu bakımından düzenlemeler içermektedir. TTK m. 553/2 hükmünde¹¹⁵; yetki devri halinde sorumluluğun kime ait olacağı düzenlenmiştir. TTK m. 553/2 fıkrasında; yetki devriyle beraber sorumluluğun da devri öngörülmüştür. Başka bir söylemle sorumluluk yetki devredilen kişilere aittir. Ancak devredilmeyen ve vazgeçilemez görevler bakımından sorumluluk yönetim kurulundadır¹¹⁶. Hükümde yetki devredenler bakımından sorumluluk, yetkiyi devralacak kişilerin özenli ve dikkatli seçimi noktasında düzenlenmiştir. Buna göre; müdürler kurulu, yetki devrettikleri kişileri seçerken gerekli dikkat ve özeni göstermedikleri hallerde sorumludurlar. Mevzuatın 754/2 hükmünde; seçim, talimat verme ve nezaret edilmesinde gerekli özenin gösterilmemesi halinde sorumluluk düzenlenmiştir¹¹⁷. TTK m. 553/2 hükmünde ise; sadece seçiminde gerekli özenin gösterilmesi kapsama alınmıştır. Yetki devriyle yönetim kurulunun hukuki sorumluluktan uzaklaştırıldığı konusunda haklı eleştiriler mevcuttur¹¹⁸. Gerçekten de yetki devredilecek kişilerin sadece seçimi yerine, alınan kararlarda da yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğü olması gereken hukuk bakımından haklı eleştirilerdir.

Yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında, üst gözetim yükümlülüğünün yer aldığı şüphesizdir (TTK m. 375/1-e). Aynı husus limited şirketler bakımından da düzenlenmiştir (TTK m. 625/1-d). Burada tartışılan husus; üst gözetim yükümlülüğünün yetki devri halinde de varlığını sürdürüp sürdürmediğidir. Bunun yanı sıra yetki devri durumunda talimat verilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Öğretide meseleye karşı çok farklı yaklaşımlar anonim şirketler üzerinden söz konusudur.

Öğretideki bir görüş, yetki devri halinde yönetim kurulunun üst gözetim yükümlülüğü kapsamında; denetleme, uyarı ve talimat verilebileceğini ileri sürmüştür¹¹⁹. Üstelik talimat verme yükümlülüğü TTK m. 375/1- a kapsamında devredilemeyen yetkiler arasında görülmüş ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde de sorumluluktan bahsedilmiştir¹²⁰. Yönetim kurulunun üst gözetim yükümlülüğünün devam edeceği görüşüne; şirket ile yönetim kurulu arasındaki bağın vekalet ilişkisi olması dolayısıyla TBK m. 507/2 fıkrası ile kanuni dayanak sağlanmıştır¹²¹.

Bir başka görüş ise, yönetim kurulunun devredilebilen yetkilerini devretmesi halinde dikkat edilecek hususun; devredilecek kişileri seçerken özen gösterme, bu kişilerin bilgilendirilmesi ve gözetim yükümlülüğü olduğunu ancak onaya sunulmasının yetki devrinin amacı ile uyuşmayacağını belirtmiştir¹²².

Bu konudaki başka bir yaklaşım ise; gözetim yükümlülüğünün devredilebilen yetkilerde de sürdüğünü; fakat devredilen yetkilerle gözetim yükümlülüğünün de devredilebileceğini ifade etmektedir¹²³.

¹¹⁴ Çamoğlu, *Temel İlkeleri*, s. 189.

¹¹⁵ TTK m. 553/2; "Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar."

¹¹⁶ Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 95.

¹¹⁷ Kürşat Göktürk, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuku Belirlilik Sorunu". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 114 (2014), 187.

¹¹⁸ Göktürk, "Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu", 187.

¹¹⁹ Çamoğlu, *Hukuki Sorumluluğu*, 197; Kırca, Şehirli Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler*, 613; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 148; Hasan Karşlıoğlu, "Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Yönetim Kurulunun Sorumluluğuna Etkisi" *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), 2022, 47.

¹²⁰ Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 148.

¹²¹ Karşlıoğlu, "İç Yönerge", 47.

¹²² Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 282- 285.

¹²³ Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 438- 440.

Öğretideki farklı bir görüş ise; yetki devri halinde gözetim ve özen yükümlülüğü gerekçesiyle yetkiyi devreden yöneticilerin sorumlu tutulamayacağını; sadece yetkinin devredileceği kişilerin seçiminde makul derecede özen gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²⁴.

TTK m. 553/2 fıkra gerekçesinde ise; gözetim yükümlülüğünün devam ettiği ancak üçüncü fıkra ile İsviçre öğretisinden farklı bir sınırlama getirildiğinden bahsedilmektedir¹²⁵. Fıkranın lafzında açıkça; yetki devredilecek kişilerin seçiminde gösterilmesi gereken özen yükümlülüğü dışında sorumluluk yüklenilemeyeceği ifade edilmektedir. Gerekçede ise karmaşık bir şekilde gözetim yükümlülüğünün devam edeceği ancak üçüncü fıkra ile bunun sınırının İsviçre öğretisinden farklı çizildiği belirtilmektedir. Hükmün üçüncü fıkrasında¹²⁶ ise kanun koyucunun yöneticileri koruma altına alan yaklaşımı devam etmiştir. Gerekçede üçüncü fıkranın yöneticilerin sorumluluğunun insan üstü bir yaklaşımla değerlendirilmemesi amacıyla düzenlendiği belirtilmiştir¹²⁷.

Sorumluluğa ilişkin sınırlara kanunun lafzı yerine gerekçede yer verilmesi eleştiriye açıktır. Üst gözetim yükümlülüğünün yetki devri halinde de devam edeceği ve denetimin devam edeceği, talimat ve uyarı verilebileceği görüşüne¹²⁸ katılmaktayız. Ancak uyarı ve talimat verme her işlemin kontrolü, özellikle günlük rutin işlemleri denetimi şeklinde değerlendirilmemelidir¹²⁹. Yol gösterici nitelikte uyarılarda bulunma ve genel anlamda talimatların verilmesinin üst gözetim yükümlülüğü kapsamında kaldığını düşünmekteyiz. Bu sayede üst gözetim yükümlülüğü, özen yükümlülüğü kapsamında yapılacaktır. Yönetime ilişkin verilecek talimatlar ile, üst gözetim yükümlülüğü özenli bir şekilde yerine getirilecektir. TTK m. 626/1 kapsamında; müdürlerin görevlerini ifa ederken şirket menfaati doğrultusunda, dürüstlük kuralı kapsamında tüm özeni göstermeleri gerekmektedir. Yönetime ilişkin genel anlamda verilecek talimatlar ile yönetimin devri müessesinin daha etkin bir hale getirileceğini düşünmekteyiz. Yönetimin devrinin nitelikli ve efektif kullanılabilmesi için verilecek talimatlar ile üst gözetim yükümlülüğü de hakkıyla ve özenli bir şekilde yerine getirilmiş olacaktır.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer mesele; yetki devredilecek kişilerin seçiminde gösterilmesi gereken makul derecede özen yükümlülüğüdür. Yöneticilerin hangi ölçüde gösterecekleri özen ile sorumluluktan kurtulacakları önem arz etmektedir. Bu noktada; kişilerin eğitim düzeyi, uzmanlık alanının göz önünde bulundurulması, bilgi ve tecrübelerinin değerlendirilmesi önemlidir¹³⁰. Gerekli özenin gösterilmesi hususunda TTK m. 626/1 hükmünün de dışlanmaması gerekmektedir¹³¹. Nitekim müdürlerin görevlerini yerine getirirken genel olarak göstermeleri gereken özen yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Müdürler bütün görevlerini yerine getirirken şirket menfaati doğrultusunda ve iyi niyet kuralları çerçevesinde özenli davranmak zorundadır. Üst gözetim yükümlülüğünde de özenli davranma yükümlülüğü devam etmektedir. Aynı kıstaslar yönetim yetkisinin devri halinde, devredilecek kişilerin seçiminde gösterilecek özen ölçütünde de değerlendirilmelidir.

¹²⁴ Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, 428.

¹²⁵ TTK m. 553/2 gerekçesinde; "...İsviçre hükmü seçimde özen yükümü yanında "talimat" ve "gözetim" özenine de yer verir. "Delegasyonda" gözetim görevinin devredende olduğu şüphesizdir. Ancak tasarı bu görevi hükmün üçüncü fıkrasında değişik bir çözüme bağlamıştır. Anılan hüküm gözetim görevini (yükümünü) açıkça tanımakta ancak buna İsviçre'de bulunmayan bir sınır getirmektedir." şeklinde gözetim yükümlülüğünden bahsedilmektedir.

¹²⁶ TTK m. 553/3; "Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna ve sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz."

¹²⁷ Gerekçe TTK m. 553.

¹²⁸ Poroy vd. *Ortaklıklar I*, 364; Çamoğlu, *Hukuki Sorumluluğu*, 197; Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler*, 613; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 148; Karşlıoğlu, "İç Yönerge", 47.

¹²⁹ Şaban Kayıhan, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim*, (Pdf: Seçkin, 2011), 129.

¹³⁰ Göktürk, "Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu", 187.

¹³¹ Yazarlar genel özen yükümlülüğüne ilişkin dayanağı, anonim şirketler üzerinden TTK m. 369 hükmü ile açıklamıştır. Aynı hususun limited şirketler bakımından da geçerli olduğunu düşünmekteyiz, Poroy vd. *Ortaklıklar I*, 432; Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 279.

2. Sorumluluğa ilişkin ispat külfeti

6102 Sayılı Kanunun düzenlemesine ilişkin ilk metinde "...yetkileri devralan kişilerin seçiminde akla yatkın derecede özen gösterdiklerini ispat ettikleri takdirde" ifadesiyle ispat yükü yönetim kurulu üyelerine yüklenmişti. Mevza İsviçre Borçlar Kanunu 754 hükmünde; "devralanın verdiği zararlardan ötürü, onun seçiminde, ona talimat verilmesinde ve ona nezaret edilmesinde hal ve şartlara göre gerekli özenin gösterildiğinin ispatlanamaması halinde" ispat yükü yönetim kurulu üyelerine yüklenmiştir¹³². Öğretide bir görüş; kanun lafzından yola çıkarak yönetim kurulunun özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinin ispat edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür¹³³. Bir başka görüş ise; mevza İsviçre Borçlar Kanunundan ayrılmanın hata olacağını, nitekim adalet komisyonuna sunulan metinde mevza kanunla aynı yönde düzenleme yapıldığını ifade etmiştir¹³⁴.

Bu konuda Tekinalp ise; 26.06.2012 tarih ve 6335 sayılı Kanunla¹³⁵ TTK hükümlerinde, ispat yüküne ilişkin yapılan değişikliğin doğru olduğunu belirtmiştir¹³⁶.

Öğretide bir başka yaklaşım ise; "kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça" ibaresinin çıkarılması ile TBK genel hükümler doğrultusunda sözleşmeden kaynaklanan sorumluluklarda davalının kusursuz olduğunu; haksız fiil kaynaklı borçlarda ise davacının, davalının kusurlu olduğunu ispat etmesi gerektiğini ifade etmektedir¹³⁷.

TTK m. 553/2 fıkrası ilk düzenlemesinde bulunan "kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça" ibaresi 26.06.2012 tarih ve 6335 Sayılı Kanun m. 41 ile metinden çıkarılmıştır. Kanunun ilk halinde kusur karinesi yer almaktaydı. 6335 Sayılı Kanun m. 28 hükmü ile "kusurlarıyla" kelimesi ilave edilmiş ve kusur karinesi kaldırılmıştır. TTK m. 553 hükmünde 6335 Sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe yol açan TTK m. 554 hükmüdür. Şöyle ki kanunun ilk halinde TTK m. 553 hükmü bakımından kusur sorumluluğu söz konusuydu. Ancak TTK m. 554 denetçilerin sorumluluğuna ilişkin düzenleme, kusuru iddia edenin ispat edeceği yönündedir. Söz konusu farklılık iş dünyasında eleştirilmiş, bunun üzerine 6335 Sayılı Kanun ile ispat külfeti ters çevrilmiştir¹³⁸. Bu doğrultuda hükmün lafzından kaynaklı olarak ispat yükünün davacıda olduğu görüşüne katılmaktayız. Diğer yaklaşımların ancak olması gereken hukuk bakımından değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz. Davacının yöneticiye isnat edilebilen bir kusuru olduğunu ispatlaması durumunda; yöneticinin, gerekli özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulması da mümkündür¹³⁹.

Gerçekten de şirketin yönetim kurulunda yer alan üyeler tarafından, gerekli dikkat ve özenin gösterildiğinin ispatı daha kolaydır. Şirkette bulundukları konum dolayısıyla bu husustaki bilgi ve belgelere kolaylıkla ulaşabilirler. Yeterli özeni göstermediklerinin ispatı ise çok daha zordur. Özellikle bunu iddia eden kişilerin, şirket yönetimine ilişkin belgelere ulaşması uzun bir süreçtir. Her ne kadar ikinci görüşte haklı eleştiriler yer alsada bu husus, olması gereken hukuk bakımından değerlendirilebilir. Kural olarak iddia eden ispat eder¹⁴⁰. Ancak menfi meselelerin ispatında olmayan bir şeyin ispatı neredeyse imkansızdır. Bu noktada ispata ilişkin deliller, doğrudan doğruya iddia edilen tarafından sunulamayabilir. Ancak mahkeme tarafından bu durumun dikkate alınması aynı zamanda

¹³² Göktürk, "Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu", 187.

¹³³ Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 280.

¹³⁴ Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler*, 616.

¹³⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120630-5.htm>.

¹³⁶ Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 438- 440.

¹³⁷ Mehmet Helvacı, "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu 2* (2013), 81.

¹³⁸ Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 438- 440; Soner Altaş, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler*, (Ankara, Seçkin, 2017), 555.

¹³⁹ Mesele anonim şirketler üzerinden değerlendirilmiştir. Ancak limited şirketlerde de aynı yaklaşımın geçerli olduğunu düşünmekteyiz, Poroy vd. *Ortaklıklar I*, 432.

¹⁴⁰ Hakan Pekcanitez vd. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017) 332.

ispat hakkının bir gereğidir¹⁴¹. İddia eden tarafından bu söz konusu delillere ulaşılamasa dahi mahkeme tarafından getirtilerek değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanun lafzından, makul derecede özen gösterilmediğinin davacı tarafından ispat edilmesi sonucu çıkmaktadır.

3. Sorumluluğun belirlenmesinde farklılaştırılmış teselsül ilkesi

6762 Sayılı eTK düzenlemesinde; sorumluluğa ilişkin tam teselsül ilkesi yer almaktaydı. Yeni TTK hükümlerinde ise İsviçre Borçlar Kanunu (İsv. BK.) m. 759 hükmünde yer alan “farklılaştırılmış teselsül ilkesi” benimsenmiştir¹⁴². Ortaya çıkan zarardan durum ve koşullara göre her yöneticinin kusuru oranında sorumlu olmasına farklılaştırılmış teselsül denilir¹⁴³. *Çamoğlu*; bu kavramı, tüm borçluların diğer borçlularla zararın meydana gelmesinde sağladığı katkı oranınca sorumlu tutulması olarak tanımlamıştır¹⁴⁴. Bu kavram, rücu kavramından farklıdır. Farklılaştırılmış teselsül dış ilişkide meydana gelirken, rücu borçlular arasında iç ilişkide gerçekleşir¹⁴⁵. Dış ilişkide zarar ile sorumlunun fiili arasındaki nedensellik bağı ve durumun gerekleri doğrultusunda değerlendirme yapılır¹⁴⁶.

TTK m. 557/1 fıkrasında¹⁴⁷, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin yansımaları yer almaktadır. Meydana gelen zararda, sorumluların hangi oranda zarara sebep olduğunun tespiti mahkeme tarafından yapılmaktadır. Bu tespit yapılırken yöneticilerin aldıkları ücret, ortaklık içerisindeki astlık- üstlük durumları her somut olay bakımından kendi içerisinde değerlendirilecektir¹⁴⁸. *Tekinalp ve Şener*, bu kapsamda sorumluların kişisel durumunun göz önüne alınması gerektiğini, TBK m. 51 ve 52 dışında kalan kişisel indirim sebeplerinin de değerlendirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir¹⁴⁹. Yetki devri yapılan kişinin; yönetim kurulu üyesi olması ya da üçüncü kişi olması, uzmanlık alanı, yaşı ve tecrübesi göz önüne alınacak kriterler arasında yer almaktadır¹⁵⁰.

Zararın kişiye isnat edilebildiği ölçü oranında diğerleriyle birlikte müteselsil sorumluluktan bahsedilmektedir (TTK m. 557/1). Birlikte verilen zararlar için bu ilke uygulanmaktadır. Herkesin sorumluluğu oranında değerlendirme söz konusu olduğu için hakkaniyetli bir yaklaşım olduğunu düşünmekteyiz. Öğretide bir görüş, farklılaştırılmış teselsül ilkesini hakkaniyete aykırı bularak eleştirilmiştir¹⁵¹. Bu görüşe göre hakkaniyet bakımdan oluşacak mağduriyetin yöneticilerde kalması gerektiği belirtilmiştir¹⁵². Bu ifadelerle eski eTK düzenlemesinde bulunan tam teselsül ilkesinin savunulduğunu düşünmekteyiz. Öğretide farklı bir görüş ise farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile alacaklı ile sorumlu yöneticiler arasında çıkar çatışmasının hakkaniyetli bir şekilde çözüme kavuşturulduğu belirtmiştir¹⁵³. Farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile hakkaniyetli bir çözüm benimsendiği görüşüne katılmaktayız. Şöyle ki; meydana gelen zararda etkisi az olan yöneticinin, tüm zararı ödemekle karşı karşıya kalması hakkaniyetli bir yaklaşım değildir. Görevini layıkıyla ve gerekli özenle yerine getirmeye

¹⁴¹ Barış Toraman, "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler". *DEÜHFD* 16/14 (2015) 1493. Erişim: 28.10.2024.

¹⁴² Helvacı, "Farklılaştırılmış Teselsül", 77.

¹⁴³ Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler*, 614- 615; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 372- 373; Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 253- 254; Göktürk, "Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu", 188.

¹⁴⁴ Poroy vd. *Ortaklıklar I*, 434.

¹⁴⁵ Poroy vd. *Ortaklıklar I*, 434; Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, 425; Burçak Tath, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yöneticilerin Rekabet İhlallerinden Dolayı Şirketler Hukuku Temelinde Hukuki Sorumlulukları". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29/4 (2021), 2708.

¹⁴⁶ Helvacı, "Farklılaştırılmış Teselsül", 89.

¹⁴⁷ TTK m. 557/1; "Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları halinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zararın şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur."

¹⁴⁸ Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, 426.

¹⁴⁹ Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 465; Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, 427.

¹⁵⁰ Doğan, *Yönetim Yetkisinin Devri*, 287- 289.

¹⁵¹ Helvacı, "Farklılaştırılmış Teselsül", 86.

¹⁵² Mağduriyetin kurul halinde çalışan organ üzerinde kalmasının daha hakkaniyetli olacağını ifade etmiştir; Helvacı, "Farklılaştırılmış Teselsül", 95.

¹⁵³ Tekinalp, *Yeni Hukuku*, 467; Göktürk Kürşat, Can Mehmet Çelebi, "Farklılaştırılmış Teselsülün- Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanunun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2/2 (2011), 253, Erişim: 10.03.2025.

çalışan ancak yine zararda az da olsa kusuru bulunan yönetici söz konusu olabilir. Bu durumda tüm zararı karşılamakla karşı karşıya kalması adeta bir ceza niteliğindedir. Her ne kadar yöneticilik vasfı ağır bir sorumluluk barındırsa da, meydana gelen zararda kendi kusurundan fazlası ile sorumlu olmak, yöneticiler için de ağırdır.

IV. Yetki Devrinin Sona Ermesi

TTK hükümlerinde yönetim yetkisinin devrine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Ancak yetki devrinin sona ermesine ve verilen yetkinin geri alınmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Yetkide paralellik ilkesi kapsamında yetki devrini yapan yönetim kurulu azledebilecektir¹⁵⁴. Buna göre; yönetim yetkisinin devrini yapabilecek olan müdürler kurulu, azil yetkisini de kullanabilir.

Sonuç

Şirketlerin amaçlarını gerçekleştirebilmeleri için yönetim fonksiyonu büyük önem arz etmektedir. Limited şirketlerde müdürler kurulu, karar alma ve alınan kararların icrası şeklinde, iki önemli fonksiyonu yerine getirmektedir. TTK hükümlerinde de benimsenen tekli yönetim sisteminde, müdürler kurulunun aldığı kararların hukuka uygunluğunu denetleyecek başka bir kurul bulunmamaktadır.

Müdürler kurulunun hukuki statüsü, ortaya çıkabilecek şirket ile yöneticiler arasındaki muhtemel uyuşmazlıklar bakımından önemlidir. Hizmet akdi olarak kabulü halinde; TTK hükümlerinde açıklık bulunmayan hallerde, İşK. Hükümleri uygulanacaktır. Vekalet akdi olarak kabulü halinde; TTK hükümlerinde açıklık olmayan hallerde TBK hükümleri uygulanacaktır. Muhtemel uyuşmazlığın hangi mahkemede görüleceği de bu kapsamda tespit edilmektedir. Yargıtay kararlarında da değinilen bu husus, çalışmamızda da ele alınmıştır. Müdürler kurulundaki müdürler ile şirket arasında, hizmet akdinde olduğu gibi sıkı bir talimat ilişkisi yoktur ve talimat ile karar aldıkları söylenemez. Müdürlerin hareket alanları daha serbesttir. Ayrıca hizmet akdinin zorunlu unsuru ücrettir. Ancak müdürler kurulu üyelerinin çalışmaları bakımından ücret şartı yoktur. Bu sebeplerle söz konusu ilişki bakımından vekalet görüşü daha isabetlidir¹⁵⁵.

TTK m. 625 hükmünde müdürler kurulunun devredilemeyecek yetkilerine yer verilmiştir. TTK m. 625 hükmü dışında kalan yetkilerin devredilmesi mümkündür. Yetki devrinin şartları; ortaklık sözleşmesinde yetki devrine ilişkin hüküm bulunması (TTK m. 577/1-i), iç yönerge hazırlanması, müdürler kurulu kararıdır. İç yönergede yönetim şeması açık bir şekilde belirtilmelidir. İç yönergeyi düzenleme yetkisinin genel kurula mı müdürler kuruluna mı ait olacağı noktasında tartışmalar mevcuttur. Ancak TTK m. 625/1-b kapsamında müdürler kurulu tarafından belirlenmesi, devredilemez yetkiler arasındadır.

Yetki devrinde en önemli meselelerden biri üst gözetim yükümlülüğünün devam edip etmeyeceğidir. Üst gözetim yükümlülüğü yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasındadır. TTK m. 644 hükmün atfı doğrultusunda anonim şirketlere ilişkin sorumluluk hükümleri limited şirketlere de uygulanacaktır. Ancak söz konusu atıfta, sorumluluğa ilişkin tüm hükümler yer almamaktadır. Bu sebeple öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Öğretide üst gözetim yükümlülüğünün devam edip etmeyeceği ve kapsamı hakkında çok çeşitli görüşler yer almaktadır. Üst gözetim yükümlülüğünün devamının kabul eden görüşte de emir ve talimat verilip verilemeyeceği hususunda birbirinden ayrılan yaklaşımlar söz konudur. TTK m. 625/1-d ile TTK m. 553/2 arasında uyumsuzluk söz konusudur ve fıkralar çelişmektedir. TTK m. 553/2 fıkrasının lafzı ile gerekçesinin dahi uyuşmadığını düşünmekteyiz. TTK m.

¹⁵⁴ Doğan, "Devredilemez Yetkileri", 634.

¹⁵⁵ Ansay, Şirketler Hukuku, 100- 101; Poroy vd. *Ortaklıklar Hukuku I*, 389 vd.; Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler*, 455; Kaplan, *Hukuki Sorumluluğu*, 3503; Özge Karaege, (2014) "Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi (TTK m. 364))". *Ankara Barosu Dergisi* 1/69, 97; Ekşi, *Müdür*, 50.

553/2 gerekçesinde, Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu doğrultusunda ve hükmün lafzından farklı açıklamalar yapılmaktadır. Ancak düzenleme, üst gözetim yükümlülüğünü bertaraf eder şekilde kaleme alınmıştır. TTK m. 553 hükmü gerekçesi ve Mehaz İsviçre Borçlar Kanunundan yola çıkarak, üst gözetim yükümlülüğünün devam ettiğini düşünmekteyiz. Nitekim TTK m. 625 hükmünde devredilemez ve vazgeçilemez görevler arasında düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, müdürler kurulunun yönetim yetkisi devredilenlere talimat vermesi mümkündür. Ancak burada “talimat” kavramının doğru yorumlanması gerektiğini düşünmekteyiz. Münferit; günlük her işlem için verilecek talimat, yönetim yetkisinin devrini anlamsız hale getirecektir. Bu sebeple şirketin amacına uygun, yönetime ve önemli meselelere ilişkin talimatlar verilmelidir.

Yetki devrinde en önemli meselelerden biri diğeri de hukuki sorumluluğun kime ait olacağıdır. İlk olarak geçerli şekilde yapılmış yetki devrinin varlığı gerekir. TTK m. 553/2 hükmünde, yetki devriyle beraber sorumluluğun da devredileceği öngörülmüştür. Yeki devri yapılacak kişilerin seçiminde makul derece özen gösterilmesi öngörülmüştür. Makul derece gösterilmesi gereken özen yükümlülüğü, sorumluluk noktasında belirleyici olacaktır. Makul derecede gösterilmesi gereken özen ölçütünün tespitinde TTK m. 626/1 fıkrası gözden kaçırılmamalıdır. Yetki devri yapan müdürlerin, üst gözetim yükümlülüğüne ilişkin sorumlulukları devam etmektedir. Yeki devri yapılacak kişilerin seçiminde makul derece özen gösterilmesi ile sorumluluğun kapsamının sınırlandırılması mümkün değildir.

TTK m. 553 hükmünün lafzında ispat yükünün ters çevrildiği anlaşılmaktadır. Bu konuda öğretide haklı eleştiriler mevcuttur. Ayrıca mehaz kanun ve adalet komisyonuna sunulan şekliyle, makul derece özen gösterildiğinin ispat edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Yapılan bu değerlendirmeler, olması gereken hukuk bakımından haklı eleştirilerdir. Ancak madde lafzına göre, makul derece özen yükümlülüğünün gösterilmediğinin ispatı gerekmektedir. Ortaya çıkan zararın belirlenmesinde farklılaştırılmış teselsül ilkesi göz önüne alınır. Müteselsil sorumlulardan her biri, kusurlarınca ve durumun gereğine göre sorumlu olmaktadır.

Kaynakça

- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*. Pdf, Beta, 29. Baskı, 2020. <https://www.turcademy.com/>
- Altaş, Soner. "Yeni Türk Ticaret Kanunun Anonim Şirket Yönetim Kuruluna Tanıdığı Devredilemez Görev ve Yetkiler". *Mali Çözüm Dergisi* (Eylül- Ekim) (2011), 129-136. <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/107malicozum/7%20soner%20altas.pdf>
- Altaş, Soner. *Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirketler*, Ankara: Seçkin, 2017.
- Ansay, Tuğrul. *Anonim Şirketler Hukuku*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975.
- Antalya, Gökhan. *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1-1*. Pdf, Seçkin, Baskı, 2019. <https://www.turcademy.com/>
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Pdf, Seçkin, 11. Baskı, 2016. <https://www.turcademy.com/>
- Bilgili, Fatih - Demirkapı, Ertan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Bursa: Dora, 2017.
- Bilgili, Fatih - Demirkapı, Ertan. *Şirketler Hukuku Dersleri*, Bursa: Dora, 2018.
- Burçak, Tatlı. "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yöneticilerin Rekabet İhlallerinden Dolayı Şirketler Hukuku Temelinde Hukuki Sorumlulukları". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29/4 (2021), 2679-2727. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1882475>
- Cansel, Erol/ Özel Çağlar. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*. Pdf, Seçkin, Baskı, 2017. <https://www.turcademy.com/>
- Çamoğlu, Ersin. *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Çamoğlu, Ersin. *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Demirel, Duygu. "Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri". *Hacettepe HFD* 7/2 (2017), 211- 250. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehfd/issue/46372/582843>
- Doğan Yenisey, Kübra. "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 74/313 (2016), 313-336. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/315159>
- Doğan, Beşir Fatih. "Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18/2- Özel Sayı (2012), 609-640. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/801880>
- Doğan, Beşir Fatih. *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Eminoğlu, Cafer. "Yönetim Kurulu", *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*, ed. Kemal Şenocak, Ankara: Seçkin, 2023.
- Erdoğan, İhsan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Pdf, Gazi Kitabevi, 4. Baskı, 2019. <https://www.turcademy.com/>
- Eryiğit, Harun. *Anonim Şirketlerin Yönetim Sözleşmesi Kapsamında Yönetimi ve Sonuçları*, Pdf, On İki Levha, 1. Baskı, 2023. <https://www.lexpera.com.tr/>

- Eugene, F. Fama - Jensen, Michael C. "Separation of Ownership and Control". *Journal of Law and Economics* 26 (1983), 301-325. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=94034
- Göktürk Kürşat, Can Mehmet Çelebi. "Farklılaştırılmış Teselsülün- Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanunun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2 (2011), 247-283. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208256>
- Göktürk, Kürşat. "Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuku Belirlilik Sorunu". *TBB Dergisi* 114 (2014), 179-200. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-114-1411>
- Günay, Yavuz Selim. *Anonim Şirketlerin Temsili*, Pdf: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2018. <https://www.lexpera.com.tr/>
- Hacımahmutoğlu, Sibel. "Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 31/3 (2015), 23-55. <https://www.lexpera.com.tr/>
- Hacımahmutoğlu, Sibel. "The Business Judgment Rule: İş Adamı Kararı Mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı Mı?". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 30/4 (2014), 99-145.
- Helvacı, Mehmet. "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu". İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yayınlanmış Doktora Tezi, (1994), <https://nek.istanbul.edu.tr/ekos/TEZ/23003.pdf>
- Helvacı, Mehmet. "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, 2 (2013), 77-96. https://dosya.gsu.edu.tr/docs/hukukfakultesi/tr/fakultedergisi/guhfd-2013_2.pdf
- İİK, İcra ve İflas Kanunu (Kanun no: 2004). Resmi Gazete 2128 (19 Haziran 1932). Erişim: 11.12.2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.2004.pdf>
- İş K, İş Kanunu (Kanun no: 4857). Resmi Gazete 25134 (10 Haziran 2003). Erişim: 10.03.2025. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030610.htm#1>
- Kaplan, İbrahim. "6102 Sayılı YTTK Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65/4 (2016), 3493-3510. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42360/510131>
- Karaege, Özge. (2014) "Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi (TTK m. 364)". *Ankara Barosu Dergisi* 1/69, 71-110. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398142>
- Karslıoğlu, Hasan. "Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Yönetim Kurulunun Sorumluluğuna Etkisi". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/1 (2022). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2107981>
- Kaya, Mustafa İsmail. "Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi". *DEÜHFD* 16 /Özel Sayı (2014). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756165>
- Kayar, İsmail. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*. Pdf: Seçkin, 11. Baskı, 2019. <https://www.turcademy.com/>
- Kayıhan, Şaban - Ünlütepe, Mustafa. *Borçlar Hukuku genel Hükümler*. Pdf: Seçkin, 6. Baskı, 2018. <https://www.turcademy.com/>

- Kayihan, Şaban. *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim*. Pdf: Seçkin, 1. Baskı, 2011. <https://www.turcademy.com/>
- Kendigelen, Abuzer. *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul: On İki Levha, 2016.
- Keskin, Harun. "Anonim Şirket Genel Kurulu ile Yönetim Kurulu Arasındaki İlişkinin Tarihsel Süreçte Geçirdiği Değişim ve Organların Yetkilerine Genel Bir Bakış". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 34/3 (2018), 241-271. <https://www.lexpera.com.tr/>
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhankitabevi, 2012.
- Kırca, İsmail vd. *Anonim Şirketler Hukuku Cilt I*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Koç, Himmet. "Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Benzer Kurumlarla Olan İlişkisi". *Medeniyet ve Toplum* 1/2 (2017). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/456565>
- Kutluk, Tansı. *Anonim Şirketlerde Yönetim ve İç Yönerge Hazırlanması*, Pdf: Seçkin, 2. Baskı, 2023. <https://www.turcademy.com/>
- Mağden Çamlı - Zehra İlgün. "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Yetki Alanında Kalan Konular Esas Sözleşmede Düzenlenebilir Mi?". *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 4/1 (2024), 195-224. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/khm/issue/80771/1421251>
- Moroğlu, Erdoğan. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*. İstanbul: On İki Levha, 2016.
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta, 2017.
- Oran, Ozan. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu İç Yönergesi*, Pdf: On İki Levha, 1. Baskı, 2021. <https://www.lexpera.com.tr/>
- Özer, Işık. "Şirket Organları", *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV*, ed. Kemal Şenocak, Ankara: Seçkin, 2023.
- Pekcanıtez, Hakan vd. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Pekcanıtez, Hakan vd. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Poroy, Reha vd. *Ortaklıklar Hukuku I*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pulaşlı, Hasan. "Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 35/2 (2019). <https://www.lexpera.com.tr/>
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara: Adalet, 2017.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt V*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2019.
- Şener, Oruç Hami. *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2017.
- TBK, Türk Borçlar Kanunu (Kanun no: 6098). Resmi Gazete 27836 (4 Şubat 2011). Erişim: 11.12.2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6098.pdf>
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıkları Yeni Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Toraman, Barış. "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler". *DEÜHFD* 16/14 (2015), 14831523. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46919/588701>

- TTK, Türk Ticaret Kanunu (Kanun No: 6102). Resmi Gazete 27846 (14 Şubat 2011). Erişim: 11.12.2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6102.pdf>
- Yalçın Sırakaya, Elif. "Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri Bağlamında Yönetim Kurulunun Üst Gözetim Yükümlülüğü". *Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/2 (2020), 195-220. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1090827>
- Yanlı, Veliye. "Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Tarafından mı Atanabilir?". *İÜHFM* 71/2 (2013), 439-448.
- Yanlı, Veliye. "İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda 'İş Bölümü' İlkesi ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri". *İÜHFM* 55/3 (1997), 261- 277. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/95795>
- Yargıtay 11. HD. (Yargıtay), K. 2016/4903, (02 Mayıs 2016) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>
- Yargıtay 11. HD. (Yargıtay), K. 2018/1396, (26 Şubat 2018) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>
- Yargıtay 11. HD. (Yargıtay), K. 2018/2861, (14 Nisan 2018) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>
- Yargıtay 11. HD. (Yargıtay), K. 2024/3735, (09 Mayıs 2024) <https://www.lexpera.com.tr/>
- Yaşar, Tuğçe Nimet. *Anonim Şirketler Hukukunda "Uyum" (Compliance)*, İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Yavuz, Mustafa. "Limited Şirketlerde Müdürlerin Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü". *Vergi Raporu Dergisi* 112, 145-150. <https://vergiraporu.com.tr/upImage/org/16.%20makale.pdf>

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

Sır Saklama Yükümlülüğünü Aykırılık Halinde Kararlaştırılan Tek Taraflı Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu

The Validity of Unilateral Penalty Clauses Stipulated for Breaches of Confidentiality Obligations

Sema Deniz Özkan Koç 

Marmara Üniversitesi, İstanbul,
Türkiye, deniz.ozkan@marmara.edu.tr,
ror.org/02kswqa67



Öz: İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür. İşçinin yükümlülüğünün somutlaştırılması amacıyla yapılan sır saklama sözleşmelerinde sıklıkla cezai şarta ilişkin düzenlemelere de yer verilmektedir. Gerçekten de işçinin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışından doğan tazminat taleplerinde işverenin, ihlal davranışının varlığını, zararı ve uygun nedensellik bağıını ispat yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak uygulamada, işçinin iş sırlarına ne oranda nüfuz ettiğinin, bunlardan hangisi veya hangilerini rakip işletme ile paylaştığının veya kullandığının, en önemlisi de bu eylemden doğan zarar miktarının ortaya konması oldukça zor ve karmaşık bir süreçtir. Sırrın ihlali davranışının işveren nezdinde doğuracağı zararın zaman içerisinde artan bir niteliğe sahip olması karşısında tam anlamıyla hesaplanması ve tazmin edilmesi de oldukça zordur. Bu çerçevede kararlaştırılan cezai şartın geçerliliği bakımından TBK m. 420 hükmünde yer alan "Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir" düzenlemesinin uygulama alanı bulup bulmayacağı hususunun ise ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Biz de çalışmamızda konuya ilişkin verilen bir Yargıtay kararı çerçevesinde bu hususu inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Sır Saklama Yükümlülüğü, Cezai Şart, Tek Taraflı Kararlaştırma Yasağı

Geliş Tarihi/Received: 27.12.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 12.02.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
27.05.2025

Abstract: The employee cannot use for their own benefit or disclose to others the information they learn during their work, particularly production and business secrets, for the duration of the employment relationship. To the extent necessary to protect the employer's legitimate interests, the employee is also obligated to maintain confidentiality after the termination of the employment relationship. Confidentiality agreements, which aim to concretize the employee's obligations, often include provisions related to penalty clauses. Indeed, in claims for damages arising from breaches of the employee's confidentiality obligation, the employer bears the burden of proving the existence of the breach, the damage, and the causal link. However, in practice, determining the extent to which the employee accessed business secrets, which of these were shared with or used by a competitor, and, most importantly, the amount of damage resulting from such actions, is a highly challenging and complex process. Considering that the damage caused by a breach of confidentiality may increase over time, it is also quite difficult to fully calculate and compensate for such damages. Within this framework, it is necessary to assess whether the provision in Article 420 of the Turkish Code of Obligations, which states that "Penalty clauses imposed solely against the employee in service contracts are invalid," would apply to the validity of the penalty clause agreed upon. In our study, we will examine this issue through a Supreme Court decision on the subject.

Keywords: Obligation of Confidentiality, Penalty Clause, Prohibition of Unilateral Stipulation

Extended Abstract

The validity of unilateral penalty clauses in employment agreements, particularly when associated with breaches of confidentiality obligations, represents a complex and contentious issue in Turkish law. Confidentiality obligations form a crucial part of an employee's duty of loyalty, requiring them to safeguard sensitive business and operational secrets both during their employment and, in certain cases, following its termination. However, the mechanisms employed to enforce these obligations, such as penalty clauses, have raised legal and practical debates. This article critically examines the enforceability of such clauses under Turkish law, with a focus on Article 420 of the Turkish Code of Obligations, which prohibits unilateral penalty clauses in service contracts.

Confidentiality obligations primarily aim to protect the employer's legitimate interests by preventing the misuse or disclosure of sensitive information. This duty extends beyond the employment relationship if the employer demonstrates an ongoing legitimate interest in preserving the confidentiality of specific information. Yet, breaches of these obligations often present significant evidentiary and procedural challenges. Employers must prove not only the breach itself but also the resulting damage and its causal link to the breach. These requirements often lead to protracted legal disputes, as the intangible nature of confidential information complicates the assessment of harm and causation.

To mitigate these difficulties, employers frequently include penalty clauses in confidentiality agreements. These clauses serve as a deterrent and pre-determined compensation mechanism for breaches, enabling employers to bypass the onerous burden of proving actual damages. However, the validity of such clauses is not unequivocal under Turkish law, particularly in light of Article 420 of the Turkish Code of Obligations, which declares invalid any penalty clause unilaterally imposed against employees. This prohibition seeks to protect employees from disproportionate burdens in contractual relationships, reflecting the inherent power imbalance between employers and employees.

The primary question addressed in this article is whether confidentiality agreements, which inherently lack mutual obligations of confidentiality, can be exempted from the reciprocity principle outlined in Article 420. Confidentiality agreements often bind only the employee, as the employer does not typically owe a parallel duty to the employee. Consequently, penalty clauses in these agreements may appear unilateral on their face. However, it is argued that the unique nature of confidentiality obligations justifies a deviation from the reciprocity principle, as these obligations serve to protect the employer's legitimate and often critical economic interests.

Judicial interpretations of Article 420 reveal a nuanced approach to the issue. While the provision seeks to prevent undue pressure on employees, courts have acknowledged the importance of safeguarding employers' proprietary information. A pivotal Supreme Court decision underscores this tension, recognizing that confidentiality obligations fall within an employee's broader duty of loyalty. The court highlighted that penalty clauses addressing breaches of confidentiality are not inherently invalid merely because they lack reciprocity. Instead, their validity should be assessed based on proportionality, reasonableness, and alignment with the legitimate interests of both parties.

This article delves into the legal foundations of penalty clauses, tracing their origins and examining their application in various contractual contexts. It distinguishes between general penalty clauses and those specific to employment relationships, emphasizing the unique challenges posed by the latter. In employment law, penalty clauses serve as a critical tool for enforcing non-tangible obligations, such as confidentiality and non-compete covenants. However, their enforcement must balance the competing interests of protecting employers' legitimate expectations and safeguarding employees from excessive contractual burdens.

One of the core arguments presented in this article is the need for a contextual interpretation of Article 420. The provision should not be applied rigidly to all employment contracts without considering the specific nature and purpose of the penalty clause in question. In the context of confidentiality agreements, penalty

clauses serve a distinct function: they protect the employer's sensitive information, which often constitutes the backbone of its competitive advantage. In such cases, the absence of reciprocity does not necessarily render the clause invalid, provided it meets the criteria of proportionality and reasonableness.

The article also examines comparative legal frameworks, drawing insights from jurisdictions such as Germany, where similar provisions exist. These jurisdictions emphasize the importance of judicial oversight in assessing the validity of penalty clauses, particularly in employment contexts. The analysis highlights parallels and divergences, offering a broader perspective on the issue and potential avenues for interpreting Turkish law in a manner consistent with international practices.

Practical implications of the findings are also discussed. Employers are advised to draft confidentiality agreements with clear and precise terms, ensuring that penalty clauses are proportional to the nature and scope of the obligation. Employees, on the other hand, must be adequately informed of their rights and obligations under such agreements, including the potential consequences of breaches. The role of the judiciary is pivotal in maintaining this balance, ensuring that penalty clauses are neither overly burdensome for employees nor unduly restrictive of employers' rights.

In conclusion, the article argues that while Article 420 serves an essential function in protecting employees from unfair contractual terms, its application to confidentiality agreements requires a nuanced approach. The unique nature of confidentiality obligations and the legitimate interests they seek to protect justify a deviation from the reciprocity principle in certain circumstances. Penalty clauses in such agreements should be upheld if they are proportional, reasonable, and aligned with the overarching principles of equity and fairness. This balanced interpretation would not only safeguard the interests of both parties but also contribute to the broader goal of promoting trust and accountability in employment relationships.

By addressing these issues, the article contributes to the ongoing discourse on the interplay between employees' rights and employers' legitimate interests in Turkish employment law. It provides a comprehensive framework for understanding the validity of penalty clauses in confidentiality agreements, offering practical and theoretical insights for legal practitioners, academics, and policymakers alike.

T.C. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararı:

Dava: Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar:

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı işveren, davalı işçinin işe girerken imzaladığı taahhütnamede ayrıntıları açıklanan sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiğini ileri sürerek sözleşmeden doğan 12 aylık brüt ücret tutarında cezai şartın tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmediğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti ve Yargılama Süreci:

Mahkemece, cezai şartın tek taraflı düzenlediği, işçinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiğinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

İstinaf:

Kararı davacı istinaf etmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti ve Yargılama Süreci:

Bölge Adliye Mahkemesince, **davacının istinaf talebinin esastan reddine karar verilmiştir.**

Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-) Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-) Davalı işçinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal edip etmediğine göre sübuta erecek cezai şart talebi uyuşmazlık konusudur. Dosyadaki bilgi ve belgelerden 01.07.2016 günü istifa dilekçesi veren davalının bundan bir gün önce 30.06.2016 gününde stratejik plan başlıklı dokümanları kendi kişisel elektronik posta adresine gönderdiği, davacının bu dokümanların işyerine ait sırları ihtiva ettiğini ileri sürdüğü, davalının imzasını taşıyan bilgi koruma taahhütnamesinde işyerine ait dokümanların amir onayı olmadan herhangi bir yolla işyeri dışına çıkarılması, paylaşılıp depolanmasının yasaklandığı, aksi davranışın ise taahhütnamenin 9. maddesinde cezai şarta bağlandığı anlaşılmaktadır. **İşyerine ait bilgileri koruma, sır saklama, işçinin işverene karşı sadakat yükümlülüğü kapsamında olup buna aykırı davranışa ilişkin cezai şartın karşılıklı düzenlenmesi düşünülemez.** İstifa etmeden bir gün önce çeşitli dökümanları kişisel hesabına gönderen işçinin en baştan uymayı taahhüt ettiği bilgi koruma kurallarına aykırı hareket ettiği ortadadır. Şu halde davalının 30.06.2016 günü kişisel elektronik postasına gönderdiği bütün dökümanlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak sır saklama yükümlülüğü kapsamında işyerine ait çeşitli özel bilgiler ihtiva edip etmediği araştırılıp sonucuna göre 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 182/son maddesi de değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde talebin reddi doğru görülmemiştir.

Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden BOZULMASINA, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 28.01.2021 gününde oybirliğiyle karar verildi

I. Uyuşmazlığa Konu Olay

İnceleme konusu yaptığımız, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 28.1.2021 tarih ve 2019/2639 E., 2021/2697 K. sayılı kararı, sır saklama yükümlülüğünü ihlalden doğan cezai şart talebine ilişkindir.

Davaya konu olayda işveren, davalı işçinin işe girerken imzaladığı taahhütnamede ayrıntıları açıklanan sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiğini ileri sürerek sözleşmeden doğan 12 aylık brüt ücret tutarında cezai şartın tahsilini; davalı işçi ise savunmasında sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmediğinden davanın reddini talep etmiştir.

İlk derece mahkemesi, cezai şartın tek taraflı düzenlendiği ve işçinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiğinin kanıtlanamadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar vermiş; Bölge Adliye Mahkemesi ise davacının istinaf talebini esastan reddetmiştir. Bölge Adliye Mahkemesinin ret gerekçesi kararda yer almamakla birlikte karar, sır saklama yükümlülüğünden kaynaklanan cezai şartın tek taraflı olamayacağı kabulüne dayanıyor görünmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise öncelikle, eylemin sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini incelemiştir. Yüksek mahkeme; işçinin istifasından bir gün önce stratejik plan başlıklı dokümanları kendi kişisel elektronik posta adresine gönderdiğini tespit etmiş; davacı işverence işyerine ait sırları ihtiva ettiği ileri sürülen bu dokümanların davalının imzasını taşıyan bilgi koruma taahhütnamesinde belirtildiği üzere amir onayı olmadan herhangi bir yolla işyeri dışına çıkarılmasının,

paylaşıp depolanmasının yasaklandığı hususundan hareketle davalı işçinin eyleminin en baştan uymayı taahhüt ettiği bilgi koruma kurallarına aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay daha sonra sır saklama yükümlülüğünün işçinin işverene karşı sadakat yükümlülüğü kapsamında olduğunu, buna aykırı davranışa ilişkin öngörülen cezai şartın **karşılıklı düzenlenmesinin düşünülemeyeceğini** ifade etmiştir. Yargıtay'ın bu ifadesi sır saklama yükümlülüğü bakımından işçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırılabileceğinin benimsendiğini göstermektedir. Kararda cezai şartın ödenmesine hükmedilmemiş; ancak Yargıtay'ın bu husustaki tespitini ortaya koyması bakımından karar anlam kazanmıştır.

II. Hukuki Sorun

Karara konu olayda hukuki sorun, sır saklama yükümlülüğünü ihlal halinde işçi aleyhine tek taraflı olarak kararlaştırılan cezai şartın geçerliliği noktasında toplanmaktadır.

TBK m. 420 hükmü uyarınca iş sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan cezai şartlar geçersizdir. Anılı düzenlemenin sır saklama yükümlülüğü getiren sözleşmeler bakımından nasıl değerlendirilmesi gerektiği, işveren bakımından sır saklama yükümlülüğü karşısında üstlenilen bir borç olmadığından cezai şartın karşılıklı biçimde kararlaştırılmasının mümkün olup olmayacağı ya da anılı borcun karşılığının cezai şart biçiminde belirlenmiş olmamakla birlikte bulunup bulunmadığı hususlarının irdelenmesi gerekmektedir.

İnceleme konusu ettiğimiz Yargıtay kararında da sır saklama yükümlülüğünü ihlal halinde işçinin cezai şart ödemesine ilişkin sözleşme hükmünün geçerliliği, karşılıklılık ilkesinin istisnası olarak değerlendirilmiş görülmektedir. Biz de bu çalışmamızda, işçinin sır saklama yükümlülüğünü ihlalden doğan sorumluluğu bakımından cezai şartın tek taraflı kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığını değerlendireceğiz.

III. Değerlendirme

A. Cezai şarta ilişkin temel esaslar

Cezai şart, borçlunun asıl borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya ödemeyi vaat ettiği, önceden kararlaştırılmış, asıl borçtan, bağımsız kesin bir ekonomik değeri ifade eder¹. Cezai şart anlaşması asıl sözleşmede yer alan bir hüküm olarak kararlaştırılabileceği gibi bağımsız bir sözleşmeye de konu olabilir². Cezai şarta ilişkin temel yasal düzenlemeler TBK m. 179-192 hükümleri arasında düzenlenmiştir.

¹ Ferit Hakkı Saymen - Halid Kemal Elbir, *Borçlar Hukuku Dersleri: Umumi Hükümler, Cilt 1* (İstanbul: İsmail Akkün Matbaası, 1958), 553; Vedat Buz, "Genel Olarak Cezai Şart," *İş Hukukunda Güncel Sorunlar* (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2012), 7; Selahattin Sulhi Tekinay vd. *Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 7. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 341; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), 1337; Hüseyin Hatemi - Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 376; Kemal Oğuzman - Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1-2*, Gözden Geçirilmiş 13. Bası (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015), 534; Kenan Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1963), 6; Erdem Özdemir, "İş Hukukunda Cezai Şart," *AÜEHFD* IX, no. 3-4 (2005), 403; Haluk Nomer, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 18. Bası (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 528, Rn. 235.1; İrem Yayvak Namlı, *İş Hukukunda Cezai Şart* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019), 10; Gaye Baycık, "İş Hukukunda Cezai Şart", *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II*, (İstanbul: Koç Üniversitesi, 2018), 2; Cevdet İlhan Günay, *Cezai Şart* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), 4. İsviçre ve Alman hukukunda da cezai şart benzer biçimde tanımlanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Walter Schoch, *Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht* (Bern: Stämpfli & Cie, 1935), 12; E. Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht* 2. Aufl. (Zürich: Schulthess Verlag, 1988), 521; R. Bentele, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR* (Diss., Freiburg, 1994), 4; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht*, 16. Aufl. (Bern: Stämpfli Verlag, 2023), § 81, Rn. 2; OR-Ehrat, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I*, Hrsg. von Honsell/Vogt/Wiegand, 6. Aufl. (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015), OR Art 160, N.1; MüKoBGB/Gottwald, *Münchener Kommentar zum BGB*, 10. Aufl. (München: C. H. Beck Verlag, 2024), Art 339, N.1; Kurt Schellhammer, *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen: Gesamt BGB Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. (Heidelberg: C.F. Müller, 2021), 793; Rn. 1481, 1486; Peter Gauch, Walter Schlupe, Jörg Schmid, ve Heinz Rey, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: ohne außervertragliches Haftpflichtrecht* 7. Aufl. (Zürich: Schulthess Verlag, 1998), II, Nr. 3783.

² Bentele, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, 37; Gauch ve diğ., *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn. 3920; Max Keller - Christian Schöbi, *Allgemeine Lehren des Vertragsrechts: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I*, 3. Aufl. (Basel/Frankfurt: Helbing & Lichtenhahn, 1988), 111; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 529; Hatemi - Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 376; Nomer, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 527, Rn. 235. Uygulamada ayrıca iş ilişkisini düzenleyen diğer kaynaklarda (işyeri iç yönetmeliği gibi) da cezai şart düzenlenebileceği ifade edilmektedir.

Geçerli bir cezai şart üç ana unsurdan oluşur. Buna göre; hukuken geçerli bir borç ilişkisi (asıl borç) bulunmalı, taraflar aralarında bir cezai şart anlaşması yapmalı ve bu anlaşmada cezai şart ödeme vaat edilmelidir³. Asıl sözleşmeden doğan borcun ihlali sonucu zarar doğması ise cezai şartın unsurlarından değildir.

Cezai şartın varlığından söz edebilmek için tarafların arasında geçerli bir borç ilişkisi bulunmalıdır⁴. Cezai şart fer'i bir borç olup geçerliliği asıl borca bağlıdır. Bu husus TBK m. 182/2'de "*Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez*" biçiminde ifade edilmiştir. Bu kapsamda asıl borcun kanuna, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması veya borcun borçluya yüklenemeyen bir sebeple imkansızlaşması (TBK m. 182/2) hallerinde cezai şart talep edilemez⁵. Nitekim cezai şart ile amaçlanan, asıl borçtan doğan edimin güvence altına alınması, asıl borcun ifasını sağlanmasıdır.

Cezai şart anlaşmasına yönelik kanunda özel bir şekil şartı öngörülmemiştir. Borçlar Kanunu'nda şekil serbestisi esas olduğunda cezai şart anlaşması da kural olarak şekle tabi değildir (TBK m. 12). Ancak asıl sözleşme bir şekil şartına tabi ise bu durumda fer'i borç doğuran cezai şart sözleşmesi de asıl sözleşmenin şekline tabi olacaktır⁶. Bu kapsamda örneğin; rekabet yasağından sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şartın yazılı yapılması gerekir (TBK m. 420/1). Şekle aykırı cezai şart sözleşmesi geçersizdir⁷ (TBK m. 12/2, OR m. 11/2).

Sır saklama sözleşmesi bakımından ise benzer bir düzenleme yer almadığından cezai şartın geçerliliğinin şekil şartına bağlı olmadığını söylenebilir. Ancak uygulamada cezai şartın yazılı bir sözleşme ile kararlaştırılmadığı vaki değildir. Kaldı ki ispat yükünün işverende olduğu düşünüldüğünde yargılamada işverenin cezai şart talep

³ Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, 7 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1340; Günay, *Cezai Şart*, 8; Veli Karagöz, *İş Hukukunda Cezai Şart* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006), 24 vd.; Köksal Kocağa, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart* (BK. m. 158-161) (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2003), 83 vd.; Hüseyin Ekinci, *Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 27 vd.; Hakan Keser, "İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme," *Sicil İHD* 5 (2016), 20; MüKoBGB/Gottwald, Art 339, Rn. 7; Bentele, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, 33; Schellhammer, *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen*, Rn. 1486.

⁴ Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, 11; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1339; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 520; Ekinci, *Doktrinde ve Uygulamada Cezai Şart*, 35.

⁵ Saymen - Elbir, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 554; Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, 7, 15; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 537; Tekinay vd. *Tekinay Borçlar Hukuku*, 341; Keser, "İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme", 20; Nomer, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 531, Rn. 237; Ahmet Kılıçoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2024), 973; Schoch, *Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht*, 13, 16; Bentele, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, 31; Erman, Walter, ve Schaub, Hans. *Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar*. 14. Aufl. (Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014), Art 339, Rn. 3; MüKoBGB/Gottwald, Art 339, Rn. 14; Gauch ve diğ., *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn. 3959; Schellhammer, *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen*, Rn. 1487; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 523; Koller, § 81, Rn. 4; Andreas von Tuhr - Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Bd. II*, 3. Aufl. (Zürich: Duncker & Humblot, 1979), 278; Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, 80. Auflage (München: C. H. Beck Verlag, 2021), 570; Rudolf M. Reck, *Lohnrückbehalt, Kautio und Konventionalstrafe im schweizerischen Arbeitsrecht* (Zürich: ADAG Administration & Druck AG, 1983), 99; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1339; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 524-525; Hatemi - Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 363; Yargıtay. 19. Hukuk Dairesi, 16.06.2016, E. 2016/2066 K. 2016/10889; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 23.03.2016, E. 2015/17609 K. 2016/5331, (www.kazanci.com).

⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1340; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 524; Hatemi - Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 366; Kadir Arıcı, "Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (Haziran 1997), 33; Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, 61; Keser, "İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme", 22. Alman ve İsviçre hukukunda benzer değerlendirme için bkz. MüKoBGB/Gottwald, Art 339, Rn. 22; Walter Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar*, 14. Aufl. (Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014), Art 339, Rn. 3; Bentele, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, 57; Keller - Schöbi, *das Schweizerische Schuldrecht*, 111; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, § 81, Rn. 27.

⁷ Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 535. İsviçre doktrininde cezai şart sözleşmesinin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olması halinde asıl sözleşmenin de geçersiz olacağı kabul edilmektedir. Bu görüşe göre alacaklı asıl sözleşmeyi cezai şart sözleşmesi ile desteklediği için yapmakta olup birinin geçersizliği diğerinin de geçersizliği sonucunu doğuracaktır (Bentele, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, 66; Gauch ve diğ., *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn. 581). Türk hukukunda ise TBK m. 182'nin açık hükmü karşısında bu yönde bir yorum yapılması mümkün olmayacaktır. Zira TBK m. 182/2 hükmü uyarınca ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez. Alman hukukunda ise açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte Türk hukukundakine benzer bir değerlendirme yapılmaktadır (MüKoBGB/Gottwald, Art 339, Rn. 22).

etmesi halinde ilk olarak cezai şartın varlığını ispatlaması gerekecektir. Bu halde cezai şartın yazılılığı, cezai şartın talep edilebilmesi bakımından ilk kural olarak karşımıza çıkacaktır.

Cezai şart anlaşmasının tarafları sözleşmenin içeriğini belirlemede serbesttir⁸. Bu kapsamda belirlenecek cezai şart, asıl sözleşme ediminden bağımsız nitelikte olmalıdır⁹. Asıl sözleşmeden bağımsızlık, edimin niteliği yönünden olabileceği gibi miktarı yönünden de olabilir. Dolayısıyla cezai şart asıl borçtan farklı veya onun miktarını arttıran bir edim olabilir. Ancak kanundan doğan bir hak veya yetkinin kaybı cezai şart olarak kararlaştırılamaz¹⁰.

Asıl borcun cezai şarta bağlanabilmesi için ekonomik değere sahip olması gerekmez. Bu kapsamda manevi değere sahip yükümlülükler bakımından da cezai şart öngörülebilir¹¹. Öte yandan cezai şart genellikle bir para borcu olarak kararlaştırılmaktadır. Doktrinde hâkim görüş para borcu dışında bir edimin de cezai şart olarak kararlaştırılabileceğini kabul etmektedir¹². Bu kapsamda cezai şart, bir yapma veya yapmama borcu olarak da belirlenebilir. Ancak bu şekilde kararlaştırılan edim ekonomik bir değer barındırmalıdır¹³. Salt manevi değer taşıyan şeylerin cezai şart olarak kararlaştırılması doktrinde kabul görmemektedir. Cezai şartın miktarı ise taraflarca serbest olarak belirlenir. Genellikle asıl sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkacak zarar gözetilerek yaklaşık bir miktar belirlenmektedir. Taraflar bu belirlemeyi yaparken uzman bir üçüncü kişiye de başvurabilirler.

B. İş sözleşmelerinde cezai şartın geçerliliği

1. Genel olarak

Cezai şartın en yaygın kullanıldığı alanlardan biri iş hukukudur. Buna karşın iş kanunlarında cezai şarta ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiş; genel kanun niteliğindeki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun¹⁴ konuya ilişkin hükümleri ile cezai şartın kapsam ve sınırları, iş hukukunun özel karakteri gözetilerek belirlenmeye çalışılmıştır. Gerçekten de mülga Borçlar Kanunu döneminden itibaren cezai şarta ilişkin genel hükümlerin doğrudan uygulanması anlayışı yerine öğreti ve yargı kararlarıyla uyarlanması yoluna gidilmiştir. Dolayısıyla İş Hukukunda cezai şart, Borçlar Hukukunun eşitler arası ilişkilerinden önemli ölçüde farklılaşmaktadır¹⁵.

⁸ Gauch ve diğ., *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn. 638; Bentele, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, 48; MüKoBGB/Gottwald, Art 339, Rn. 10; Martin Lohr, "Vertragsstrafen im Arbeitsverhältnis," *MDR* 8 (2000), 433; Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, 571.

⁹ Becker, Art 160 OR, N. 5; Schoch, *Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht*, 9; Bentele, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, 5; von Tuhr - Escher, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht*, 279; Reck, *Lohnrückbehalt*, 102; Hatemi - Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 380; Yayvak Namlı, *İş Hukukunda Cezai Şart*, 66.

¹⁰ Koller, § 81, Rn.6; Bentele, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, 131; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 522; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 540.

¹¹ Saymen - Elbir, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 554; Hatemi - Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 377; MüKoBGB/Gottwald, Art 339, Rn. 18; Schoch, *Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht*, 5; Becker, Art 160 OR, N. 9. Cezai şartın ekonomik değere sahip olması gerektiği yönünde, Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1338; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 522.

¹² MüKoBGB/Gottwald, Art 339, Rn. 3; Art 342, Rn. 1; Keller - Schöbi, *das Schweizerische Schuldrecht*, 111; Erman ve Schaub, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Art 339; Rn 2; Gauch ve diğ., *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn. 3924; Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, 65; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 540; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1338; Kılıçoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 971.

¹³ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.9; Gauch ve diğ., *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn. 3914; von Tuhr - Escher, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht*, 279; Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, 570; Erman ve Schaub, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Art 342, Rn.1; Schoch, *Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht*, 9; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, §81, Rn. 9; Bentele, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, 5; Reck, *Lohnrückbehalt*, 102; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 540; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1338; Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, 69; Hatemi - Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 377.

¹⁴ RG, 04.02.2011, 27836.

¹⁵ Karagöz, *İş Hukukunda Cezai Şart*, 19; Murat Demircioğlu, "İş Hukukunda Cezai Şart," *Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt I* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010), 161; Aydın Başbuğ, "Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim," *Kamu-İş* 7, no. 2 (2003), 8; Kübra Doğan Yenisey, "İş Hukukunda Cezai Şart," *İş Hukukunda Güncel Sorunlar* (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2012), 22; Erdem Özdemir, "Eğitim Giderlerinin İşçiden Geri İstenebilmesi Konusundaki Temel Esaslara İlişkin Bir Karar İncelemesi," *Sicil İHD* 14 (Haziran 2009), 155.

İş hukukunda cezai şart uygulamaları esas itibarıyla işçinin sözleşmeden doğan borçlarına ilişkindir. İşçinin sözleşmeden doğan başta iş görme borcu olmak üzere sadakat ve itaat borçlarının kişisel niteliği, zorla icrasının mümkün olmaması, işçinin kusurunun ispatındaki güçlükler iş hukukunda cezai şart kurumunun benimsenmesini gerektiren nedenler olarak karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada ilk olarak fesih hakkının sınırlanmasına yönelik cezai şartlar kararlaştırılmış, ancak zaman içerisinde özellikle sır saklama ve rekabet etmeme borçlarının güvence altına alınması amacıyla cezai cezai şart hükümleri sözleşmelerde getirilmeye başlanmıştır¹⁶.

2. İşçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırma yasağı

Cezai şart, borcun güvence altına alınmasını amaçlamakta bu sebeple borcun ifa edilmesi bakımından borçlu üzerinde baskı oluştururken, alacaklının da talep hakkını kolaylaştırmaktadır¹⁷. Borcun zamanında veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklı zararı ispatlamakla yükümlü olmaksızın cezai şartın ödenmesini talep edebilmekte; bu özelliği ile cezai şartın işçi üzerinde yaratılacak bir baskı unsuruna dönüşmesi riski de ortaya çıkarmaktadır. Bu sebeple iş sözleşmelerinde kararlaştırılacak cezai şartlar bakımından, genel geçerlilik koşulları yanında, diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olarak TBK m. 420 hükmü ile özel bir düzenlemeye daha yer verilmiştir. Hükme göre, iş sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan cezai şartlar geçersizdir (TBK m. 420/1). Buna göre, iş sözleşmelerinde kararlaştırılan cezai şartın geçerli olabilmesi için aranan temel unsurlarının yanında cezai şartın işçi ve işveren için karşılıklı biçimde kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı da gözetilecektir. Ancak, iş sözleşmelerinde işveren aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırılmasının önünde yasal bir engel yoktur. TBK m. 420 hükmü ile getirilen sınırlama sadece işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartlar bakımından söz konusudur.

İşçi aleyhine tek taraflı kararlaştırma yasağı TBK m. 420 ile yasal temele kavuşmuş olmakla birlikte konu 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminden beri doktrin ve yargıyı meşgul etmiştir. Özellikle fesih hakkının sınırlanması bakımından getirilen cezai şartların geçerliliğine yönelik zengin bir içtihat söz konusudur. Yargıtay, işçi yararına yorum ilkesi uyarınca cezai şartın geçerliliğini belirlerken bunun işçi ve işveren bakımından "*karşılıklı olup olmaması*" noktasından hareket etmiş; cezai şartın işçi ve işveren açısından karşılıklı olarak değil de sadece işçi için öngörülmesi halinde, bunun tek yanlı olarak işçi aleyhine yapılan bir düzenleme niteliğinde olduğundan işçiyi bağlamayacağı sonucuna ulaşmıştır¹⁸. Doktrinde *Soyer*, ise fesih hakkını sınırlandıran cezai şartlar bakımından karşılıklılık ilkesinin EBK m. 340/3 hükmünden kaynağını aldığı görüşündedir¹⁹.

Yargıtay cezai şartın karşılıklılığını hem nitelik hem de nicelik bakımından aramış; koşulları ve cezai şart miktarı bakımından asgari düzeyde bir eşitliğin mevcut olması halinde cezai şartın geçerliliğine

¹⁶ Doktrinde işçinin temel borcu olan iş görme borcuna ve bu borcun ifasındaki özen yükümlülüğüne ilişkin cezai şart kararlaştırılmayacağı, TBK m. 400 hükmünün buna imkân vermeyeceği yönünde, Doğan Yenisey, "İş Hukukunda Cezai Şart", 23; Karagöz, *İş Hukukunda Cezai Şart*, 128; Baycık, "İş Hukukunda Cezai Şart", 7.

¹⁷ Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 870; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1337; Baycık, "İş Hukukunda Cezai Şart", 2; Karagöz, *İş Hukukunda Cezai Şart*, 73; Buz, "Genel Olarak Cezai Şart", 7; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 1317; OR-Ehrt, Art. 160 OR, N. 1; Bentele, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, 9 vd.

¹⁸ Yargıtay belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin dolmasından önce feshi bakımından öngörülen cezai şartın geçerliliğine ilişkin değerlendirmesinde "*Cezai şart ... Borçlar Kanunun 158- 161. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, İş Kanunlarında konuya dair bir hükme yer verilmemiştir. İş Hukuku açısından Borçlar Kanunun sözü edilen hükümlerini uygulamakla birlikte Dairemizde bazı yönlerden İş Hukukuna özgü çözümler üretilmiştir. İş Hukukunda İşçi Yararına Yorum İlkesinin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir.*" ifadelerine yer vermiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 21.01.2010, E. 2009/46225 K. 2010/604, Çalışma ve Toplum, 2010/3, 445 vd.; kararın değerlendirmesi için bkz. Fevzi Şahlanan, "Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Borçlar Kanunu Uygulaması, Karar İncelemesi", *Tekstil İşveren Dergisi*, Kasım (2010). Benzer yönde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 20.06.2008 E. 2008/9413 K. 2009/37413, www.legalbank.net). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 01.03.2017, E. 2015/9-989 K. 2017/386, www.kazanci.com.

¹⁹ Polat Soyer, "Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu," *Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000), 367. Soyer'e göre EBK m. 340/3 hükmü sadece ihbar önergileri için değil feshin tümü bakımından genel bir düzenleme niteliğinde olup cezai şartın tek taraflı olarak kararlaştırılması maddenin yorumlanması ile geçersiz kabul edilmelidir.

hükmetmiştir²⁰. Diğer bir ifadeyle, işverenin sözleşmede yüklendiği cezai şartın miktar bakımından işçininkine eşit veya daha fazla olması; cezai şarta bağlanan yükümlülüklerin de işçi bakımından daha ağır biçimde düzenlenmemesi gerekir. İşçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın tek taraflı ya da işverenin sorumluluğunu aşması halinde şartın tamamen veya kısmen geçersizliğine hükmedilmektedir²¹.

Öte yandan mülga Borçlar Kanunu döneminde Yargıtay'ın bu yaklaşımını kısmen isabetsiz bulan görüşler de ifade edilmiştir. Bu görüşler, iş ilişkisinden doğan edimlerin nitelik bakımından eşdeğer olması halinde karşılıklılık ilkesinin gerçek manada işletilebileceğini; oysaki iş sözleşmesinin taraflara yüklediği borçların büyük bir kısmının nitelik bakımından farklı olduğu gerçeği karşısında bu karşılıklılığın sağlanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir²². Buna göre, karşılıklılık, cezai şart ile üstlenilen edimin taraflar arasındaki iş ilişkisinde bir karşılığı olması, işverenin de bir riziko üstlenmesi halinde mevcuttur²³. Bu itibarla sır saklama ve rekabet yasağı sözleşmelerinde cezai şart görünürde tek taraflı olmakla birlikte işverenin haklı menfaatinin varlığı halinde geçerli kabul edilmelidir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun ile getirilen düzenleme, işçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştıramayacağına ilişkin Yargıtay görüşünü kanunlaştırmıştır²⁴. Ancak yasal düzenlemenin doktrindeki eleştirileri sona erdiği söylenemeyecektir. Gerçekten de düzenlemenin modern iş hukuku anlayışına uygun düşmediğini, iş sözleşmesi ile düzenlenen hak ve borçların birbirine mutlak değer de denk olmasının gerekmediğini bu halde nasıl bir karşılıklılıktan bahsedilebileceğinin belirsiz olduğu hususları pek çok yazarca ileri sürülmektedir²⁵. Nitekim Yargıtay mülga Kanun döneminde verdiği kararlarda cezai şartın karşılıklı olması ilkesini benimsemiş olmakla beraber sır saklama ve rekabet yasağı sözleşmelerinde kararlaştırılan cezai şartların istisna olduğunu pek çok kararda dile getirmiştir.

Bizce de TBK m. 420/1 hükmünün amacı, sözleşmeden doğan tüm borçlar bakımından karşılıklı yükümler üstlenilmesi değildir. Hükümle amaçlanan, işçinin sözleşme özgürlüğünün sınırlanmasının önüne geçilmesi ve işveren tarafından sözleşmesinin zayıf durumundaki işçiye orantısız bir yük getirmemesidir. Bu kapsamda kuralın iki tarafın da üstlendiği borçlar bakımından mevcut olduğu sonucuna varılmalıdır. Fesih hakkının kullanılması, ihbar sürelerinin arttırılması, sözleşmenin süresinden önce feshedilmemesi gibi karşılıklı nitelikteki borçlar bakımından kararlaştırılan cezai şartların koşulları ve miktarı bakımından karşılıklılığının sağlanması noktasında hüküm kanaatimizce de uygulanabilir. Öte yandan iki taraflı nitelikte olmayan borçlar bakımından yasağın tek taraflı cezai şart kararlaştırılmaması değil, üstlenilen cezai şartın sözleşmede bir karşılığının bulunması yeterlidir. Bu anlamıyla karşılıklılık, işçi ve işverenin menfaatler dengesinin korunacağı biçimde borç altına girmeleridir. Aksi kabul, işçinin tek taraflı yükümlülükleri bakımından cezai şart kararlaştırılmaması, bu yükümlülüklerde işverenin haklı menfaatinin göz ardı edilmesi anlamını doğuracaktır²⁶.

²⁰ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 19.10.2017, E. 2017/17207 K. 2017/22188; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 29.12.2016, E. 2016/13712 K. 2016/29694; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 22.11.2016, E. 2016/29069 K. 2016/20651, (www.kazanci.com). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 07.03.2016, E. 2014/32706 K. 2016/4958, (www.legalbank.com); Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, 22.02.2016, E. 2014/30506 K. 2016/3383, Çalışma ve Toplum, 2017/1, 307).

²¹ Kısmen geçersizlik yaptırımının ancak işçinin farazi iradesinin bu yönde olduğunun kabul edilmesi halinde mümkün olduğu yönünde Baycık, "İş Hukukunda Cezai Şart", 12.

²² Özdemir, "İş Hukukunda Cezai Şart", 410; Erdem Özdemir, "Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri ve 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi," *Çalışma Mevzuatı Semineri*, Antalya, 26-30 Eylül 2012, 134.

²³ Özdemir, "İş Hukukunda Cezai Şart", 410; Baycık, "İş Hukukunda Cezai Şart", 10; Doğan Yenisey, "İş Hukukunda Cezai Şart", 29.

²⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 25.05.2016, E. 2015/1484 K. 2016/12412; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 07.03.2016, E. 2014/32706 K. 2016/4958; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 01.10.2014, E. 2012/34369 K. 2014/28821, (www.kazanci.com).

²⁵ Soyer, "Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu", 368 vd; Özdemir, "Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri", 134; Doğan Yenisey, "İş Hukukunda Cezai Şart", 29; Ömer Ekmekçi, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine," *Mess Mercek Dergisi* (Temmuz 2005), 167; Yayvak Namlı, *İş Hukukunda Cezai Şart*, 323.

²⁶ Doğan Yenisey, "İş Hukukunda Cezai Şart", 29; Baycık, "İş Hukukunda Cezai Şart", 8.

3. Sır saklama yükümlülüğü bakımından değerlendirme

Sır saklama yükümlülüğü (Geheimhaltungspflicht, Verschwiegenheitspflicht), işçinin iş gördüğü sırada işveren, iş ve işletmeyle ilgili olarak öğrendiği sır niteliğindeki gizli bilgileri sözleşmenin devamı süresince saklama, bunları üçüncü kişilere açıklamama ve kendi yararına kullanmama yükümlülüğüdür²⁷. TBK m. 396/4 hükmünde işçinin sır saklama yükümlülüğü sözleşmenin devamında mutlak surette kararlaştırılmış; sözleşmenin sona ermesinden sonra ise ancak işverenin haklı menfaatinin devamı halinde bu yükümlülüğün devam edeceği öngörülmüştür. Bu kapsamda ancak işçinin sır saklama yükümlülüğünün kapsamını oluşturan gizli bilgiler ile davranış yasakları bakımından cezai şart kararlaştırılabileceği kabul edilmelidir.

İşçinin sır saklama yükümlülüğünden bahsedebilmek için ortada kanunen korunan sır niteliğine haiz bir bilgi olmalıdır. Sır, bir iş ve işletmeyi ilgilendiren olguları içeren, işyerinde çalışan dar bir grup tarafından bilinen ve bilen kişilere bu sırrı saklama borcu yükleyen, herkese karşı açıklık kazanmamış, işverenin üçüncü kişilerin öğrenmesini istemediği ve açıklanmasında işverenin korunmaya değer haklı ekonomik menfaatinin bulunduğu her türlü bilgi olarak tanımlanabilir²⁸.

Bu çerçevede işçinin sır saklama yükümlülüğünün doğması için bilgisinin salt gizli bir bilgi olması değil ayrıca bilginin gizli tutulmasında işverenin haklı menfaatinin bulunması gerekir. Kanunda her ne kadar haklı menfaat unsuru sözleşme sonrası sır saklama yükümlülüğü bakımından ele alınmışsa da kanaatimizce bilginin sır niteliğine haiz olması için haklı menfaat bir unsur olarak arandığından, iş ilişkisinin devamında da haklı menfaat olgusunun bulunmaması halinde işçinin sır saklama yükümlülüğünden bahsedilemez²⁹.

Sır saklama yükümlülüğü bakımından kararlaştırılan cezai şartın geçerli olabilmesi için diğer sözleşmelerde olduğu gibi geçerli bir asıl borcun söz konusu olması, cezai şartın şekle uygun biçimde kararlaştırılması gerekir. Karşılıklılık ilkesi bakımından ise ayrıca bir değerlendirme yapılmalıdır. Doktrinde sır saklama ve rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından TBK m. 420/1 hükmünün mutlak bir uygulama alanı bulamayacağı, hükmün amaca uygun yorumlanması gerektiği kabul edilmiş görünmektedir³⁰. Zira aksi kabul, doktrinde de isabetle belirtildiği gibi işverenin korunması gereken haklı menfaatini görmezden gelmek anlamına gelecek, her iki borcun da niteliğine uygun düşmeyecektir.

Kaldı ki sır saklama yükümlülüğünün karşısında işverenin paralel bir borcu da söz konusu değildir. Bu halde Özdemir'in de belirttiği gibi işveren işçinin sırlarının saklanması borcunu üstlenerek karşılıklılığın sağlanacağını söylemesi mümkün değildir³¹. Bu halde sır saklama yükümlülüğü bakımından cezai şartın

²⁷ Sır saklama borcu doktrinde benzer biçimde tanımlanmakta olup bazı görüş farklılıkları olmakla birlikte temelde bilginin işverenin işyerinde çalışırken veya işin niteliği öğrenilmesi, bilginin sır niteliğinde olması ve bilginin üçüncü kişilere açıklanmaması esasları üzerine tanımlamaların yapıldığı görülmektedir.

²⁸ Fatih Uşan, *İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 29; Fevzi Şahlanan, "İş Sözleşmelerine Konulan Cezai Şart (Karar İncelemesi)," *Tekstil İşveren Dergisi Hukuk Eki*, no. 121 (Temmuz-Ağustos 2018), 724; Arzu Arslan Ertürk, *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010), 289; Polar Soyer, *Rekabet Yasağı Sözleşmesi* (Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1994), 53. Alman ve İsviçre hukukunda sırrın tanımı ve değerlendirilmesi için ayrıca Rudi Müller-Glöge vd. *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. Beckische-Kurz-Kommentare Band 51*, 24. Aufl. (München: C. H. Beck Verlag, 2024), 611, Nr. 442, 263-264; ErfK/Preis, §611, Nr. 873- 1494-1495; Harald Schliemann, *Das Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar*, 12. Neubearbeitete Auflage (Berlin-New York: Walter de Gruyter, 2002), §611, Nr. 1492, 469; Reinhard Richardi, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse*, 16. Bearbeitung (Berlin: Sellier/ de Gruyter, 2020), §611, Nr. 410, 482; Jochen Kreitner, *Arbeitsrecht-Lohnsteuerrecht-Sozial Versicherungsrecht*, 24. Vollständig neubearbeitete Auflage (München: C. H. Beck Verlag, 2017), Nr. 448, A 2, 2238.

²⁹ Arslan Ertürk, *İşçinin Sadakat Borcu*, 293; aksi yönde, Gülsevil Alpagut, "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler," *Sicil İHD* 25 (2012), 29. İsviçre hukukunda aynı yönde, Adrian Staehelin, *Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht*, Völlig neu bearbeitete 4. Aufl. (Basel: Schulthess Verlag, 2006), Art 321a, N. 45; Portmann, Art 321a, 27.

³⁰ Doğan Yenisey, "İş Hukukunda Cezai Şart", 29; Baycık, "İş Hukukunda Cezai Şart", 8; Özdemir, "İş Hukukunda Cezai Şart", 410; Özdemir, "Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri", 134. Doktrinde Şahlanan ise ortada rekabet yasağının ihlali gibi işin gereği sadece işçinin davranışı ile gerçekleştirilebilecek bir borç olduğundan karşılıklılık ilkesinden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. Şahlanan, "İş Sözleşmelerine Konulan Cezai Şart", 354.

³¹ Özdemir, "Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri", 134. Rekabet yasağına ilişkin olarak benzer yönde, Ercüment Özkaraca, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim," *Prof. Dr. Turhan Esener 3. İş Hukuku*

karşılıklılığı ilkesini katı bir kural biçimde uygulamamak; taraflar bakımından karşılıklı olmayı menfaatlerin dengeli olması biçiminde düşünmek daha anlamlı olacaktır³². Sır saklama yükümlülüğünü haklı menfaatin varlığına dayandıran TBK m. 396/4 hükmünden hareketle işverenin menfaatlerinin korunmasının karşılığı sağladığı söylenebilir. Ancak burada menfaatin ağırlığı cezai şartın miktarı bakımından belirleyici olabilir.

İşçi bakımından tek taraflı cezai şartın geçerliliğinin kabul edilmemesi, işçinin aleyhine olacak, onun iş ilişkisinden doğan borcunu işveren karşısında ağırlaştıracak biçimde yükümlülük altına girmek zorunda bırakılmasını engellemek düşüncesine dayanmaktadır. Oysaki işçinin sır saklama yükümlülüğünü ihlali halinde kararlaştırılan cezai şart işçinin borçları bakımından bir değişiklik getirmemekte; daha ziyade işverenin zararın miktarını ve kusuru ispat yükünü ortadan kaldırmakta, bu yönüyle götürü tazminata daha yakın bir niteliğe bürünmektedir. Bu yönüyle cezai şartın “cezalandırma” amacından uzaklaşan niteliği ile sır saklama yükümlülüğü bakımından tek taraflı kararlaştırma yasağının uygulama alanı bulmaması doğal görünmektedir.

Yargıtay’ın iş hukuku dairelerinin cezai şart talebine yönelik olarak verdiği son tarihli kararlarında sır saklama ve rekabet etmeme borcu bakımından kararlaştırılan cezai şartın karşılıklı olmadığını incelemeye konu etmediği görülmektedir³³. Yargıtay anılı kararlarında salt işçinin davranışının sır saklama veya rekabet etmeme borcuna aykırılık olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini ele almaktadır. İnceleme konusu yaptığımız karar bakımından da aynı durum söz konusudur. Bu da yüksek mahkemenin dolaylı olarak sır saklama yükümlülüğünden doğan cezai şartın niteliği itibarıyla tek taraflı olarak kararlaştırılması gerektiğini kabul ettiğini göstermektedir. Nitekim inceleme konusu yaptığımız kararda da sır saklama yükümlülüğünün ihlal olgusunun ispatlanması halinde işverene cezai şart ödeneceği kabul edilmiş; bu yönüyle cezai şartın tek taraflı olup olmadığı değerlendirilmemiştir.

Yargıtay 2020 yılında verdiği başkaca bir kararda ise sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin doğan cezai şartın tek taraflı kabul edilemeyeceğini, *“Sözü edilen iş sözleşmesi hükmü gizlilik ve bilgi güvenliği yükümlülüklerinin ihlaline bağlı cezai şart öngörmekte olup bu durumda cezai şartın iki taraflı olmadığından bahisle geçersizliğinden söz edilemez. Zira cezai şartın karşılığı işçinin öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranması olup Mahkemece salt TBK’nun 420. maddesine dayalı olarak davanın reddi hatalıdır.”* sözleriyle ortaya koymuştur³⁴. Mahkeme sır saklama yükümlülüğünün salt işçiye yüklenen bir borç olmasından hareketle karşılaştırılacak cezai şartın da tek taraflı olacağını kabul eder gözükmektedir.

Konuyu sözleşme sonrası rekabet yasağı ile birlikte düzenlenen sır saklama kayıtları çerçevesinde ele alan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, cezai şartın karşılıklılığı noktasında yeknesak bir görüş oluşturmamış görünmektedir. Yüksek mahkeme bazı kararlarında konuyu TBK m. 420 çerçevesinde hiç ele almayarak dolaylı biçimde karşılıklılık ilkesini kabul etmiş iken; 2019 tarihli bir kararında rekabet etmeme ve sır saklama yükümlülüğüne aykırılık halinde kararlaştırılmış olan cezai şartın tek taraflı olması nedeniyle reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁵.

Öte yandan BAM kararlarında hem sır saklama hem de rekabet yasağı bakımından TBK m. 420/1 hükmünün uygulandığı görülmektedir³⁶. BAM İstanbul 14. Hukuk Dairesi 2018 yılında verdiği bir kararda ilk derece

Uluslararası Kongresi, 19-20 Nisan 2018, İstanbul, 2021), 353; Ercüment Özkaraca, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Öngörülen Tek Taraflı Cezai Şartın Geçerliliği (Karar İncelemesi),” *Tekstil İşveren Dergisi Hukuk Eki*, no. 136 (Ekim-Kasım-Aralık 2021), 4.

³² Nitekim *Oğuzman*, 1992 yılında belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından yaptığı değerlendirmede, Yargıtay’ın benimsendiği cezai şartın karşılıklılığı ilkesine tereddütle yaklaşılması gerektiğini, karşılıklılığın salt sözleşmede işçi aleyhine cezai şart kararlaştırılması olarak düşünülemeyeceğini ifade etmiştir (Kemal Oğuzman, “Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi*, (İstanbul: Türk Metal Sanayicileri Sendikası 1994), 83-84). Bugün de aynı değerlendirmenin sır saklama sözleşmeleri bakımından düşünülmesi gerekecektir.

³³ Örneğin; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 26.01.2021, E. 2019/3155 K. 2021/2225; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 13.01.2021, E. 2018/8467 K. 2021/626; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 17.09.2013 E. 2011/23226 K. 2013/22695; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 28.12.2011 E. 2009/37429 K. 2011/50111, (www.kazanci.com).

³⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 22.12.2020, E. 2018/4159 K. 2020/19615, (www.kazanci.com).

³⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22.05.2019, E. 2018/2515 K. 2019/4084, (www.kazanci.com).

³⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 14. Hukuk Dairesi, 25.03.2021, E. 2019/2364, K. 2021/369: “Diğer yandan, işçi ve işveren, rekabet yasağı anlaşmasına bir ceza koşulu koyabilir. Ancak, bu ceza koşulunun geçerliliği TBK’nın 420/1. maddesine bağlıdır.

mahkemesi kararında da yer verilen “Sözleşmenin tanzim tarihinde yürürlükte olan ve işbu uyuşmazlığa uygulanması gereken TBK’nın 420/1. maddesi gereğince hizmet sözleşmelerinde sadece işçi aleyhine konulan cezai şartın geçersiz bulunduğu” ifadesini kullanmıştır³⁷. Kararda ret sebepleri arasında yer almamakla birlikte bu ifade kanaatimizce isabetsizdir. Zira işçinin sır saklama ve rekabet yasağı sözleşmesi bakımından TBK m. 420/1 hükmünün bir an için işletilebileceği düşünülse bile bu borçlar için kararlaştırılacak karşılığın ne olacağı tam manasıyla bir muammadır³⁸.

Değerlendirme ve Sonuç

İşçi hem sözleşmenin devamında hem de işverenin haklı menfaatinin varlığı halinde sözleşmenin sona ermesinden sonra işin yürütümü sırasında kendisi ile paylaşılan iş ve üretim sırlarını gizli tutmakla yükümlüdür. İşçinin kanundan doğan bu yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi amacıyla iş sözleşmesine hüküm konması veya bağımsız bir sır saklama sözleşmesi akdedilmesi mümkündür. Uygulama bu sözleşmelerde ayrıca sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde cezai şart ödenmesine ilişkin düzenlemelere de yer verilmektedir.

İşçinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde ödenecek cezai şartın karşılığını işverenin korunmaya değer menfaati oluşturmaktadır. Nitekim bir bilginin hukuken korunan bir “sır” olarak kabul edilebilmesi için bilginin gizli tutulmasında sır sahibine ait haklı bir menfaat bulunması gereklidir. Sözleşme sonrası sır saklama yükümlülüğü bakımından bu husus Kanunda da açıkça yer bulmuştur. Bu halde işverenin söz konusu yükümlülüğünün ihlali bakımından getireceği cezai şartın, ihlal halinde menfaatlerinin zarara uğraması riski ile dengelenmektedir. Bu halde kanaatimizce TBK m. 420/1 hükmüyle amaçlanan cezai şartın karşılıklı olması ilkesi yerine getirilmiş olmaktadır. Bu halde işçinin sözleşme ile üstlendiği gizli tutma yükümlülüğünün gerçekten sır niteliğinde olması halinde cezai şartın geçerliliği de kabul edilmelidir.

Bundan hareketle sır saklama yükümlülüğü getiren sözleşmelerde işveren bakımından cezai şart kararlaştırılmamış olması sebebiyle hükümsüzlük kararı veren Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına katılmıyoruz. İnceleme konusu yaptığımız kararda yer alan “İşyerine ait bilgileri koruma, sır saklama, işçinin işverene karşı sadakat yükümlülüğü kapsamında olup buna aykırı davranışa ilişkin cezai şartın karşılıklı düzenlenmesi düşünülemez.” ifadesine katılıyoruz.

Yani, burada getirilecek bir ceza koşulunun sadece işçi aleyhine bir ceza koşulu olmaması, bunun karşılığında işverenin de bir edim üstlenmiş olması gerekir. Kanun'da bu yorumun aksinin kabulünü gerektirecek hiç bir hüküm yoktur. TBK'nın 393 ilâ 447. maddelerinin tamamı hizmet sözleşmelerini düzenleyen maddelerdir. Sözleşmedeki bir hükmün, sözleşme sona erdikten sonra hüküm ifade edecek olması, o hükmün sözleşmenin bir maddesi olmadığı, başka bir sözleşme olduğu anlamına gelmez. Taraflar arasındaki rekabet yasağı içeren sözleşme 446. maddedeki yasal sınırlar içinde geçerli bir anlaşma olsa bile, buna bağlanan tek taraflı ceza koşulu hükümsüz olur. Buradaki hükümsüzlük, TBK'nın 27/2. maddesi anlamında kısmî hükümsüzlüktür. Yani, hizmet sözleşmesi ve rekabet yasağı anlaşması geçerli olacak, sadece tek taraflı ceza koşulu içeren sözleşme maddeleri hükümsüz olacaktır. Bu durumda, işveren, rekabet yasağını ihlal eden işçiden ceza koşulunu isteyemeyecektir.” (www.lexpera.com). Aynı daire başka bir kararında ise “olayımızda, işçinin rekabet yasağı karşılığında, işverenin herhangi bir karşı edim üstlenmediği anlaşılmaktadır. TBK'nın 420/1.maddesi uyarınca, hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir. Burada söz konusu olan kısmi geçersizlik olup sadece ceza koşulu geçersizdir.” ifadesine yer vermiştir (BAM, İst. 14. Hukuk Dairesi, 17.01.2019, E. 2018/658, K. 2019/75, www.lexpera.com). Sözleşmede karşı edim kararlaştırılmamasının rekabet yasağı sözleşmesini geçersiz hale getirmeyeceği yönünde, Özkaraca, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim”, 353; Özkaraca, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Öngörülen Tek Taraflı Cezai Şartın Geçerliliği”, 4.

³⁷ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 14. Hukuk Dairesi, 09.02.2018, E. 2017/1111, K. 2018/113, (www.lexpera.com).

³⁸ Rekabet yasağından doğan cezai şart talebine ilişkin Ankara 20. Hukuk Dairesi, iş ilişkisinin sona ermesinden sonraki dönem için rekabet yasağı sözleşmelerinde kararlaştırılan ceza koşulunun karşılıklı olmasının gerekmediğinden hareketle sonuca ulaşmıştır. Karara ilişkin olarak, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, 20. Hukuk Dairesi, 23.09.2021, E. 2019/1789, K. 2021/1107, (www.lexpera.com). Kararda yer alan bu ifade, mahkemenin iş ilişkisinden doğan sır saklama ve rekabet etmeme borçları bakımından TBK m. 420/1 hükmünün uygulanacağı görüşünde olduğunu işaret etmektedir.

Kaynakça

- Alpagut, Gülsevil. "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler." *Sicil İHD* 25 (2012).
- Arıcı, Kadir. "Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (Haziran 1997).
- Arslan Ertürk, Arzu. *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010.
- Başbuğ, Aydın. "Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim." *Kamu-İş* 7, no. 2 (2003).
- Baycık, Gaye. "İş Hukukunda Cezai Şart". *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II*. İstanbul: Koç Üniversitesi, 2018.
- Bentele, R. *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*. Diss. Freiburg, 1994.
- Bucher, E. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht*. 2. Aufl. Zürich: Schulthess Verlag, 1988.
- Buz, Vedat. "Genel Olarak Cezai Şart." *İş Hukukunda Güncel Sorunlar*. İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2012.
- Demircioğlu, Murat. "İş Hukukunda Cezai Şart." *Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan*, Cilt I. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010.
- Doğan Yenisey, Kübra. "İş Hukukunda Cezai Şart." *İş Hukukunda Güncel Sorunlar*. İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2012.
- Ekinci, Hüseyin. *Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Ekmekçi, Ömer. "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine." *Mess Mercek Dergisi* (Temmuz 2005).
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 26. Baskı. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Erman, Walter. *Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar*. 14. Auflage. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014.
- Gauch, Peter, Walter Schlupe, Jörg Schmid, ve Heinz Rey. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: ohne außervertragliches Haftpflichtrecht*. 7. Aufl. Zürich: Schulthess Verlag, 1998.
- Günay, Cevdet İlhan. *Cezai Şart*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Hatemi, Hüseyin - Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. 5. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Karagöz, Veli. *İş Hukukunda Cezai Şart*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Keller, Max - Christian Schöbi. *Allgemeine Lehren des Vertragsrechts: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I*. 3. Aufl. Basel/Frankfurt: Helbing & Lichtenhahn, 1988.
- Keser, Hakan. "İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme." *Sicil İHD* 5 (2016).
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 28. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2024.
- Kocaağa, Köksal. *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK. m. 158-161)*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2003.
- Koller, Alfred. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht*. 16. Aufl. Bern: Stämpfli Verlag, 2023.
- Kreitner, Jochen. *Arbeitsrecht-Lohnsteuerrecht-Sozial Versicherungsrecht*. 24. Vollständig neubearbeitete Auflage. München: C. H. Beck Verlag, 2017.
- Lohr, Martin. "Vertragsstrafen im Arbeitsverhältnis." *MDR* 8 (2000).
- MüKoBGB/Gottwald. *Münchener Kommentar zum BGB*. 10. Aufl. München: C. H. Beck Verlag, 2024.

- Müller-Glöge, Rudi vd. *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*. Beckische-Kurz-Kommentare Band 51, 24. Auflage. München: C. H. Beck Verlag, 2024.
- Nomer, Haluk. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*. Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 18. Bası. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Oğuzman, Kemal - Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1-2*. Gözden Geçirilmiş 13. Bası. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015.
- OR-Ehrat. *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I*. Hrsg. von Honsell/Vogt/Wiegand. 6. Aufl. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015.
- Özdemir, Erdem. "Eğitim Giderlerinin İşçiden Geri İstenebilmesi Konusundaki Temel Esaslara İlişkin Bir Karar İncelemesi." *Sicil İHD* 14 (Haziran 2009).
- Özdemir, Erdem. "İş Hukukunda Cezai Şart." *AÜEFHD* IX, no. 3-4 (2005).
- Özdemir, Erdem. "Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri ve 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi." *Çalışma Mevzuatı Semineri*. Antalya, 26-30 Eylül 2012.
- Özkaraca, Ercüment. "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim." *Prof. Dr. Turhan Esener 3. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, 19-20 Nisan 2018. İstanbul, 2021.
- Özkaraca, Ercüment. "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Öngörülen Tek Taraflı Cezai Şartın Geçerliliği (Karar İncelemesi)." *Tekstil İşveren Dergisi Hukuk Eki*, no. 136 (Ekim-Kasım-Aralık 2021).
- Palandt, Otto. *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*. 80. Auflage. München: C. H. Beck Verlag, 2021.
- Reck, Rudolf M. *Lohnrückbehalt, Kautiön und Konventionalstrafe im schweizerischen Arbeitsrecht*. Zürich: ADAG Administration & Druck AG, 1983.
- Richardi, Reinhard. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse*. 16. Bearbeitung. Berlin: Sellier/ de Gruyter, 2020.
- Saymen, Ferit Hakkı - Halid Kemal Elbir. *Borçlar Hukuku Dersleri: Umumi Hükümler*. Cilt 1. İstanbul: İsmail Akkün Matbaası, 1958.
- Schellhammer, Kurt. *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen: Gesamt BGB Allgemeiner Teil*. 11. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2021.
- Schliemann, Harald. *Das Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar*. 12. Neubearbeitete Auflage. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 2002.
- Schoch, Walter. *Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht*. Bern: Stämpfli & Cie, 1935.
- Soyer, Polar. *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1994.
- Soyer, Polat. "Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu." *Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000.
- Staehelin, Adrian. *Zürcher Kommentar Band/Nr. V /2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht*. Völlig neu bearbeitete 4. Aufl. Basel: Schulthess Verlag, 2006.
- Şahlanan, Fevzi. "İş Sözleşmelerine Konulan Cezai Şart (Karar İncelemesi)." *Tekstil İşveren Dergisi Hukuk Eki*, no. 121 (Temmuz-Ağustos 2018).
- Tekinay, Selahattin Sulhi vd. *Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*. Gözden Geçirilmiş 7. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Hukukunda Cezai Şart*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1963.

Uşan, Fatih. *İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

von Tuhr, Andreas - Escher, Arnold. *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht*. Bd. II. 3. Aufl. Zürich: Duncker & Humblot, 1979.

Yayvak Namlı, İrem. *İş Hukukunda Cezai Şart*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.