

# PERIODICUM IURIS

*Cilt / Volume: 3 Sayı / Issue: 1 Yıl / Year: 2025 ISSN: 2980-0889 e-ISSN: 2980-0625*



*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi*



# PERIODICUM IURIS

Dergimiz, Hein Online, EuroPub, Directory of Research Journals Indexing (DRJI), the Directory of Open Access scholarly Resources (ROAD), WorldCat, the Global Index for Continuing Resources'ta taranmaktadır.

*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi*

*Cilt/Volume: 3 Sayı/Issue: 1 Yıl/Year: 2025  
ISSN: 2980-0889 e-ISSN: 2980-0625*









## Yayın Sahibi ve Temsilcisi

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi  
Prof. Dr. Kamil Çolak

## Sorumlu Müdür

Prof. Dr. Alpay Hekimler

## Baş Editör

Prof. Dr. Kemal Şenocak

## Editörler

Prof. Dr. Alpay Hekimler  
Doç. Dr. Ufuk Tekin  
Doç. Dr. H. Tolunay Ozanemre Yayla

## Editör Yardımcıları

Dr. Öğ. Üyesi Burcu Erdinç Tavil  
Dr. Öğr. Üyesi Ulaş Karadağ  
Dr. Öğr. Üyesi Beyza Özturanlı Şanda

## Tasarım

Prof. Dr. Şirin Şengel  
Arş. Gör. Safa Akalay

### İletişim

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Meşelik Kampüsü Büyükdere Mahallesi Prof. Dr. Nabi Avcı  
Bulvarı No: 4 Odunpazarı/Eskişehir

+90 (222) 239 3750/4711

periodicumius@gmail.com





## **Publisher and Representative**

Eskişehir Osmangazi University

Prof. Dr. Kamil Çolak

## **Managing Director**

Prof. Dr. Alpay Hekimler

## **Editor-In-Chief**

Prof. Dr. Kemal Şenocak

## **Editors**

Prof. Dr. Alpay Hekimler

Assoc. Prof. Dr. Ufuk Tekin

Assoc. Prof. Dr. H. Tolunay Ozanemre Yayla

## **Co-Editors**

Asst. Prof. Dr. Burcu Erdiñç Tavil

Asst. Prof. Dr. Ulaş Karadağ

Asst. Prof. Dr. Beyza Özturanlı Şanda

## **Design**

Prof. Dr. Şirin Şengel

Res. Asst. Safa Akalay

### **Contact**

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Meşelik Kampüsü Büyükdere Mahallesi Prof. Dr. Nabi Avcı

Bulvarı No: 4 Odunpazarı/Eskişehir

+90 (222) 239 3750/4711

periodicumius@gmail.com



---

## Yayın Kurulu

---

**Prof. Dr. Mustafa Aksu**

• [aksum@istanbul.edu.tr](mailto:aksum@istanbul.edu.tr), İstanbul University

**Prof. Dr. Ali Cem Budak**

• [acbudak@ticaret.edu.tr](mailto:acbudak@ticaret.edu.tr), İstanbul Commerce University

**Prof. Dr. Hayrettin Çağlar**

• [hayrettin.caglar@hbu.edu.tr](mailto:hayrettin.caglar@hbu.edu.tr), Ankara Hacı Bayram Veli University

**Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi**

• [goztepe@bilkent.edu.tr](mailto:goztepe@bilkent.edu.tr), Bilkent University

**Prof. Dr. Marc Engelhart**

• [marc.engelhart@hm.edu](mailto:marc.engelhart@hm.edu), Universität München

**Prof. Dr. Alpay Hekimler**

• [alpay.hekimler@ogu.edu.tr](mailto:alpay.hekimler@ogu.edu.tr), Eskisehir Osmangazi University

**Prof. Dr. Osman İsfen**

• [osman.isfen@fernuni-hagen.de](mailto:osman.isfen@fernuni-hagen.de), Fernuniversität

**Prof. Dr. Olivier Leclerc**

• [olivier.leclerc@univ-st-etienne.fr](mailto:olivier.leclerc@univ-st-etienne.fr), Universités Jean Monnet et Lyon 2

**Doç. Dr. Roberta Marini**

• [roberta.marini@uniroma2.it](mailto:roberta.marini@uniroma2.it), Università degli Studi di Roma Tor Vergata

**Prof. Dr. Ahmet Mumcu**

• [ahmet.mumcu@ufuk.edu.tr](mailto:ahmet.mumcu@ufuk.edu.tr), Ufuk University

**Prof. Dr. Seldağ Güneş Peschke**

• [speschke@ybu.edu.tr](mailto:speschke@ybu.edu.tr), Ankara Hacı Bayram Veli University

**Prof. Dr. Margherita Paola Poto**

• [margherita.p.poto@uit.no](mailto:margherita.p.poto@uit.no), The Arctic University of Norway

**Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu**

• [bilgint@bilkent.edu.tr](mailto:bilgint@bilkent.edu.tr), Bilkent University

**Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü**

• [tutuncu@istanbul.edu.tr](mailto:tutuncu@istanbul.edu.tr), İstanbul University

**Prof. Dr. Oktay Uygun**

• [oktay.uygun@yeditepe.edu.tr](mailto:oktay.uygun@yeditepe.edu.tr), Yeditepe University

**Prof. Dr. Gülriz Uygur**

• [guygur@ankara.edu.tr](mailto:guygur@ankara.edu.tr), Ankara University

**Prof. Dr. Ali Yarayan**

• [yarayan@yarayan.com](mailto:yarayan@yarayan.com), Nurnberg Universitat



---

## Danışma Kurulu

---

**Prof. Dr. Şebnem Akipek** • *Ted Üniversitesi*

**Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Jörg Albrecht** • *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law*

**Prof. Dr. Lorena Bachmaier** • *Universidad Complutense*

**Prof. Dr. Başak Baysal** • *Kadir Has Üniversitesi*

**Doç. Dr. Salvatore Cristaldi** • *Università degli Studi di Enna- "Kore"*

**Assist. Prof. Hossein Gholami** • *Allameh Tabatabai University*

**Dr. Christos Kypraios** • *Oxford University, Bonovero Institute, Research Manager*

**Prof. Dr. Susana Sánchez Ferro** • *Universidad Autónoma de Madrid*

**Dr. Michael Kilchling** • *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Senior researcher*

**Dr. Turkan Ertuna Lagrand** • *Erasmus University School of Social and Behavioural Science, Senior Lecturer*

**Assist. Prof. Firouz Mahmoudi** • *University of Tehran*

**Dr. Johanna Rinceanu** • *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Senior Researcher*

**Prof. Dr. Stefano Ruggeri** • *Università di Messina*

**Prof. Dr. Gianluca Ruggiero** • *Università del Piemonte Orientale*

**Dr. Dr. Silvia Tellenbach** • *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Senior Researcher*

**Doz. Dr. iur. Erhan Temel, LL.M.** • *Universität Augsburg*

**Prof. Dr. Salvatore Randazzo** • *Università di LUM-Bari*

**Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel** • *İstanbul Medipol Üniversitesi*

**Prof. Dr. Haluk Nami Nomer** • *İstanbul Üniversitesi*

**Prof. Dr. K. Emre Gökyayla** • *Bahçeşehir Üniversitesi*

**Prof. Dr. Fulya Erlüle** • *Marmara Üniversitesi*

**Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir** • *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi*





## Hakkında

Periodicum Iuris, **uluslararası** ve **hakemli** bir dergidir. Dergide, hukuk ve hukukla ilişkili alanlarda yazılmış, yerel ve evrensel literatüre yenilik katmak amacıyla olan, orijinal ve bilimsel çalışmalara yer verilir. Dergimiz, ocak ve temmuz aylarında olmak üzere yılda iki (2) sayı olarak elektronik ve basılı şekilde yayımlanır.

Dergiye gönderilen tüm çalışmalar, gerekli hâllerde yayın kurulunun da görüşü alınmak suretiyle Dergi Editoryası tarafından ön incelemeye tabi tutulur. Derginin bilimsel yayıncılık standartları gereğince uygun bulunduğu makaleler ancak bu süreçten sonra hakem incelemesine gönderilir.

## Etik İlkeler

Periodicum Iuris'te takip edilen makale kabul ve yayın süreçleri, bilginin tarafsız ve saygın bir şekilde gelişimine ve dağıtımına temel teşkil etmektedir. Bu doğrultuda uygulanan süreçler, yazarların ve yazarları destekleyen kurumların çalışmalarının kalitesine doğrudan yansımaktadır. Hakemli çalışmalar bilimsel yöntemi somutlaştıran ve destekleyen çalışmalardır. Bu noktada sürecin bütün paydaşlarının (yazarlar, okurlar ve araştırmacılar, yayıncı, hakemler ve editörler) etik ilkelere yönelik standartlara uyması önem taşımaktadır. Derginin yayın etiği kapsamında tüm paydaşlarının aşağıdaki etik sorumlulukları taşıması beklenmektedir. Aşağıda yer alan etik görev ve sorumluluklar oluşturulurken açık erişim olarak Committee on Publication Ethics (COPE) tarafından yayımlanan rehberler ve politikalar dikkate alınmıştır.

### Yazarların Etik Sorumlulukları

Dergiye makale gönderen yazar(lar)ın aşağıdaki etik sorumluluklara uyması beklenmektedir:

- Yazar(lar)ın gönderdikleri çalışmaların özgün olması, yazar(lar)ın başka çalışmalardan yararlanması veya başka çalışmaları kullanmaları durumunda eksiksiz ve doğru bir biçimde atıfta bulunmaları ve/veya alıntı yapmaları gerekmektedir. Ayrıca yazar(lar) kör atıftan da kaçınılmalıdır. Makaleler, derginin belirlemiş olduğu yazım kuralları ve kaynak gösterme biçimlerine uygun olarak hazırlanmalıdır. Bu çerçevede yazar(lar)ın gönderdikleri çalışmalar intihal, sahtecilik, çarpıtma gibi etik ihlallerden arınmış olmalı ve Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'ne uygun olmalıdır.
- Makalenin yazar(lar)ı eksiksiz ve doğru bir biçimde belirtilmelidir. Makalenin yazar(lar)ı olduğu belirtilen tüm kişilerin çalışmaya doğrudan ve "fikri" bir katkısı bulunmalıdır. Fikri katkı sunmadan çalışmaya başka şekillerde destek sağlayan kişilerin isimleri ve sundukları katkının niteliği çalışmada belirtilmelidir.
- Dergiye gönderilen yazılar, daha önce yayımlanmamış ve Periodicum Iuris dışında bir dergiye eş zamanlı olarak yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Daha önce, ulusal ya da uluslararası kongre ya da sempozyumlarda sunulmuş ve özeti yayımlanmış çalışmalar, bu nitelikleri belirtilerek dergiye gönderilebilir.
- Yayımlanmak üzere gönderilen tüm çalışmaların varsa çıkar çatışması teşkil edebilecek durumları ve ilişkileri açıklanmalıdır.
- Yazar(lar)dan değerlendirme süreçleri çerçevesinde makalelerine ilişkin ham veri talep edilebilir, böyle bir durumda yazar(lar) beklenen veri ve bilgileri editörler kurulu ve bilim kuruluna sunmaya hazır olmalıdır.
- Yazar(lar) kullanılan verilerin kullanım haklarına, araştırma/analizlerle ilgili gerekli izinlere sahip olduğuna veya deney yapılan deneklere yönelik izin prosedürlerini gerçekleştirdiğini gösteren belgeye sahip olmalıdır.
- Yazar(lar)ın yayımlanmış, erken görünüm veya değerlendirme aşamasındaki çalışmasıyla ilgili bir yanlış ya da hatayı fark etmesi durumunda, dergi editörünü veya yayıncıyı bilgilendirme, düzeltme veya geri çekme işlemlerinde editörle iş birliği yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.
- Yazarlar çalışmalarını aynı anda birden fazla derginin başvuru sürecinde bulunduramaz. Her bir başvuru, önceki başvurunun tamamlanmasını takiben başlatılabilir. Başka bir dergide yayımlanmış çalışma Periodicum Iuris'e gönderilemez.
- Değerlendirme süreci başlamış bir çalışmanın yazar sorumluluklarının değiştirilmesi (Yazar ekleme, yazar sırası değiştirme, yazar çıkartma gibi) teklif edilemez.

Etik kurallar çerçevesinde; dergide değerlendirilmesi için Etik Kurul İzni gerektiren araştırmalar aşağıdaki gibidir:

- Anket, mülakat, odak grup çalışması, gözlem, deney, görüşme teknikleri kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel ya da nicel yaklaşımlarla yürütülen her türlü araştırmalar,
- İnsan ve hayvanların (materyal/veriler dahil) deneysel ya da diğer bilimsel amaçlarla kullanılması,
- İnsanlar üzerinde yapılan klinik araştırmalar,

- Hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalar,
  - Kişisel verilerin korunması kanunu gereğince retrospektif çalışmalar.
- Bu çerçevede dergimizde değerlendirmeye alınacak çalışmalarda;
- Olgu sunumlarında "Aydınlatılmış Onam Formu"nun alındığının belirtilmesi,
  - Başkalarına ait ölçek, anket, fotoğrafların kullanımı için sahiplerinden izin alınması ve bunun belirtilmesi,
  - Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

### **Editörün Etik Görev ve Sorumlulukları**

Dergi editöryası, açık erişim olarak Committee on Publication Ethics (COPE) tarafından yayınlanan "COPE Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors" ve "COPE Best Practice Guidelines for Journal Editors" rehberleri temelinde aşağıdaki etik görev ve sorumluluklara sahip olmalıdır:

#### **Genel Görev ve Sorumluluklar**

Editörler, Dergide yayımlanan her yayından sorumludur. Bu sorumluluk bağlamında editörler, aşağıdaki rol ve yükümlülükleri taşımaktadır:

- Okuyucuların ve yazarların bilgi ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik çaba sarf etme,
- Sürekli olarak derginin gelişimini sağlama,
- Dergide yayımlanan çalışmaların kalitesini geliştirmeye yönelik süreçleri yürütme,
- Düşünce özgürlüğünü destekleme,
- Akademik açıdan bütünlüğü sağlama,
- Fikri mülkiyet hakları ve etik standartlardan taviz vermeden iş süreçlerini devam ettirme,
- Düzeltme, açıklama gerektiren konularda yayın açısından açıklık ve şeffaflık gösterme,
- Aldıkları tüm kararlarda tarafsız ve adil davranma,
- Hakemlik veya yayın sürecine dair yaşanabilecek aksaklıkların önüne geçilebilmesi için gerekli koordinasyonu sağlama.

#### **Okuyucu ile İlişkiler**

- Editörler; tüm okuyucu, araştırmacı ve uygulayıcıların ihtiyaç duydukları bilgi, beceri ve deneyim beklentilerini dikkate alarak karar vermelidir.
- Yayımlanan çalışmaların okuyucuya, araştırmacıya, uygulayıcıya ve onların bilimsel alanlarına katkı sağlamasına ve özgün nitelikte olmasına dikkat etmelidir.
- Ayrıca editörler okuyucu, araştırmacı ve uygulayıcılardan gelen geri bildirimleri dikkate almak, açıklayıcı ve bilgilendirici geri bildirim vermekle yükümlüdür.

#### **Yazarlar ile İlişkiler**

Editörlerin yazarlara karşı görev ve sorumlulukları aşağıdaki şekildedir:

- Editörler, çalışmaların önemi, özgün değeri, geçerliliği, anlatımın açıklığı ve derginin amaç ve hedeflerine dayanarak olumlu ya da olumsuz karar vermelidir.
- Yayın kapsamına uygun olan çalışmaları haklı bir gerekçe olmadığı sürece ön değerlendirme aşamasına almalıdır.
- Editörler, çalışma ile ilgili haklı bir gerekçe olmadıkça, olumlu yöndeki hakem önerilerini göz ardı etmemelidir.
- Yeni editörler, çalışmalara yönelik olarak önceki editör(ler) tarafından verilen kararları haklı bir gerekçe olmadıkça değiştirmemelidir.
- "Görmez Hakemlik ve Değerlendirme Süreci" mutlaka yayımlanmalı ve editörler tanımlanan süreçlerde yaşanabilecek sapmaların önüne geçmelidir.
- Editörler yazarlar tarafından kendilerinden beklenecek her konuyu ayrıntılı olarak içeren bir "Yazar Rehberi" yayımlamalıdır. Bu rehberler belirli zaman aralıklarında güncellenmelidir.
- Yazarlara açıklayıcı ve bilgilendirici şekilde bildirim ve dönüş sağlanmalıdır.
- Yazarların hassas kişisel verileri ayrımcılık unsuru olarak kullanılmamalıdır.
- İntihal, sahtecilik, çarpıtma gibi araştırma usulsüzlüğünün meydana geldiği çalışma tespit edilmeli ve bunun yayımlanmasını önlemek için gereken tedbirler alınmalıdır. Hiçbir koşulda bu tür usulsüzlükler teşvik edilmemeli veya kasıtlı olarak bu tür usulsüzlüklerin gerçekleşmesine izin verilmemelidir.

#### **Hakemler ile İlişkiler**

Editörlerin hakemlere karşı görev ve sorumlulukları aşağıdaki şekildedir:

- Hakemleri çalışmanın konusuna uygun olarak belirlemelidir.
- Hakemlerin değerlendirme aşamasında ihtiyaç duyacakları bilgi ve rehberleri sağlamakla yükümlüdür.
- Yazarlar ve hakemler arasında çıkar çatışması olup olmadığını gözetmek durumundadır.
- Görmez hakemlik bağlamında hakemlerin kimlik bilgilerini gizli tutmalıdır.
- Hakemleri tarafsız, bilimsel ve nesnel bir dille çalışmayı değerlendirmeleri için teşvik etmelidir.

- Hakemleri zamanında dönüş ve performans gibi ölçütlerle değerlendirmelidir.
- Hakemlerin performansını artırıcı uygulama ve politikalar belirlemelidir.
- Hakem havuzunun sürekli ve dinamik şekilde güncellenmesi konusunda gerekli adımları atmalıdır.
- Nezaketsiz ve bilimsel olmayan değerlendirmeleri engellemelidir.
- Hakem havuzunun geniş bir yelpazeden oluşması için adımlar atmalıdır.

#### ***Danışma Kurulu ile İlişkiler***

- Editör, tüm danışma kurulu üyelerinin süreçleri yayın politikaları ve yönergelere uygun ilerletmesini sağlamalıdır.
- Danışma kurulu üyelerini yayın politikaları hakkında bilgilendirmeli ve gelişmelerden haberdar etmelidir.
- Danışma kurulu üyelerinin çalışmaları tarafsız ve bağımsız olarak değerlendirmelerini sağlamalıdır.
- Yeni danışma kurulu üyelerini, katkı sağlayabilir ve uygun nitelikte belirlemelidir.
- Danışma kurulu üyelerinin uzmanlık alanına uygun çalışmaları değerlendirme için göndermelidir.
- Danışma kurulu ile düzenli olarak etkileşim içerisinde olmalıdır.
- Danışma kurulu ile belirli aralıklarla yayın politikalarının ve derginin gelişimi için toplantılar düzenlemelidir.

#### ***Dergi Sahibi ve Yayıncı ile İlişkiler***

Editörler (baş editör ve bölüm editörleri) ve yayıncı arasındaki ilişki editöryal bağımsızlık ilkesine dayanmaktadır. Editörler ile yayıncı arasında yapılan yazılı sözleşme gereği, editörlerin alacağı tüm kararlar yayıncı ve dergi sahibinden bağımsızdır.

#### ***Editör ve Görmez Hakemlik Süreçleri***

Editörler; dergi yayın politikalarında yer alan "Görmez Hakemlik ve Değerlendirme Süreci" politikalarını uygulamakla yükümlüdür. Bu bağlamda editörler her çalışmanın adil, tarafsız ve zamanında değerlendirme sürecinin tamamlanmasını sağlar.

#### ***Kalite Güvencesi***

Editörler; dergide yayımlanan her makalenin, dergi yayın politikaları ve uluslararası standartlara uygun olarak yayımlanmasından sorumludur.

#### ***Kişisel Verilerin Korunması***

Editörler; değerlendirilen çalışmalarda yer alan kişilere, deneklere veya görsellere ilişkin kişisel verilerin korunmasını sağlamakla yükümlüdür. Çalışmalarda kullanılan kişilerin açık rızası belgeli olmadığı sürece çalışmayı reddetmekle görevlidir. Ayrıca editörler; yazar, hakem ve okuyucuların kişisel verilerini korumakla yükümlüdür.

#### ***Etik Kurul, İnsan ve Hayvan Hakları***

Editörler; değerlendirilen çalışmalarda insan ve hayvan haklarının korunmasını sağlamakla yükümlüdür. Çalışmalarda kullanılan deneklere ilişkin etik kurul onayı, deneysel araştırmalara ilişkin izinlerin olmadığı durumlarda çalışmayı reddetmekle yükümlüdür.

#### ***Olası Suiistimal ve Görevi Kötüye Kullanmaya Karşı Önlem***

Editörler; olası suiistimal ve görevi kötüye kullanma işlemlerine karşı önlem almakla yükümlüdür. Bu duruma yönelik şikâyetlerin belirlenmesi ve değerlendirilmesi konusunda titiz ve nesnel bir soruşturma yapmanın yanı sıra, konuyla ilgili bulguların paylaşılması editörün sorumlulukları arasında yer almaktadır.

#### ***Akademik Yayın Bütünlüğünü Sağlamak***

Editörler çalışmalarda yer alan hata, tutarsızlık ya da yanlış yönlendirme içeren yargıların hızlı bir şekilde düzeltilmesini sağlamalıdır.

#### ***Fikri Mülkiyet Haklarının Korunması***

Editörler; yayımlanan tüm makalelerin fikri mülkiyet hakkını korumakla, olası ihlallerde derginin ve yazar(lar)ın haklarını savunmakla yükümlüdür.

Ayrıca editörler yayımlanan tüm makalelerdeki içeriklerin başka yayınların fikri mülkiyet haklarını ihlal etmemesi adına gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

#### ***Yapıcılık ve Tartışmaya Açıklık***

Editörler; Dergide yayımlanan eserlere ilişkin ikna edici eleştirileri dikkate almalı ve bu eleştirilere yönelik yapıcı bir tutum sergilemelidir.

Eleştirilen çalışmaların yazar(lar)ına cevap hakkı tanınmalıdır.

Olumsuz sonuçlar içeren çalışmaları göz ardı etmemeli ya da dışlamamalıdır.

#### ***Şikâyetler***

Editörler; yazar, hakem veya okuyuculardan gelen şikâyetleri dikkatlice inceleyerek bunlara aydınlatıcı ve açıklayıcı bir şekilde yanıt vermekle yükümlüdür.

## **Politik ve Ticari Kaygılar**

Dergi sahibi, yayıncı ve diğer hiçbir politik ve ticari unsur, editörlerin bağımsız karar almalarını etkilemez.

## **Çıkar Çatışmaları**

Editörler; yazar(lar), hakemler ve diğer editörler arasındaki çıkar çatışmalarını göz önünde bulundurarak, çalışmaların yayın sürecinin bağımsız ve tarafsız bir şekilde tamamlamasını garanti eder.

## **Hakemlerin Etik Sorumlulukları**

Tüm çalışmaların "Görmez Hakemlik" ile değerlendirilmesi yayın kalitesini doğrudan etkilemektedir. Bu süreç yayının nesnel ve bağımsız değerlendirilmesi ile güven sağlar. Dergi değerlendirme süreci çift taraflı görmez hakemlik ilkesiyle yürütülür. Hakemler yazarlar ile doğrudan iletişime geçemez, değerlendirme ve yorumlar dergi yönetim sistemi aracılığıyla iletilir. Bu süreçte değerlendirme formları ve tam metinler üzerindeki hakem yorumları editör aracılığıyla yazar(lar)a iletilir. Bu bağlamda Periodicum Iuris için çalışma değerlendiren hakemlerin aşağıdaki etik sorumluluklara sahip olması beklenmektedir:

- Hakemlik davetini kabul edip etmediğini makul bir süre içerisinde editöre bildirmelidir. Nitekim bu durum, yayın sürecinin gereksiz yere uzamasını engellemek açısından önem arz etmektedir.
- Sadece uzmanlık alanı ile ilgili çalışmaları değerlendirmeyi kabul etmelidir.
- Tarafsızlık ve gizlilik içerisinde değerlendirme yapmalıdır.
- Değerlendirme sürecinde çıkar çatışması ile karşı karşıya olduğunu düşünürse, çalışmayı incelemeyi reddederek, dergi editörünü bilgilendirmelidir.
- İlgili çalışmayı değerlendirmede kendini yetersiz hissettiğinde veya değerlendirmeyi verilen sürede tamamlamasının mümkün olamayacağını tespit ettiğinde; bu yöndeki tespitlerini dergi editörü ile paylaşmalı, gerekirse hakem değerlendirme sürecinden çekilmelidir.
- Gizlilik ilkesi gereği inceledikleri çalışmaları değerlendirme sürecinden sonra imha etmelidir. İnceledikleri çalışmaların sadece nihai versiyonlarını ancak yayımlandıktan sonra kullanabilir. Bu çerçevede hakem, değerlendirme sürecinde elde ettiği bilgileri kendisi veya bir başkası yararına yahut bir kişi veya kurumu avantajlı yahut dezavantajlı duruma düşürmek amacıyla kullanmaz.
- Değerlendirmeyi nesnel bir şekilde sadece çalışmanın içeriği ile ilgili olarak yapmalıdır. Bilimsel nitelik taşımayan değerlendirmelerden kaçınılmalıdır. Milliyet, cinsiyet, dini inançlar, siyasal inançlar ve ticari kaygıların değerlendirmeye etki etmesine izin vermemelidir. Hakemin sayılan bu hususlara riayet etmediği tespit edildiği takdirde, kendisi ile iletişime geçilir ve yorumunu gözden geçirmesi ve düzeltmesi beklenir.
- Değerlendirmeyi yapıcı ve nazik bir dille yapmalıdır. Görüşlerini öneriler ile desteklemelidir. Düşmanlık, iftira ve hakaret içeren aşağılayıcı kişisel yorumlar yapmamalıdır.
- Değerlendirmeyi kabul ettikleri çalışmayı zamanında ve yukarıdaki etik sorumluluklarda gerçekleştirmelidir.
- Hakem, değerlendirdiği çalışma kapsamında telif hakkı ihlali ve intihalden haberdar olduğu veya bu durumdan şüphelendiği takdirde gecikmeksizin editöre durumu bildirmelidir.

## **Yayıncının Etik Sorumlulukları**

Dergiye gönderilen tüm makaleler gönderim sırasında intihal programı tarafından (iThenticate (<http://www.ithenticate.com/>), Turnitin (<https://www.turnitin.com/>) vb.) taranmaktadır. Benzerlik oranının dipnotlar, alıntılar ve kaynakça hariç olmak üzere %20'den az olması gereklidir. Bu oranı aşan makaleler ayrıntılı olarak incelenir ve gerekli görülürse gözden geçirilmesi ya da düzeltilmesi için yazarlara geri gönderilir. İntihal ya da etik dışı davranışlar tespit edilirse yayımlanması reddedilir. Ancak lisansüstü tezlerden türetilen makalelerle ilgili olarak söz konusu oranın aranmaması konusunda dergi editöryasının takdir yetkisi bulunmaktadır.

Derginin yayıncısı olan Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Baş Editör dergiyle ilgili aşağıdaki etik sorumlulukların bilinciyle hareket etmektedir:

- Dergide yayımlanmış her makalenin mülkiyet ve telif hakkını korur ve yayımlanmış her kopyanın kaydını saklama yükümlüğünü üstlenir.
- Editörlere ilişkin her türlü bilimsel suiistimal, atıf çeteciliği ve intihalle ilgili önlemleri alma sorumluluğuna sahiptir.

## **Etik Olmayan Bir Durumla Karşılaşılması Durumu**

Dergide yukarıda bahsedilen etik sorumluluklar dışında etik olmayan bir davranış veya içerikle karşılaşırsanız lütfen [periodicum@iuris@gmail.com](mailto:periodicum@iuris@gmail.com) adresine e-posta yoluyla bildiriniz.

## Yayın Politikası

- Periodicum luris, uluslararası ve hakemli bir dergidir. Ocak ve temmuz aylarında olmak üzere yılda iki (2) sayı olarak elektronik ve basılı şekilde yayımlanır. Dergide, hukuk ve hukukla ilişkili alanlarda Türkçe, İngilizce, Fransızca, İtalyanca ya da Almanca yazılmış, yerel ve evrensel literatüre yenilik katmak amacıyla olan, orijinal ve bilimsel çalışmalara yer verilir.
- Dergide yer alabilecek türdeki çalışmalar; araştırma makalesi, derleme makale, çeviri, yorum, teknik not, kitap değerlendirmesi türleridir.
- Dergiye gönderilen tüm çalışmalar, gerekli hallerde yayın kurulunun da görüşü alınmak suretiyle Dergi Editoryası tarafından bir ön incelemeye tabi tutulur. Dergiye gönderilen makaleler öncelikle şekil ve içerik yönünden ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Şekil şartlarının ve gönderim sürecinin derginin koşullarına uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunlara uymayan çalışmalar editoryal redde tabidir. Derginin bilimsel yayıncılık standartları gereğince uygun bulunduğu makaleler ancak bu süreçten sonra hakem incelemesine gönderilir. Bu konudaki ön eleme ve nihai karar, yayın kurulunun da görüşünü alacak olan Dergi Editoryasının tasarrufundadır. Dergiye sunulan makaleler için hakemlik sürecine alınacağı garantisizdir. Buna ek olarak, makalelerin değerlendirme süresi için tarih verilmemektedir.
- Dergi, hakem sürecine kabul edilen çalışmalarını en az iki 'görmez' hakeme yönlendirir. Hakem raporları arasında çatışma olması ve editörlerin gerekli gördüğü diğer durumlarda bir üçüncü hakem değerlendirmesine başvurulur. Hakem seçim ve süreci konusundaki her türlü yetki ve karar, editörlerin tasarrufundadır. Hakemlerin çalışmanın dahil olduğu uzmanlık alanına ve yayının dil koşuluna göre tayin edilmesi esastır. Hakemler kendilerine gönderilen eserleri, hakemler için düzenlenmiş esasları ele alan COPE ilkeleri doğrultusunda değerlendirir. (<https://doi.org/10.24318/cope.2019.1.9>)
- Değerlendirilmeye alınması istenen çalışmaların hangi sayı için uygun bulunabileceği, gönderim tarihleri esas alınmak üzere, hakem değerlendirmesinden gelecek sonuca göre şekillenir.
- Dergiye gönderilen çalışmalar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış ya da eş zamanlı olarak başka dergilere yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar bu konuya ilişkin taahhüt formunu çalışmasıyla birlikte dergiye iletmekle yükümlüdür.
- Hakem değerlendirmesinde olan ve bu süreci tamamlamış olan çalışmaların, bu süreçten sonra yazar tarafından geri çekilmesinin imkânı yoktur. Kendisine tanınan süre içinde gerekli değişiklikleri yapmayı reddeden yazarların çalışmalarına ret işlemi uygulanır.
- Dergi, her yayın döneminde ancak yeterli nitelikte bulunduğu sayıdaki çalışmayı yayımlar. Bu konudaki takdir Dergi Editoryasındadır.
- Yazarlar tarafından ya da ilişkide oldukları üçüncü kişiler tarafından hakem seçimleri ve hakemlik sürecine yönelik yapılabilecek müdahalelerin ve anonimliği gölgeleyecek davranışların saptanması halinde, çalışmalar hangi aşamada olduğuna bakılmaksızın dergi yönetimi tarafından reddedilir.

## Ücret Politikası

Hiçbir ad altında yazar veya kurumundan ücret alınmaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Hakemlere de herhangi bir ödemedede bulunulmaz.



---

# Periodicum Iuris

---

## About

Periodicum Iuris is an **international** and **peer-reviewed** journal. The journal includes original and scientific studies written in the fields of law and law-related fields, aiming to add innovation to the local and universal literature. Our journal is published in two (2) issues per year, in January and July, in electronic and printed form.

All studies submitted to the journal are subjected to preliminary review by the Editors, if necessary, by taking the opinion of the Editorial Board. Articles deemed appropriate by the journal in accordance with scientific publishing standards are sent for peer review only after this process.

## Ethical Principles

The manuscript acceptance and publication processes followed at Periodicum Iuris are the basis for the impartial and reputable development and dissemination of knowledge. The processes applied in this direction are directly reflected in the quality of the work of the authors and the institutions that support them. Peer-reviewed studies are studies that embody and support the scientific method. At this point, it is important that all stakeholders of the process (authors, readers, researchers, publishers, reviewers, and editors) comply with the standards for ethical principles. Within the scope of the journal's publication ethics, all stakeholders are expected to carry the following ethical responsibilities. Guidelines and policies published by the Committee on Publication Ethics (COPE) as open access were taken into consideration while creating the following ethical duties and responsibilities.

### ***Ethical Responsibilities of Authors***

The author(s) submitting an article to the journal are expected to comply with the following ethical responsibilities:

- The author(s) are required to ensure that the submitted work is original, and if the author(s) utilize other works or use other works, they must give full and correct attribution and/or citation. The author(s) should also avoid blind citation. The manuscripts should be prepared by the journal's drafting rules and referencing formats. Within this framework, the work submitted by the author(s) must comply with the Directive on Scientific Research and Publication Ethics of Higher Education Institutions and must be free from ethical violations such as plagiarism, forgery, distortion.
- The author(s) of the article must be indicated completely and accurately. All persons listed as author(s) of the article must have made a direct and "intellectual" contribution to the study. The names of the persons who provided support to the study in other ways without making an intellectual contribution and the nature of their contribution should be indicated in the study.
- Manuscripts submitted to the journal should not have been previously published and should not have been submitted to a journal other than Periodicum Iuris for simultaneous publication. Studies that have been previously presented at national or international congresses or symposia and whose abstracts have been published can be submitted to the journal by specifying these qualifications.
- All manuscripts submitted for publication should disclose any conflicts of interest and relationships.
- The author(s) may be requested to provide raw data on their manuscripts within the framework of the evaluation processes, in such a case, the author(s) should be ready to present the expected data and information to the editorial board and scientific committee.
- The author(s) should have a document showing that he/she has the rights to use the data used, has the necessary permissions related to the research/analyses, or has carried out the permission procedures for the experimental subjects.
- If the author(s) becomes aware of an inaccuracy or error in the published, early view, or under review manuscript, the author(s) must notify the journal editor or publisher and cooperate with the editor in correcting or withdrawing the manuscript.
- Authors cannot have their work in the submission process of more than one journal at the same time. Each application can be started after the completion of the previous application. Work published in another journal cannot be submitted to Periodicum Iuris.
- It cannot be proposed to change the author responsibilities (such as adding an author, changing the author order, or removing an author) of a study whose evaluation process has started.

Within the framework of ethical rules; researches that require Ethics Committee Permission for evaluation in the journal are as follows:

- All kinds of research conducted with qualitative or quantitative approaches that require data collection from

- participants using surveys, interviews, focus group studies, observations, experiments, interviews,
- Use of humans and animals (including materials/data) for experimental or other scientific purposes,
- Clinical trials in humans,
- Research on animals,
- Retrospective studies by the personal data protection law.

In this context, in the studies to be evaluated in our journal;

- Indication of receipt of the "Informed Consent Form" in case presentations,
- Obtaining permission from the owners for the use of scales, questionnaires, and photographs belonging to others and indicating this,
- For the intellectual and artistic works used, it must be stated that copyright regulations are complied with.

### ***Ethical Duties and Responsibilities of the Editor***

The journal editor should have the following ethical duties and responsibilities based on the "COPE Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors" and "COPE Best Practice Guidelines for Journal Editors" published by the Committee on Publication Ethics (COPE) in open access:

#### ***General Duties and Responsibilities***

The editors are responsible for every publication in the Journal. In the context of this responsibility, the editors have the following roles and obligations:

- To strive to meet the information needs of readers and authors,
- Ensuring the continuous development of the journal,
- Carrying out processes to improve the quality of studies published in the journal,
- Supporting freedom of thought,
- Ensuring academic integrity,
- Maintaining business processes without compromising intellectual property rights and ethical standards,
- Demonstrating openness and transparency in terms of publication in matters requiring correction and clarification,
- Acting impartially and fairly in all decisions they make,
- Ensuring the necessary coordination to prevent any problems that may arise in the reviewing or publication process.

#### ***Relations with Readers***

- Editors should make decisions by taking into account the expectations of knowledge, skills, and experience needed by all readers, researchers, and practitioners.
- They should pay attention that the published studies contribute to the reader, researcher, practitioner, and their scientific fields and that they are original.
- In addition, editors are obliged to take into account the feedback from readers, researchers, and practitioners and to provide explanatory and informative feedback.

#### ***Relations with Authors***

The duties and responsibilities of editors towards authors are as follows:

- Editors should make a positive or negative decision based on the importance, original value, validity, clarity of expression, and the aims and objectives of the journal.
- Unless there is a justifiable reason, they should take the studies that are suitable for the scope of publication to the preliminary evaluation stage.
- Editors should not ignore reviewers' positive recommendations unless there is a justifiable justification for the study.
- New editors should not change the decisions made by the previous editor(s) unless there is a justified justification.
- "Reviewing and Evaluation Process" must be published and editors must prevent deviations that may occur in the defined processes.
- Editors should publish an "Author's Guide" that includes every issue expected from authors in detail. These guidelines should be updated at certain time intervals.
- Authors should be notified and returned in an explanatory and informative manner.
- Sensitive personal data of authors should not be used as an element of discrimination.
- The study in which research irregularities such as plagiarism, forgery, distortion, etc. occur should be identified and necessary measures should be taken to prevent its publication. Under no circumstances should such irregularities be encouraged or deliberately allowed to occur.

#### ***Relations with Reviewers***

The duties and responsibilities of the editors towards the reviewers are as follows:

- Determine the reviewers by the subject of the study.
- They are obliged to provide the information and guidelines that the reviewers will need during the evaluation phase.



- He/she has to observe whether there is a conflict of interest between authors and reviewers.
- He/she should keep the identity information of the reviewer confidential in the context of reviewing.
- Encourage the reviewers to evaluate the manuscript in an impartial, scientific, and objective manner.
- Evaluate reviewers on criteria such as timeliness and performance.
- He/she should determine practices and policies to improve the performance of reviewers.
- Take the necessary steps to ensure that the reviewers pool is continuously and dynamically updated.
- Prevent unkind and unscientific evaluations.
- Take steps to ensure that the reviewer pool consists of a broad spectrum.

### ***Relations with the Advisory Board***

- The editor should ensure that all advisory board members carry out the processes following the publication policies and guidelines.
- The editor should inform the advisory board members about the publication policies and keep them informed of developments.
- Ensure that advisory board members evaluate the work impartially and independently.
- Identify new advisory board members who can contribute and are of appropriate quality.
- Send for evaluation studies appropriate to the expertise of advisory board members.
- Interact regularly with the advisory board.
- Organize periodic meetings with the advisory board for the development of publication policies and the journal.

### ***Relations with the Journal Owner and Publisher***

The relationship between editors (editor-in-chief and section editors) and the publisher is based on the principle of editorial independence. Following the written agreement between the editors and the publisher, all editorial decisions are independent of the publisher and the journal owner.

### ***Editorial and Review Processes***

Editors are obliged to implement the "Blind Reviewing and Evaluation Process" policies in the journal's publication policies. In this context, editors ensure that the evaluation process of each study is completed in a fair, impartial, and timely manner.

### ***Quality Assurance***

Editors are responsible for the publication of each article published in the journal in accordance with the journal's editorial policies and international standards.

### ***Protection of Personal Data***

Editors are obliged to ensure the protection of personal data regarding the people, subjects, or images in the evaluated studies. Unless the explicit consent of the people used in the studies is documented, they are responsible for rejecting the study. Editors are also responsible for protecting the personal data of authors, reviewers, and readers.

### ***Ethics Committee, Human and Animal Rights***

Editors are obliged to ensure the protection of human and animal rights in the evaluated studies. They are obliged to reject the study in the absence of ethics committee approval for the subjects used in the studies and permissions for experimental research.

### ***Precautions Against Possible Abuse and Misconduct***

Editors are obliged to take precautions against possible misconduct and malfeasance. In addition to conducting a rigorous and objective investigation in identifying and evaluating such complaints, it is among the editor's responsibilities to share the relevant findings.

### ***Ensuring Academic Publication Integrity***

Editors should ensure that errors, inconsistencies, or misleading judgments are corrected quickly.

### ***Protection of Intellectual Property Rights***

Editors are responsible for protecting the intellectual property rights of all published articles and defending the rights of the journal and the author(s) in case of possible violations.

In addition, editors are obliged to take the necessary measures to ensure that the contents of all published articles do not violate the intellectual property rights of other publications.

### ***Constructivism and Openness to Discussion***

Editors should take into account the convincing criticisms of the works published in the journal and show a constructive attitude towards these criticisms.

They should give the author(s) of the criticized studies the right to reply.

They should not ignore or exclude studies with negative results.

### **Complaints**

Editors are obliged to carefully examine the complaints received from authors, reviewers, or readers and respond to them in an enlightening and explanatory manner.

### **Political and Commercial Concerns**

The journal owner, publisher, and no other political or commercial considerations influence the independent judgment of the editors.

### **Conflicts of Interest**

The editors guarantee the independent and impartial completion of the publication process, taking into account conflicts of interest between the author(s), reviewers, and other editors.

### **Ethical Responsibilities of Reviewers**

The evaluation of all studies by "Blind Reviewing" directly affects the quality of the publication. This process provides confidence through objective and independent evaluation of the publication. The journal evaluation process is carried out with the principle of bilateral blind reviewing. Reviewers cannot communicate directly with the authors, evaluations, and comments are communicated through the journal management system. In this process, reviewer comments on evaluation forms and full texts are communicated to the author(s) through the editor. In this context, reviewers evaluating manuscripts for *Periodicum Iuris* are expected to have the following ethical responsibilities:

- They should inform the editor within a reasonable period whether or not they accept the invitation to review. Indeed, this is important to prevent unnecessary prolongation of the publication process.
- Agree to evaluate only studies related to his/her field of expertise.
- Evaluate with impartiality and confidentiality.
- If he/she thinks that he/she is faced with a conflict of interest during the evaluation process, he/she should refuse to review the study and inform the journal editor.
- When he/she feels inadequate in evaluating the relevant study or determines that it will not be possible to complete the evaluation within the given time; he/she should share his/her findings in this direction with the journal editor and, if necessary, withdraw from the peer review process.
- Due to the principle of confidentiality, they should destroy the manuscripts they have reviewed after the evaluation process. They can only use the final versions of the studies they have reviewed only after they are published. In this context, the reviewer shall not use the information obtained during the evaluation process for the benefit of himself/herself or someone else, or to advantage or disadvantage a person or institution.
- The evaluation should be made objectively only with respect to the content of the manuscript. Avoid evaluations that are not of a scientific nature. Not allow nationality, gender, religious beliefs, political beliefs and commercial concerns to influence the evaluation. If it is found that the reviewer does not comply with these points, he/she will be contacted and expected to revise and correct his/her comment.
- He/she should conduct the evaluation in a constructive and courteous manner. He/she should support his/her opinions with suggestions. They should not make derogatory personal comments containing hostility, slander and insults.
- They should carry out the work they accept for evaluation on time and with the above ethical responsibilities.
- If the reviewer is aware of or suspects copyright infringement or plagiarism in the manuscript, he/she should notify the editor without delay.

### **Ethical Responsibilities of the Publisher**

All articles submitted to the journal are scanned by a plagiarism program (iThenticate (<http://www.ithenticate.com/>), Turnitin (<https://www.turnitin.com/>), etc.) at the time of submission. The similarity rate must be less than 20%, excluding footnotes, citations and bibliography. Articles exceeding this rate are reviewed in detail and, if deemed necessary, sent back to the authors for revision or correction. If plagiarism or unethical behavior is detected, publication is rejected. However, the editorial board of the journal has the discretion not to require the aforementioned ratio for articles derived from graduate theses.

As the publisher of the journal, Eskişehir Osmangazi University Faculty of Law and the Editor-in-Chief act with the awareness of the following ethical responsibilities regarding the journal:

- It protects the ownership and copyright of every article published in the journal and undertakes the obligation to keep a record of every published copy.
- He/she has the responsibility to take precautions against all forms of scientific misconduct, citation fraud and plagiarism related to editors.

### **In case of an Unethical Situation**

If you encounter any unethical behavior or content in the journal other than the ethical responsibilities mentioned above, please report it via e-mail to [periodicumius@gmail.com](mailto:periodicumius@gmail.com).

## Publication Policy

- Periodicum Iuris is an international and peer-reviewed journal. It is published electronically and in printed form in two (2) issues per year, in January and July. The journal includes original and scientific studies written in Turkish, English, French, Italian or German in the fields of law and law-related fields, which aim to add innovation to the local and universal literature.
- The types of studies that can be included in the journal are research articles, review articles, translations, commentaries, technical notes and book reviews.
- All manuscripts submitted to the journal are subjected to a preliminary review by the Journal Editorial Board, with the opinion of the editorial board if necessary. Articles submitted to the journal are subjected to a preliminary review in terms of form and content. The formal requirements and the submission process must be fulfilled in accordance with the conditions of the journal. Studies that do not comply with these are subject to editorial rejection. Only after this process, articles that the journal deems appropriate in accordance with scientific publishing standards are sent for peer review. The preliminary screening and final decision on this issue is at the discretion of the Journal Editorial Board, which will also take the opinion of the Editorial Board. Articles submitted to the Journal are not guaranteed to be included in the peer review process. In addition, no date is given for the evaluation period of the manuscripts.
- The Journal refers accepted manuscripts to at least two 'blind' reviewers. In case of conflict between the review reports and in other cases deemed necessary by the editors, a third reviewer will be consulted. All authority and decisions regarding the reviewer selection and process are at the discretion of the editors. It is essential that reviewers are appointed according to the field of specialization in which the work is included and the language requirement of the publication. Reviewers evaluate the submitted manuscripts in accordance with the COPE guidelines, which address the guidelines for reviewers. (<https://doi.org/10.24318/cope.2019.1.9>)
- The number of issues for which the manuscripts requested to be considered will be shaped according to the results of the reviewer evaluation, based on the submission dates.
- The manuscripts submitted to the journal must not have been previously published elsewhere or sent to other journals for publication simultaneously. The author is obliged to submit the commitment form regarding this issue to the journal together with his/her work.
- It is not possible for the author to withdraw the manuscripts that are in the peer review process and have completed this process. Authors who refuse to make the necessary changes within the allotted time are subject to rejection.
- The Journal publishes only the number of manuscripts that it deems to be of sufficient quality in each publication period. This is at the discretion of the Journal Editorial Board.
- In the event that interventions by the authors or third parties with whom they are related to the selection of reviewers and the reviewing process and behaviors that may compromise anonymity are detected, the manuscripts will be rejected by the journal management regardless of the stage of the manuscript.

## Fee Policy

No fee is charged to the author or his/her organization under any name. No royalties are paid to authors. No payment is made to the reviewers.



## Yazım Kuralları

• Periodicum Iuris'e gönderilen çalışmalarda OSCOLA yazım stiline 4. edisyonu esas alınmalıdır. Daha fazla bilgi için:

<[https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf)> adresinden yardım alınabilir.

• Her sayıda bir yazara ait yalnızca bir çalışma yer alabilir.

• Yazar unvanını, görev yaptığı kurumu, haberleşme adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir. Yazar ayrıca, <https://orcid.org/register> adresi üzerinden alacağı bilimsel araştırmacı numarasını (ORCID bilgisini) iletmelidir.

• Dergiye çalışmasıyla katkıda bulunmak isteyen yazar çalışmasıyla birlikte,

- Telif hakları devir sözleşmesi'ni,
- Etik kurallara uygun hareket edildiğine ilişkin taahhütnameyi,
- Çalışmasına ilişkin benzerlik oranını gösteren raporu sisteme yüklemelidir.

• Yazar, Periodicum Iuris'e gönderdiği çalışmanın bilimsel etik ilkelerine uygun hazırlandığını, çalışmasıyla birlikte göndereceği taahhütnameyle kabul eder. Bilimsel etik ilkelerine aykırılığı tespit edilen çalışmalar gecikmeksizin yayından kaldırılır.

• Yazar, Periodicum Iuris'e göndereceği taahhütname ile çalışmasının telif haklarını elinde bulundurduğunu ve bu hakları telif hakları devir sözleşmesiyle Eskişehir Osmangazi Üniversitesi'ne devrettiğini kabul eder.

• Periodicum Iuris'te değerlendirmeye alınacak olan bütün çalışmalar intihal programına tabi tutulacaktır. Kabul edilebilirlik için gerekli olan oran en fazla %20'dir.

• Periodicum Iuris'e gönderilen çalışmalarda aşağıdaki yazım kuralları dikkate alınmalıdır:

### A. Sözcük Sınırı

Periodicum Iuris'e gönderilecek çalışmaların en az 150 en fazla 300 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce bir özet içermesi gerekmektedir. Çalışmalarda Türkçe ve İngilizce 5 anahtar kelimeye yer verilmesi gerekmektedir.

### B. Yazı tipi ve boyutu

1. Çalışmalar, ana metin Times New Roman 12 punto, tek satır aralığında; dipnotlar Times New Roman 10 punto, tek satır aralığında hazırlanmalıdır.
2. Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

### I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

#### A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

##### 1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Normal ve Sadece İlk Harfler Büyük

aa. Normal ve Sadece İlk Harfler Büyük

### C. Dipnot ve Kaynakça Kuralları

#### 1. Mevzuata Yapılan Atıf

- a. Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır:  
Kanunun adı, Kanunun Numarası, Kanunun Kabul Tarihi, Resmî Gazete Tarihi/Resmî Gazete Sayısı.

### Örnek:

Sinai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10.1.2017/29944.

- b. Yabancı mevzuata yapılacak atıflar için bkz.:

<[https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf)>

## **2. Yargı Kararlarına Atıf**

- a. Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerine atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır:  
Mahkeme adı, Esas numarası/Karar numarası, Karar Tarihi.

### Örnekler:

Yargıtay 11 HD, 14074/12707, 2.7.2014.

Danıştay 9 D, 14074/12707, 2.7.2014.

Ankara 2 BİM, 2882/2138, 15.10.2018.

Ankara 4 İdare Mahkemesi 882/2138, 15.10.2018.

- b. Yabancı mahkeme kararlarına yapılacak atıflar için bkz.:

<[https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf)>

## **3. Kitaplara Atıf**

- a. Kitaplara atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Atıf yapılan sayfanın numarası.

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

bb. Birden fazla cildi bulunan kitaplara yapılan atıflarda, italik fontta yazılan kitap adından sonra virgöl konularak, normal fontta cilt numarası yazılmalıdır.

### Örnekler:

Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Bası, Turhan 2008) 274.

Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2* (15. Bası, Vedat 2020) 63.

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

Julian V Roberts and Mike Hough, *Public Opinion and the Jury: An International Literature Review* (Ministry of Justice Research Series 1/09, 2009) 42.

## **4. Editörlü Kitaplara Atıf**

- a. Editörlü kitaplardaki yazarı olan bölümlere atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed / birden çok editör olması halinde eds), *Kitap Adı* (Yayınevi Yılı) Atıf yapılan sayfanın numarası.

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

### Örnekler:

Hamdi Yasaman, 'Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler' in Feyzan Hayal Şehirli Çelik (ed), *6769 sayılı Sinai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu* (9-10 Mart 2017) (Yetkin 2006) 130.

Ergun Özsunay, 'Yaşamın sonu Aşamasında Tıbbi Tedaviye İlişkin Karara Hastanın Katılımı' in Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (eds), *III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı* Cilt 1 (Adalet 2019) 542.

- b. Yazarı olmayan eserlerin toplandığı editörlü kitaplara atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Editör Adı Soyadı (ed)/birden çok editör varsa (eds), *Kitap Adı* (Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Sayfa Numarası.

### Örnek:

Jeremy Horder (ed), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series* (Oxford University Press 2000).

## 5. Basılı Dergilerde Yer Alan Makalelere Atıf

a. Basılı dergilerde yer alan makalelere atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.  
Yazarın Adı Soyadı, 'Makalenin Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan sayfanın numarası.

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

### Örnekler:

Kemal Şenocak, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider 87, 130.

Kemal Şenocak ve Ali Yarayan, 'Kötü Niyetli Marka Tescili' (2015) 10(111) Terazi Hukuk Dergisi 99, 102.

## 6. Elektronik Dergilere Atıf

a. Elektronik ortamda yer alan eserlere atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.  
Yazarın Adı Soyadı, 'Eserin Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı <websitesi> Erişim Tarihi.

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

### Örnek:

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT <<http://ejlt.org/article/view/17>> 27 Temmuz 2010 tarihinde erişildi.

## 7. Web Sitelerinde ve Bloglarda Yer Alan Eserlere Atıf

a. Web sitelerinde ve bloglarda yer alan eserlere atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, 'Eserin Adı' (Web Sitesinin Adı, Eserin Yayın Tarihi) Erişim Tarihi

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

### Örnek:

Ali Paslı ve Mehmet Hamza Arslan, 'COVID-19 Salgını ve Patent Hukuku: Salgın Nedeniyle Patentli Buluş, Üçüncü Kişilerce Hak Sahibinin Rızası Olmaksızın Kullanılabilir Mi?' (IPR Gezgini, 28 Nisan 2020) <<https://iprgezgini.org/2020/04/28/covid-19-salgini-ve-patent-hukuku>> 13 Haziran 2021 tarihinde erişildi.

## 8. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması

- Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde, ilk dipnottaki atıf yukarıda belirtildiği şekilde yapılır; sonraki dipnotlarda ise yazarın/yazarların soyadından sonra ilk dipnot numarasına "(n ...)" şeklinde referans verilir. İlk dipnot numarasına verilen referansın ardından atıf yapılan sayfanın numarası belirtilir.
- Üst üste iki dipnotta aynı esere atıf yapılırsa, sonraki dipnotta "ibid" ifadesi kullanılır, ardından atıf yapılan sayfanın numarası belirtilir.

### Örnek:

<sup>15</sup>Kemal Şenocak, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider 87, 130.

...

<sup>39</sup>Şenocak (n 15) 120.

<sup>40</sup>ibid 124.

- Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde, sonraki atıflarda eser adları uygun bir biçimde kısaltılmalıdır.

### Örnek:

<sup>3</sup>Kemal Şenocak, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider, 87, 130.

...

<sup>8</sup>Kemal Şenocak, *Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi* (1. Bası, Turhan 2009) 160.

...

<sup>15</sup>Şenocak, 'Domain Name' (n 3) 99.

...

<sup>30</sup>Şenocak, Hayat Sigortası Sözleşmesi (n 8) 140.

## 9. Çeviri Kitaplara Atıf

- a. Çeviri kitaplara atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, *Kitap Adı* (Çevirenin Adı Soyadı (tr)/birden çok çevirmen varsa (trs), Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Sayfa Numarası.

### Örnek:

Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk* (İbrahim Kaya (tr), 8, Cambridge University Press 2017). 235.

## 10. Yeni Basımı Olan Eski Kitaplara Atıf

- a. Yeni basımı olan eski kitaplara atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, *Kitap Adı* (İlk basım tarihi, Yararlanılan kaynağın Kaçınıcı Bası Olduğu Yayınevi Yılı) Sayfa Numarası.

### Örnek:

Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651, 23. Baskı YKY 2022) 268.

## 11. Yayımlanmamış Tezlere Atıf

- a. Yayımlanmamış tezlere atıf aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, 'Tezin Adı' (Tezin türü, Üniversitenin adı Tamamlanma yılı).

### Örnek:

Javan Herberg, 'Injunctive Relief for Wrongful Termination of Employment' (DPhil thesis, University of Oxford 1989).

## 12. Kaynakça Hazırlanması

a. Dipnot atıflarından farklı olarak kaynakçada, öncelikle yazarın soyadına daha sonra adının ilk harfine yer verilir. Makalelerde sayfa aralığı da belirtilmelidir.

- b. Kaynakça yazarların soyadına göre, alfabetik olarak sıralanmalıdır.

c. Aynı yazarın birden fazla eserine atıflara ilişkin kaynakça kullanımında, ilk seferde genel kaynakça kuralları geçerliken, devamında verilen atıflarda iki kere "em dash" işareti kullanılır. Aynı yazarın kitaplarında ortak yazar veya yazarlar olması durumunda ise ortak yazarın adı tekrarlanır.

### Örnekler:

Öztañ F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Bası, Turhan 2008)

Şenocak K, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider 87-141

— 'İnsansız Hava Aracı (Drone) İşletenin Sorumluluğu ve Sigortalanması' (2020) 36(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

— ve Yarayan A, 'Kötü Niyetli Marka Tescili' (2015) 10(111) Terazi Hukuk Dergisi 99-107

— ve Yarayan A, 'Das Markenrecht der Türkei nach dem neuen Gesetz über gewerbliche Schutzrechte' (2017) 19(11-12) MarkenR 514-519



---

## Author Guidelines

---

• Periodicum luris is committed to the OSCOLA reference style 4th edition. For additional information the authors can see the official guidance at:

<[http://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](http://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf)>

• Authors can only submit a single manuscript for a certain issue.

• The authors must provide their academic titles, affiliations, phone numbers and emails. The authors are also expected to provide their ORCID numbers where they can access from the following address: <<http://orcid.org/register>>.

• The authors who will submit a manuscript to the journal must additionally upload the following to the system:

- The Copyright Transfer Agreement,
- A commitment letter to act in accordance with the ethical rules,
- A report showing the similarity score of the manuscript.

• The authors accept that the work submitted to Periodicum luris has been prepared in accordance with the scientific ethical principles with the commitment letter to be sent with the manuscript. Manuscripts that are found to violate the scientific ethical principles are instantly removed from publication.

• The authors agree that they retain the copyright of their work and transfer these rights to Eskişehir Osmangazi University with the copyright transfer agreement.

• All the manuscripts that are submitted to the journal will be evaluated through a plagiarism check program. This percentage must not exceed 20%.

• The following spelling rules must be followed in the manuscripts to be submitted to Periodicum luris:

### A. Word Count Limit

Manuscripts to be submitted to Periodicum luris must include abstracts between 150 and 300 words in the language of the manuscript and in English. Also the manuscript must include 5 keywords in the language of the manuscript and in English.

### B. The Font

1. Manuscripts must be written in Times New Roman font 12, single line spacing; the footnotes must be written in Times New Roman font 10 and with single line spacing.
2. Titles in the text must be organized as follows:

#### I. BOLD AND ALL CAPS

##### A. Bold and Initial Case

###### 1. Bold and Initial Case

a. Normal and Initial Case

aa. Normal and Initial Case

### C. Citations and Footnotes

#### 1. Citing Legislation

- a. Citing legislation of the Republic of Turkey must be made as follows:

Name of the Act, Act No., Date of Adoption of the Act, Date of the Official Gazette of the Republic of Turkey/Issue No. of the Official Gazette.

### Example:

Industrial Property Law, Act No.: 6769, Date of Adoption: 22.12.2016, RG 10.1.2017/29944.

- b. For citations to other legislation, see;

<[https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf)>

## 2. Citing Cases

- a. Citing to court decisions of the Republic of Turkey must be made as follows:

Court Name, Case ID/Decision No., Judgement Date.

### Examples:

Yargıtay 11 HD, 14074/12707, 2.7.2014.

Danıştay 9 D, 14074/12707, 2.7.2014.

İstanbul 16 BAM, 2882/2138, 15.10.2018.

Ankara 2 BİM, 2882/2138, 15.10.2018.

İstanbul 1 Sulh Mahkemesi 2882/2138, 15.10.2018.

Ankara 4 İdare Mahkemesi 882/2138, 15.10.2018.

- b. For citations to other court decisions, see;

<[https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf)>

## 3. Citing Books

- a. Citation of books must be in accordance with OSCOLA reference style 4th edition, i.e. as follows;

Author, *Title* (Additional information, Edition, Publisher Year) Page/s.

aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

bb. In citations to books with more than one volume, a comma must be placed after the book title in italic font and the volume number should be written in normal font.

### Examples:

Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Bası, Turhan 2008) 274.

Kemal Oğuzman and Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2* (15. Bası, Vedat 2020) 63.

Levent Yavuz, Türkay Alica and Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt II* (49-91. Maddeler) (2. Bası, Seçkin 2014) 3021.

Timothy Endicott, *Administrative Law* (OUP 2009).

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

Julian V Roberts and Mike Hough, *Public Opinion and the Jury: An International Literature Review* (Ministry of Justice Research Series 1/09, 2009) 42.

## 4. Citing Edited Books

- a. Citation of edited book chapters must be in accordance with OSCOLA reference style 4th edition, i.e. as follows;

Author, 'Title' in editor (ed), *Book title* (Additional information, Publisher Year) Page/s.

aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

### Examples:

Justine Pila, 'The Value of Authorship in the Digital Environment' in William H Dutton and Paul W Jeffreys (eds), *World Wide Research: Reshaping the Sciences and Humanities in the Century of Information* (MIT Press 2010).

John Cartwright, 'The Fiction of the "Reasonable Man"' in AG Castermans and others (eds), *Ex Libris Hans*

*Nieuwenhuis* (Kluwer 2009).

- b. Edited books without an author must be cited as follows;  
Editor/s (ed/eds), *Book title* (Additional information, Publisher Year) Page/s.

Example:

Jeremy Horder (ed), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series* (Oxford University Press 2000).

## 5. Citing Articles in Published Journals

- a. Citation to articles in published journals must be made as follows;  
Author, 'Title' (Year) Volume (No) Journal Name or Abbreviation First Page of the Article Page.

aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

Examples:

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440.

Alison L Young, 'In Defence of Due Deference' (2009) 72 MLR 554.

## 6. Citing Electronic Journals

- a. Citation to journals that has published electronically must be made as follows;  
Author, 'Title' (Year) or [Year] Volume/Issue Journal Name or Abbreviation <web adress> Date accessed.
- aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

Examples:

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT <<http://ejlt.org/article/view/17>> accessed 27 July 2010.

James Boyle, 'A Manifesto on WIPO and the Future of Intellectual Property' 2004 Duke L & Tech Rev 0009 <[www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2004dltr0009.html](http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2004dltr0009.html)> accessed 18 November 2009.

## 7. Citing Websites and Blogs

- a. Citation to websites and blogs must be made as follows;  
Author, 'Title' (Name of the Website or Blog, Publication Date) <web adress> Date of Access.
- aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

Example:

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <[www.nakedlaw.com/2009/05/index.html](http://www.nakedlaw.com/2009/05/index.html)> accessed 19 November 2009.

## 8. Further Citations to the Same Source

- a. In further citations to the same source, citation to the first footnote must be made indicated as above; in following footnotes after the authors the first footnote number must be indicated as '(n ...)'. After the citation of the first footnote, the number of the cited page must be indicated.
- b. If two or more consecutive references are from the same source, then they are cited using *ibid*.

Example:

<sup>1</sup>Robert Stevens, *Torts and Rights* (OUP, Oxford 2007).

...

<sup>6</sup>Stevens, (n 1) 110.

<sup>7</sup>ibid 271-278.

- c. In cases of citing more than one sources of the same author, subsequent footnotes must be used in proper abbreviations.

Example:

<sup>3</sup>Kemal Şenocak, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider, 87, 130.

...

<sup>8</sup>Kemal Şenocak, *Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi* (1. Bası, Turhan 2009) 160.

...

<sup>15</sup>Şenocak, 'Domain Name' (n 3) 99.

...

<sup>30</sup>Şenocak, *Hayat Sigortası Sözleşmesi* (n 8) 140.

## 9. Citing Translated Books

- a. Citation to translated books must be made as follows;

Author, *Title* (Translator/s (tr/trs), Additional Information, Publisher Year) Page/s.

Example:

Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk* (İbrahim Kaya (tr), 8, Cambridge University Press 2017) 235.

## 10. Citing Older Works

- a. Citation the the older works must be made as follows;

Author, *Title* (First edition date, Number of edition of the used book Publisher) Page/s.

Example:

Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651, 23th edn KY 2022) 268.

## 11. Citing Unpublished Theses

- a. Citation the unpublished theses must be made as follows;

Author, 'Title' (Type of Thesis, University Year of Completion).

Example:

Javan Herberg, 'Injunctive Relief for Wrongful Termination of Employment' (DPhil thesis, University of Oxford 1989).

## 12. Bibliographies

- a. In bibliography unlike the citations, the author's surname should precede their initial(s), with no comma separating them, but a comma after the final initial. The page range must also be specified in the articles.
- b. The bibliography must be listed alphabetically, according to the surnames of the authors.
- c. In the use of bibliography when there are citations to more than one sources of the same author, general bibliography ruled applies for the first one. Whilst in citations subsequent to the first one, double "em dash" must be used. If there are co-authors or other authors in the same author's books, the name of the joint author must be indicated.

Examples:

Fisher E, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism* (Hart Publishing 2007)

Hart HLA, *Law, Liberty and Morality* (OUP 1963)

—— 'Varieties of Responsibility' (1967) 83 LQR 346

—— *Punishment and Responsibility* (OUP 1968)

—— and Honoré AM, 'Causation in the Law' (1956) 72 LQR 58, 260, 398

## İçindekiler

|   |     |
|---|-----|
| Açık Verinin Kamu Malı Niteliğinde Olduğu İddiasına Türk İdare Hukuku Penceresinden Bir Bakış<br><b>Arş. Gör. Dr. Aslıhan Deniz BİLGEHAN</b>  | 1   |
| Kelsen ve Schmitt'in Perspektiflerinde Anayasa Yargısının Ontolojik Temelleri ve Karşılaştırmalı Analiz<br><b>Dr. Öğr. Üyesi Eylem ÇAKMAZ / Av. Anıl ÇETİNKAYA</b>                              | 23  |
| Düzenleme Eksikliği Bulunan Konularda Anonim ve Kollektif Şirketlere İlişkin Hükümlerin Limited Şirketlere Kıyasen Uygulanmasının İki Örnek Üzerinden İncelenmesi<br><b>Arş. Gör. Ahmet ATA</b> | 63  |
| Türk ve Alman Hukukunda Ortaksız Sermaye Şirketi<br><b>Doç. Dr. Aydın Alber YÜCE</b>  | 97  |
| Aile Konutuna İlişkin TMK M. 194/I Sınırlaması ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği<br><b>Arş. Gör. Elif İdil ERTOP YAVUZ</b>  | 123 |
| Uluslararası Hukuk, Şiddet ve İdeoloji<br><b>Arş. Gör. Dr. Göksu UĞURLU</b>   | 163 |



## Table of Contents

|   |     |
|---|-----|
| A View from Turkish Administrative Law on The Claim That Open Data Is a Public Good<br><b>Res. Asst. Dr. Aslıhan Deniz BİLGEHAN</b>   | 1   |
| Ontological Foundations and Comparative Analysis of Constitutional Judiciary in the Perspectives of Kelsen and Schmitt<br><b>Asst. Prof. Eylem ÇAKMAZ / Att. Anıl ÇETİNKAYA</b>   | 23  |
| The Examination of the Analogical Application of Provisions Related to Joint Stock Companies and General Partnerships to Limited Liability Companies in Cases with Lack of Regulation Through Two Examples<br><b>Res. Asst. Ahmet ATA</b> | 63  |
| No-Man Capital Company in Turkish and German Law<br><b>Assoc. Prof. Aydın Alber YÜCE</b>  | 97  |
| The Limitation on Family Home Under TCC Art. 194/I and the Legal Nature of The Family Home Annotation<br><b>Res. Asst. Elif İdil ERTOP YAVUZ</b>  | 123 |
| International Law, Violence, and Ideology<br><b>Res. Asst. Dr. Göksu UĞURLU</b>   | 163 |





# AÇIK VERİNİN KAMU MALI NİTELİĞİNDE OLDUĞU İDDİASINA TÜRK İDARE HUKUKU PENCERESİNDEN BİR BAKIŞ (\*)

## *A View from Turkish Administrative Law on The Claim That Open Data Is a Public Good*

  **Aslıhan Deniz BİLGEHAN (\*\*)**

### ÖZET

Açık veri, kamu verisinin, herkes tarafından serbest şekilde kullanılmak üzere yayımlanmasıyla oluşmaktadır ve dijital dönüşümle birlikte bu verinin yayımı kolaylaşmıştır. Bu nedenle açık verinin kullanımı son yıllarda büyük önem kazanmıştır. Açık verinin büyük ölçüde kamu hizmetinin sunumu için toplanan verilerden oluşması, hukuki niteliğinin idare hukuku bakımından ortaya konmasını gerektirmiştir. Zira açık veri hem kamu hukuku tüzel kişileri hem de özel hukuk kişileri bakımından ciddi yararlar sağlamaktadır. Bilimin gelişmesini sağlamak üzere kullanılabilmesi gibi özel hukuk kişilerinin maddi çıkarları için de kullanılabilir. Ancak kullanılan bu veriler, kamu hizmeti maksadıyla idareler tarafından toplandığından, bir toplumu oluşturan tüm bireyler tarafından oluşturulmaktadır. Bu yöntemle oluşturulan varlığın hangi amaçlara hizmet edeceği hem temel hak ve özgürlükler hem de kamu yararı ve kamu düzeni açısından önem teşkil etmektedir. Ayrıca açık veriyle idarenin şeffaflığının sağlanması ve kamu hizmetinin daha verimli sunulması hedeflenmektedir. Bu hedeflerin gerçekleşmesi için de açık verinin belirli bir hukuki rejime tabi olması önem taşımaktadır. Kamu yararına olan açık verinin hukuk düzeninde korunabilmesi için idare hukuku çerçevesinde bir hukuki niteliğe

\* Araştırma makalesi.  
(Research Article).

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.  
(This article has been checked for plagiarism and peer reviewed).

Gönderim Tarihi (Submitted): 20.01.2025. Kabul Tarihi (Accepted): 30.01.2025.

\*\* Dr. Araştırma Görevlisi, İstanbul Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

kavuşturulmasına uğraşılmaktadır. Doktrinde yabancı hukuk sistemlerindeki çeşitli yazarların bu uğraşlar sırasında açık veriyi kamu malı olarak nitelendirdiği görülmektedir. Bu niteleme, açık verinin, gereken hukuki korumaya sahip olmasını sağlayabilir. Bununla beraber, doktrinde karşılaşılan nitelemelerin idare hukukunun senelerdir yerleşmiş olan kamu malı teorisi çerçevesinde yapılmadığı fark edilmiştir. Açık veri kavramına, "kamu malı" gibi belirli hukuki sonuçları olan bir niteleme yapılacaksa bunun, her hukuk sisteminin kendi içinde yer alan idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde uygun olup olmadığının incelenmesi gereklidir. Bu makalede de açık verinin kamu malı niteliğinde olduğu iddiası Türk idare hukuku açısından değerlendirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Açık Veri, Kamu Verisi, Kamu Malı, Şeffaflık, Ortak Mal.

## ABSTRACT

Open data is the public data for free use by anyone, and the digital transformation has facilitated the dissemination of this data. Therefore, the use of open data has recently become very important. Open data largely comprise data collected for the delivery of public services so its legal nature should be determined in terms of administrative law. It provides serious benefits for both public administrations and private persons. It can be used for the development of science or commercial interests of private persons. However, since these data collected by administrations for public service are created by all individuals constituting a society. The purposes of such an asset are related to the fundamental rights and freedoms as well as public interest and public order. In addition, open data aims to ensure the transparency of the administration and to provide public services more efficiently. For the realization of these objectives, it is important that open data is subject to a certain legal regime. So, efforts are made to give open data a legal characterization within the framework of administrative law. In the doctrine, it is observed that various authors in foreign legal systems characterize open data as public good. This characterization may ensure that open data has the necessary legal protection. However, it has been noticed that the qualifications encountered in the doctrine are not based on the public good theory of administrative law, established for years. If the concept of open data is to be characterized as a "public good" with certain legal consequences, it is necessary to examine whether this is appropriate within the framework of the principles and rules of administrative law. In this article, the claim that open data is a public good is evaluated in terms of Turkish administrative law.

**Key Words:** Open Data, Public Data, Public Good, Transparency, Common Good.

## GİRİŞ

Açık veri, en genel tanımıyla, herkes tarafından erişimi, kullanımı ve paylaşımı mümkün olan veridir<sup>1</sup>. Avrupa Birliği'nin 2019/1024 sayılı ve 20 Haziran 2019 tarihli Kamu Sektörü Bilgisinin Yeniden Kullanımı ve Açık Veri Direktifi<sup>2</sup>'ndeki (Açık Veri Direktifi) tanıma<sup>3</sup> göre ise açık veri, "genellikle herhangi bir amaç için herhangi biri tarafından serbestçe kullanılabilen, yeniden kullanılabilen ve paylaşılabilen açık formattaki verileri" ifade etmektedir.

Açık veri idare hukuku açısından ele alındığında, açık veri hareketinin idarenin şeffaflaştırılması amacıyla ortaya çıktığı görülmektedir. Zira idare hukukunda açık veri hareketi, idarelerin elinde bulunan verilerin, şeffaflık ve hesap verebilirlik gereğince herkesin erişimine sunulacak şekilde anonimleştirilerek yayımlanmasına dayanmaktadır<sup>4</sup>. İdare hukuku bakımından tanımlanmaya çalışılırsa açık veri, idarenin faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında kendiliğinden toplanan ya da idarenin faaliyetlerinin yürütülmesi için özellikle toplanan verilerin anonimleştirilmesiyle oluşan kamu verisinin<sup>5</sup> erişim ve kullanımının serbest hale getirilmesiyle ortaya çıkan veridir.

Türk hukukunda açık veriyle ilgili henüz kapsamlı bir hukuki çerçeve çizilmese de bu kavramın Türk idare hukukunda önemli bir yer kaplayacağını gösteren çalışmalar bulunmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından hazırlanan On Birinci Kalkınma Planı'nda, kamu verisinin açık veri olarak paylaşılacağı ve buna yönelik düzenlemeler yapılacağı belirtilmiştir<sup>6</sup>. Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, vatandaşlara ve bilim insanlarına anonimleştirilmiş verilerin sunulacağı açık veri projesi için çalıştığını

<sup>1</sup> European Commission, "What is open data?", (Data Europa EU)

<https://data.europa.eu/elearning/en/module1/#/id/co-01> Erişim Tarihi: 9 Ocak 2024.

<sup>2</sup> Council Directive (EU) 2019/1024 on Open Data and the Re-Use of Public Sector Information [2019] OJ L 172 (Açık Veri Direktifi).

<sup>3</sup> Açık Veri Direktifi § 16.

<sup>4</sup> Lucie Cluzel-Métayer, "L'ouverture des données publiques" in Lucie Cluzel-Métayer (ed), *Le droit administratif au défi du numérique* (Daloz AFDA 2019) 11.

<sup>5</sup> Kamu verisi ile idarelerin, geniş anlamda kamu hizmetini sunmak için erişebildikleri ve ellerinde tuttukları veriler kastedilmektedir.

<sup>6</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, 'On Birinci Kalkınma Planı 2019-2023' (2019) 201 <<https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/07/OnbirinciKalkinmaPlani.pdf>> Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2024.

duyurmuştur<sup>7</sup>. Bunların yanı sıra, kişisel sağlık verilerini düzenleyen yönetmelikte açık verinin tanımının yapıldığı görülmektedir. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik<sup>8</sup>'in 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde açık veri, "ücretsiz olarak veya hazırlanma maliyetini geçmeyecek şekilde internet üzerinden herkesin erişimine sunulan, üzerinde herhangi bir fikri mülkiyet hakkı bulunmayan ve herhangi bir amaçla serbestçe kullanılabilen, makineler tarafından okunabilen ve böylelikle diğer veriler ve sistemlerle birlikte çalışabilen, anonim hale getirilmiş veri" olarak tanımlanmıştır.

Dijital dönüşümle birlikte açık verinin yayımlanma potansiyeli ciddi anlamda yükseldiği için hukuk dünyasına da bu kavrama dayanan düzenlemeler girmeye başlamıştır. Bu gelişme de açık verinin niteliği hakkında sorgulamaları beraberinde getirmiştir. Açık veri, dijital dönüşüm hızlanmadan önce de var olan bir kavramdır. Bununla birlikte, teknolojik imkanların artmasıyla birlikte hem idarenin şeffaflığı ve hesap verebilirliğinin gerçekleşmesi<sup>9</sup> hem de bilgi toplumunun oluşabilmesi<sup>10</sup> için açık veri kavramına dayanıldığı görülmektedir. Bu da açık verinin hukuk düzeninde korunması ihtiyacını doğurmuştur. Yayımlanmayan ve kişisel halde olan verilerden farklılaştığı belirtilerek kamu malı niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir<sup>11</sup>.

Açık verinin, herkesçe ulaşılabilir olması ve kullanılabilmesi nedeniyle kamu malı niteliğinde olduğu<sup>12</sup> ya da kamu malına benzer korumayı gerektiren ortak

<sup>7</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, "Açık Veri Projesi" (CBDDO, 23 Şubat 2023), <https://cbddo.gov.tr/projeler/acik-veri/> Erişim Tarihi: 9 Ocak 2024.

<sup>8</sup> Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik, RG 21.06.2019/30808.

<sup>9</sup> Maxat Kassen, "Open data and e-government – related or competing ecosystems: a paradox of open government and promise of civic engagement in Estonia" (2019) 25(3) Information Technology for Development 552, 553.

<sup>10</sup> Bridgette Wessels, Rachel L. Finn, Kush Wadhwa, Thordis Sveinsdottir, Lorenzo Bigagli, Stefano Nativi ve Merel Noorman, *Open Data and the Knowledge Society* (Amsterdam University Press 2017) 32.

<sup>11</sup> Jeni Tennison, "Open Data Is a Public Good. It Should Not Be Confused with Data Sharing", (*The Guardian*, 12 Mayıs 2014) <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/may/12/response-confuse-open-data-sharing-government> Erişim Tarihi: 5 Ocak 2023.

<sup>12</sup> Digital Public Goods Alliance, "Digital Public Goods and Open Data", (*Digital Public Goods* 23 Mart 2022, <https://digitalpublicgoods.net/blog/digital-public-goods-and-open-data/> Erişim Tarihi: 2 Ocak 2023; Simon Chignard, "A Brief History of Open Data" (*ParisTech Review*, 29 Mart 2013) <http://www.paristechreview.com/2013/03/29/brief-history-open-data/> Erişim Tarihi: 2 Ocak 2023; Tennison (n 11); Anne Danis-Fatome, 'Vers Des Biens Communs Numériques?' in Lucie Cluzel-Métayer, Catherine Prébissy-Schnall ve Arnaud Sée (eds), *La transformation numérique du service publique* (Mare&Martin 2021) 331.

mallardan<sup>13</sup> olduğu<sup>14</sup> ifade edilmektedir. Ayrıca Türkiye’de kamu yönetimi alanında yapılan çalışmalarda da açık verinin kamu malı kapsamında kabul edildiği görülmektedir<sup>15</sup>. Bir varlığa kamu malı nitelmesi yapmak, aynı zamanda onun sahip olacağı koruma rejimini belirlemek ve onunla ilgili tutum ve davranışlara belirli hukuki sonuçlar bağlamak demektir<sup>16</sup>. Bu açıdan, idare hukukundaki terim ve müesseselerin, hukuk ve teknoloji alanında yalnızca benzetme amacıyla kullanılması karışıklığa neden olabilir. Açık verinin gerçekten de kamu malı niteliğinde olup olmayacağı ya da kendisine kamu malı teorisinden hareketle yeni bir nitelme yapıp yapılamayacağı her hukuk sisteminin kendi kuralları bakımından incelenmelidir. Türk hukukunda da önemli bir kavram haline gelen açık verinin Türk idare hukuku bakımından kamu malına benzeyip benzemediğinin tespit edilmesi açık verinin Türk hukukunda nasıl korunacağına<sup>17</sup> dair yol gösterici olabilir.

Türk hukukunda, açık verinin 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’yla<sup>18</sup> düzenlendiği belirtilmektedir<sup>19</sup>. Öte yandan açık veri bilgi edinme hakkıyla ilgili olsa<sup>20</sup> da 4982 sayılı Kanun’daki düzenlemelerin açık veri tanımıyla örtüşmediği görülmektedir. Anılan Kanun’da başvuru üzerine idarelerin elinde bulunan bilgi ve belgelerin iletilmesi düzenlenmekte (m. 7), kamuya açıklanmış bilgi ve belgelerin ise bilgi edinme başvurularına konu olamayacağı özellikle belirtilmektedir (m. 8). Oysaki

---

<sup>13</sup> Alberto Lucarelli, ‘Biens communs. Contribution à une théorie juridique’ (2018) 98 *Droit et société* 141: “Ortak mallar, temel hakların kullanılmasının yanı sıra insan kişiliğinin özgür gelişimi için işlevsel faydalar sağlayan varlıklardır. Ortak mallar, özellikle gelecek nesillerin yararı için hukuk düzeni tarafından korunmalı ve güvence altına alınmalıdır. Ortak malların sahipleri kamu hukuku veya özel hukuk kapsamında tüzel kişiler olabilir. Her durumda, hukukun belirlediği sınırlar dahilinde ve yöntemlere göre her şeye erişimleri garanti altına alınmalıdır. Sahipleri kamu tüzel kişileri olduğunda, ortak mallar onlar tarafından yönetilir ve ticari dünyanın erişiminin dışında kalır”.

<sup>14</sup> Lucie Cluzel-Métayer, “Les limites de l’open data” (2016) (2) *AJDA*.

<sup>15</sup> Nilgün Kahraman, “Açık Veri Uygulamasının Belediyeler Üzerindeki Etkisi: Londra ve İstanbul Büyükşehir Belediyeleri Örneği”, (Doktora Tezi, İnönü Üniversitesi 2021) 15.

<sup>16</sup> Erdoğan Bülbül / Bertrand Seiller, “Le droit administratif turc” (2005) (16) *AJDA* 873 vd.: Kamu malı nitelmesi, doğrudan Fransız hukukundan alınan devredilemezlik, haczedilemezlik ve üzerinde aynı hak tesis edememe gibi özel korumaları içermektedir.

<sup>17</sup> Anayasa Mahkemesi, 13/50, 21.10.1992: Anayasa Mahkemesi’nin ifade ettiği üzere, “kamu malları, nitelikleri, kullanma biçimleri ve kamu hizmeti ile ilişkileri yönünden yönetimin özel hukuk alanındaki mallarından farklıdır”. Açık verinin bu farklılığa dahil olup olmayacağının belirlenmesi açısından kamu malı nitelmesi önem taşımaktadır.

<sup>18</sup> Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Kanun Numarası: 4982, Kabul Tarihi: 9.10.2003, RG 24.10.2003/25269.

<sup>19</sup> ‘Digital Public Administration Factsheet 2022 Türkiye’ (European Commission 2022) 25 <[https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/inline-files/DPA\\_Factsheets\\_2022\\_T%C3%BCrkiye\\_vFinal\\_0.pdf](https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/inline-files/DPA_Factsheets_2022_T%C3%BCrkiye_vFinal_0.pdf)> Erişim Tarihi: 14 Kasım 2024.

<sup>20</sup> Açık veriyle bilgi edinme hakkının ilişkisi için bkz. Kamile Türkoğlu Üstün, ‘Açık Devlet Verileri ve Bilgi Edinme Hakkıyla İlişkisi’ (2023) 13 *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 301.

açık verinin konusu hiçbir talep olmaksızın kamuya açıklanan verilerdir. Öyle ki, açık veri, tam da "bilgi-belge" çerçevesinden çıkılarak verileri varsayılan olarak yayımlamayı gerektiren yeni bir kamusal iletişim anlayışını gerektirmektedir<sup>21</sup>. Bu da açık veri hususunda Türk hukukunun yeni düzenlemelere ihtiyaç duyduğuna bir işarettir.

Açık verinin korunmasıyla ilgili kamu malı teorisinin kullanılıp kullanılmayacağı, Türk hukuku bakımından Türk idare hukukundaki kamu malı teorisi üzerinden incelenebilir. Doktrinde ifade edildiği<sup>22</sup> üzere, bir malın kamu malı sayılabilmesi için biri organik, diğeri maddi olan iki temel koşulun gerçekleşmesi gereklidir. Organik koşul, malın kime ait olduğuyla ilgili kıstası belirtirken; maddi koşul malın ne için ve ne şekilde kullanıldığıyla ilgilendirir. Başka bir deyişle, organik koşul, iktisabı; maddi koşul, tahsisi ifade eder<sup>23</sup>. Bu kapsamda açık verinin Türk hukukunda kamu malı sayılıp sayılmayacağı ya da kamu malı teorisinden hareketle oluşturulabilecek bir koruma rejimine tabi olup olmayacağı, organik koşul (I) ve maddi koşul (II) açısından iki ana kriter üzerinden değerlendirilebilir.

## I. ORGANİK KOŞUL BAKIMINDAN AÇIK VERİNİN DURUMU

Organik koşul gereğince, kamu malının mülkiyetinin bir kamu tüzel kişisine ait olması gerekir<sup>24</sup>. Malın mülkiyeti, malı kullanan idareden başka bir idarenin mülkiyetinde de olabilir, önemli olan bir kamu tüzel kişisinin mülkiyetinde bulunmasıdır<sup>25</sup>. Özel kişinin mülkiyetinde bulunan malın kamu malı sayılıp sayılmayacağıyla ilgili olarak temelde bunların kamu malı sayılmayacağı, kamu yararına kullanılsa dahi kamu malı sıfatını kazanamayacağı<sup>26</sup> belirtilmektedir<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> Cluzel-Métayer (n 4) 13.

<sup>22</sup> Turgut Tan, *İdare Hukuku* (8. Bası, Turhan 2020) 591; Mustafa Avcı ve Seçkin Yavuzdoğan, 'Türkiye'de Kamu Malları Konusuna Genel Bir Bakış' (2015) 5(1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, 13.

<sup>23</sup> Tan (n 22) 599; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya (Akyılmaz vd.), *Türk İdare Hukuku* (18. Bası, Savaş 2024) 642.

<sup>24</sup> Tan (n 22) 591; Nur Kaman, "Kamu Malları", in Nur Kaman (ed), *İdare Hukuku* (9. Bası, Onikilevha 2024) 491; Aydın Gülan, *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim* (1. Bası, Alfa Yayınları 1999) 23.

<sup>25</sup> Kaman (n 24) 491.

<sup>26</sup> Kaman (n 24) 491; Akyılmaz vd. (n 23) 642.

<sup>27</sup> Gülan (n 24) 22; Yıldızhan Yayla, "Kamu Malının Çağdaş Tanımı" (1992-1993) (1-3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 16: Bununla birlikte, bu şekilde kullanılan

Açık verinin mülkiyetinin kime ait olduğu hususu açık verinin doğası gereğince kolayca tespit edilebilecek bir husus değildir. Zira bu halde mülkiyetin konusu fiziki olarak elle tutulabilen bir cisim değildir. Veri, doğası gereği bir değer kaynağı olmadığından, yine doğası gereği kamu malı niteliğini taşıyamayabileceği de düşünülebilir<sup>28</sup>. Öte yandan verinin bir değer kaynağı olmaması, üzerinde mülkiyet olamayacağını iddia etmek için tek başına yeterli değildir<sup>29</sup>. Nitekim veri, bir değer kaynağı olmamakla birlikte somut olarak kullanabilmekte ve çeşitli hallerde maddi kazanç sağlamada rol oynayabilmektedir.

Bununla beraber açık verinin kamu malı sayılabilmesi ya da kamu mallarının yararlandığı hukuki korumadan yararlanabilmesi için daha fazla dayanağa ihtiyaç vardır. Bu dayanakları ortaya koymak için kamu malı teorisinin temeline başvurmak yararlı olabilir. Doktrinde belirtildiği üzere, 20. Yüzyıl başlarına kadar idare hukukunda baskın görüş, idarenin yalnızca özel malları üzerinde mülkiyet hakkının bulunabileceği, kamusal mallar üzerinde yalnızca basit bir gözetim ve koruma hakkı olabileceği görüşüdür<sup>30</sup>. Günümüzdeki "idari mülkiyet" anlayışına daha sonra geçildiği ifade belirtilmektedir<sup>31</sup>. Açık veri gibi bir olgunun üzerinde mülkiyet tesis edilip edilemeyeceği düşünülürken 20. Yüzyıl başlarındaki anlayışı dikkate almak daha akla yatkın olabilir. Zira, açık veri, üzerinde idari mülkiyet tesis edilebilen yollar, köprüler gibi cismani varlıklardan oluşmamaktadır<sup>32</sup>.

Mülkiyet kavramına "kontrol ve gözetim" kavramları üzerinden yaklaşmayı gerektiren bu inceleme sırasında, açık verinin üzerinde kontrol ve gözetim sağlayıp sağlayamama yani iktisap edilip edilememe halinin kamu tüzel kişileri (A) ile özel hukuk kişileri (B) bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi uygun görünmektedir. İdarenin faaliyetlerinin yürütülme biçimi göz önüne alındığında açık veriye temel olan verilerin hem kamu tüzel kişilerinin hem de özel kişilerin elinde toplanma ihtimali bulunmaktadır. Her iki türün birbirinden farklı kurallara tabi olduğu ve özel hukuk kişinin elinde bulunan bir varlığın kamu malı sayılamayacağı düşünüldüğünde ikisini ayrı ayrı değerlendirmek daha isabetlidir.

---

malların kamu mallarına benzeyen düzenlemelere ihtiyaç duyduğu doktrinde göz ardı edilmemiş, buna bir çözüm olarak "virtüel kamu malı" kavramı önerilmiştir.

<sup>28</sup> Henri Isaac, "La donnée numérique, bien public ou instrument de profit" (2018) 164(1) Pouvoirs 80.

<sup>29</sup> Ibid 81.

<sup>30</sup> Gülan (n 24) 69; Tan (n 22) 595.

<sup>31</sup> Tan (n 22) 596.

<sup>32</sup> Christophe Roux, "La propriété publique à l'épreuve des données publiques", in Lucie Cluzel-Métayer (ed), *Le droit administratif au défi du numérique* (Daloz AFDA 2019) 53.

## A. Kamu Tüzel Kişilerinin İktisabı

Açık veri, "Giriş" bölümünde açıklandığı üzere idarenin şeffaflaşması hareketiyle doğmuştur. Kamu verilerinin, kişisel verilerin korunması kurallarına uygun biçimde halka açılması halinde açık veri ortaya çıkmaktadır<sup>33</sup>. Kamu verilerini elinde bulunduranların tespiti için konuyla ilgili olan Avrupa Birliği direktifine başvurmak faydalı olabilir. Avrupa Birliği direktiflerinin Türk hukukunda bağlayıcılığı olmasa da açık veri çalışmalarının yapılacağına belirtildiği On Birinci Kalkınma Planı'nda<sup>34</sup>, bilim ve teknoloji alanındaki gelişmelerde Avrupa Birliği'nin takip edileceği ifade edilmektedir<sup>35</sup>.

Avrupa Birliği'nin Açık Veri Direktifi'nin ilk maddesine göre açık veri, temel olarak "kamu sektörü kurumları"nın ve Avrupa Birliği hukukuna uygun biçimde kamu hizmeti yürüten "kamu işletmeleri"nin elinde bulunan veriler ile Direktif'in 10. maddesinde belirtilen koşulları taşıyan araştırma verilerini kapsamaktadır. Bu maddede iki yönlü bir bakış açısı görülmektedir. İlkinde verileri elinde tutan kişiye, ikincisinde verinin niteliğine odaklanılmıştır.

Verileri elinde tutabilecek kişilerden bahsedilirken, Açık Veri Direktifi'nde açıkça kamu tüzel kişiliği kavramı kullanılmamış, kurum ve kuruluşların, Avrupa Birliği hukukuna uygun biçimde kamu hizmeti yürütmesine veya kamu sektöründe olmasına dikkat çekilmiştir. Açık Veri Direktifi'ne temel olan bu bakış açısı, Türk idari teşkilatının kendi yapısına uyarlanarak değerlendirilebilir. Bu bakımdan Türk hukukunda kamu tüzel kişileri ile kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerinin elinde bulunan verilerin kamu verisini oluşturduğu ve bunların açık veri kapsamına dahil olabileceği düşünülebilir.

Araştırma verisi ise Açık Veri Direktifi'nin Başlangıç Bölümü'nün 27. paragrafına göre, "*istatistikleri, deney sonuçlarını, ölçümleri, saha çalışmasından kaynaklanan gözlemleri, anket sonuçlarını, görüşme kayıtlarını ve görüntüleri içerir*". Anılan Direktif'in 10. maddesinde araştırma verilerinin, idarenin mali kaynaklarının kullanılmasıyla elde edileceği belirtilmiştir. Başka bir deyişle, bu veriler araştırmacılar ya da araştırma kuruluşları gibi özel kişilerce oluşturulabilir<sup>36</sup> ancak maliyeti idare

<sup>33</sup> Cluzel-Métayer (n 4) 11.

<sup>34</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı (n 6) 201.

<sup>35</sup> ibid 107.

<sup>36</sup> Marta Arisi, "Open Knowledge. Access and Re-use of Research Data in the European Union Open Data Directive and the Implementation in Italy" (2022) 8(1) Italian Law Journal 43.



tarafından karşılanmaktadır. Diğer yandan, anılan Direktif'in 10. maddesinde fikri mülkiyet kurallarına uyulması gereği de hatırlatılmıştır.

Açık Veri Direktifi'ndeki bu bakış açısı değerlendirildiğinde, Direktif'in düzenleme konusu olan verinin ya kamu kurumlarında ya da kamu hizmeti yürüten özel kişilerde bulunduğu veya verinin kamu kaynaklarıyla oluşturulduğu görülmektedir. Ayrıca kamu kaynaklarıyla oluşturulan araştırma verisinden, üzerinde üçüncü kişilerin fikri mülkiyet hakları bulunanlar da dışlanmıştır. Bu durumda, anılan Direktif'te tanımlanan açık verinin iktisabı bakımından düşünüldüğünde, veri halihazırda kamu tüzel kişilerinde bulunuyorsa kime ait olduğu hususunda bir tartışma gerekmeyeceği anlaşılabilir. Kamu kaynaklarıyla oluşturulan araştırma verisi bakımından ise idarenin özel kişiden mal ve hizmet satın alırken uyguladığı yöntemleri uygulaması halinde yine veriyi iktisap edebileceği sonucuna varılabilir. Kamu hizmeti yürüten özel hukuk kişileri bakımından ise açık verinin doğasına yoğunlaşarak inceleme yapmak yol gösterici nitelikte olabilir. Bu inceleme ise sonraki başlıkta yer almaktadır.

## **B. Özel Hukuk Kişilerinin İktisabı**

Açık verinin temelinde bulunan kamu verisi, kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan bilgi ve belgelerin birikmesiyle oluşmaktadır. Burada hizmeti yürüten özel hukuk kişinin bir üretiminin olduğunu söylemek güç görünmektedir. Ayrıca hem kamu yararının hem de bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi açısından kamu verisinin özel hukuk kişilerince iktisap edilemeyeceğini savunmak daha isabetli görünmektedir. Bu savunmayı yapabilmek için öncelikle açık verinin özel hukuk kişinin iktisabına uygun olmayan doğasını fark etmek (1), ardından özel kişinin iktisabı halinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkları görmek gerekir (2).

### **1. Açık Verinin İçeriği**

Açık veri, kamu verisinin yayımlanmasıyla oluşmaktadır. Dünya Bankası'nın hazırladığı raporda kamu verisi, altı temel başlıkta açıklanmıştır. Bu başlıkların ilerleyen dönemde artabileceği de ayrıca belirtilmiştir<sup>37</sup>. Bu başlıklar; idari veri, sayımlar, anketler, yönetilenler tarafından oluşturulan veriler, makine tarafından oluşturulan veriler ve jeo-uzamsal verilerdir<sup>38</sup>.

İdari veri, doğum, medeni hal ve ölüm kaydı gibi bilgilerin bulunduğu nüfus sistemlerinden, sağlık, eğitim ve vergi kayıtlarından ve ticaret sicilinden

<sup>37</sup> 'World Development Report 2021: Data for Better Lives | Social Contract for Data' (World Bank 2021) <<https://www.worldbank.org/en/news/video/2021/03/24/world-development-report-2021-data-for-better-lives-social-contract-for-data>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022.

<sup>38</sup> ibid.

oluşmaktadır. Bunlar doğrudan idare tarafından tutulan kayıtlardır. Ayrıca dijitalleşmeyle birlikte kişilerin kendi verilerini de yazılımlar üzerinden bu sistemler üzerine kaydedebilmesi sağlanmıştır. Sayımlar tüm nüfus hakkındaki bilgileri sistematik olarak kaydetmekte, nüfus bilgilerinin yanı sıra sosyoekonomik koşullar hakkında da bilgiler oluşturmaktadır. Anket yapıldığında ise sayımda elde edilen bu veriler toplumun belirli bir kesiminin seçilmesiyle oluşturularak daha sağlıklı ve hedefe uygun bilgi toplanması sağlanmaktadır. Yönetilen tarafından oluşturulan veriler toplumun karşılaştığı sorunların çözülmesine katkıda bulunmak üzere verilerin doğruluğunu tespit etmek ya da önceden toplanmış verilerin arasındaki boşluğu doldurmak üzere kullanılmaktadır<sup>39</sup>. Makine tarafından oluşturulan veriler, insan etkileşimi olmadan sensör, uygulama veya bilgisayar işlemi tarafından otomatik olarak oluşturulur<sup>40</sup>. Geo-uzamsal veriler ise coğrafi konumlara göre elde edilen hava durumu verileri, uydu görüntüleri ve mülk ve arazi kaydı gibi kadastroyu ilgilendiren verilerdir<sup>41</sup>.

Dünya Bankası'nın raporunda toparlanarak ortaya konan kamu verisinin içeriğine bakıldığında, verinin halihazırda mevcut bulunan bir olgu olduğu, verileri elinde bulunduranların ise bu verileri üretmediği halihazırda dünyada var olan bu olguları toplama eylemini gerçekleştirdikleri görülmektedir. Öyle ki, verilerin asıl sahibinin onları oluşturan kişiler ya da doğanın kendisi olabildiği görülmektedir. Özel hukuk kişilerinin bu verileri toplaması başka hizmetlerin yürütülmesi sırasında kendiliğinden gerçekleşebilmektedir. Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında verinin toplanması için kullanılan yazılım ve programlar çoğunlukla özel hukuk kişisine ait olduğundan bu veriler onların elinde toplanabilmektedir. Başka bir deyişle, özel hukuk kişileri bu sırada bu veriler üzerinde mülkiyet hakkı veya benzeri bir hak ileri sürebilecekleri bir konumda bulunamamaktadırlar. Bu durumda, verilerin özel hukuk kişisi tarafından iktisap edilemeyeceğini ileri sürmek için açık verinin oluşma yöntemine dayanılabilir. Ayrıca sonraki başlıkta açıklandığı üzere açık veri, kamu malı sayılmayacak olsa dahi özel kişi tarafından iktisap edilmesine karşı çıkmak kamu yararı bakımından önem taşımaktadır.

<sup>39</sup> Bir yandan bu başlıkta toplanan veriler hesap verebilirliği de sağlamaktadır. Söz konusu Dünya Bankası Raporu'nda Amazon ormanlarının yok edilmesiyle ilgili gözlemlerde bulunan kişilerin topladığı verilerin kaydedilmesi bu yönde yapılan izlemeye bir örnek olarak gösterilmektedir.

<sup>40</sup> Örnek: Hava kirliliğini izleyen sensörler.

<sup>41</sup> 'World Development Report 2021" (n 37) 55.

## 2. Özel Hukuk Kişisinin İktisabına Karşı Çıkma Gereği

Özel hukuk kişileri, kamu verilerini iktisap edebilmeleri halinde, bu verileri kendi menfaatleri doğrultusunda kullanma imkanına sahip olacaklardır. Zira bu kullanımı engelleyebilecek bir mevzuat hükmüne rastlanmamaktadır.

Nitekim yabancı hukuk sistemlerinde özel hukuk kişilerinin kamu verisini kullanması halinde doğan sakıncaları gösteren vakalar yaşanmıştır. Vakalardan biri<sup>42</sup>, Amerika Birleşik Devletleri'nde New York'ta yürütülen hizmet sırasında gerçekleşmiştir. Bir özel hukuk tüzel kişisi, New York sakinlerinin dijital teknolojilerden yararlanmasını sağlamak üzere ankesörlü telefonları dijital kiosklara çevirmiştir. Kişiler, bu kiosklarda İnternet'e erişme, cihazları şarj etme gibi ihtiyaçlarını gidererek teknolojik araçları kullanmış ve bilgilerini yüklemişlerdir. Devletin gözetimi altında gerçekleşmeyen bu hizmet sırasında özel hukuk tüzel kişisi, topladığı kamu verisini kendi ticari çıkarları için kullanacağını açıkça beyan etmiş, bu beyan ciddi eleştirilere neden olmuştur. Bu eleştirilere göre<sup>43</sup>, kamu verisinin bu şekilde bir özel hukuk kişinin kontrolüne verilmesi yalnızca ticari çıkar için kullanılması sorununa değil, toplumun kararlarını etkileyecek şekilde yanıtılmasına izin veren bir gücün özel hukuk kişinin eline verilmesine de sebep olacaktır. Ayrıca bu iktisap, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkının ihlaline neden olabilecektir.

Bunların yanı sıra eşitlik ilkesi gereğince özel hukuk tüzel kişilerinin mallarının kamu malı sayılmaması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir<sup>44</sup>. Zira bir özel hukuk tüzel kişinin mallarının, diğer özel hukuk kişilerininkinden farklı olarak kamu malı ayrıcalıklarından yararlanması Anayasa'yla güvenceye alınan eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz<sup>45</sup>. Bu durumda kamu verisinin özel hukuk kişinin kendi mülkiyet hakkını kullanırcasına kamu verisinden yararlanmasına halihazırda engel olunamasa da düzenlemelerin bunu engellemek üzere oluşturulması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Özel hukuk kişilerinin kamu verisi üzerinde hakimiyet kurmasının engellenmesi, mutlaka açık verinin klasik anlamda bir kamu malı olarak tanımlanmasını gerektirmez. Farklı varlıkların korunması için uzun süreden beri Türk hukukunda bulunan "devletin hüküm ve tasarrufu" kavramı, bir önlem ilkesi olarak kamu mallarını hem özel hukuk kişilerine hem de kamu tüzel kişilerine karşı korumayı

<sup>42</sup> Beatriz Botero Arcila, "The Place of Local Government Law in the Urban Digital Age", (SSRN, 17 Mayıs 2021) doi: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3848202> Erişim Tarihi: 15 Eylül 2022.

<sup>43</sup> Ira S. Rubinstein ve Bilyana Petkova, "Governing Privacy in the Datafied City" (2020) 47(4) Fordham Urban Law Journal 803; Ben Green, *The Smart Enough City* (MIT Press, 2019) 92.

<sup>44</sup> Erdoğan Bülbül, *Kamu İştirakleri* (1. Bası, Beta 2004) 90.

<sup>45</sup> ibid.

amaçlamaktadır<sup>46</sup>. Kamu verisinin niteliği gereği idari mülkiyet altında olamayacağı düşünülse dahi özel hukuk kişilerinin mülkiyet hakkı iddiasında bulunmasının engellenmesi için devletin hüküm ve tasarrufu kavramı üzerinden de çözümler düşünülebilir.

Özel hukuk kişilerinin kamu verisini kontrol ettiği takdirde ortaya çıkabilecek hak ihlalleri, kamu verisinin özel mülkiyet altında olmaması gerektiği sonucunu doğurmakta ve açık verinin kamu malı kavramına hangi açılardan yaklaşabileceği sorusuna yöneltmektedir. Bu soruya cevap ise sonraki bölümde maddi koşul altında incelenecek olan açık veriden yararlanma usullerinde bulunabilir.

## II. MADDİ KOŞUL BAKIMINDAN AÇIK VERİNİN DURUMU

Bir malın kamu malı sayılmasının maddi koşuluna göre mal, kamu yararına tahsis edilmeli, mala kamu yararını amaçlayan bir işlev verilmelidir<sup>47</sup>. Malın kamu yararı amacına özgülenmesi ise tahsis işlemiyle gerçekleşmektedir. Tahsisin, Anayasa, kanun, genel düzenleyici işlemler, bireysel işlemler ve idari sözleşmelerle yapılması mümkündür<sup>48</sup>. Tahsis, yalnızca hukuki işlemle değil, malın kamu yararına özgülenmesi sonucunu doğuran bir maddi olayla da gerçekleşebilir<sup>49</sup>.

Açık verinin kamu yararına özgülenip özgülenmediği ve bunun tahsisinin olup olamayacağı kendi özellikleri bakımından değerlendirilmelidir. Açık verinin var oluş amacı ve yararlanma usulleri bakımından kamu yararına özgülenip özgülenmediğini tespit edebilmek mümkündür (A). Açık verinin tahsisi ise tıpkı mülkiyet hususunda olduğu gibi, açık veri, kamu malı sayılan diğer cismani varlıklara benzemediği için bir sorunsal olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle tahsis edilebilme sorunsalı, kamu mallarının tahsis amaçlarına göre yapılan ayırım üzerinden incelenebilir (B).

---

<sup>46</sup> Lütfi Duran, "Kamusal Malların Ölçütü" (1986) 19(3) Amme İdaresi Dergisi 49.

<sup>47</sup> Kaman (n 24) 498.

<sup>48</sup> Kaman (n 24) 501.

<sup>49</sup> Tan (n 22) 599.

## A. Açık Verinin Kamu Yararı İşlevi

Açık veri, idareye güvenin sağlanması için şeffaflık ve hesap verilebilirliğin bir gereği olarak ortaya çıkmıştır<sup>50</sup>. Nitekim açık veri, kamu verisine ücretsiz erişim ve kamu verisini ücretsiz yeniden kullanma esaslarına dayanmaktadır<sup>51</sup>.

T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, açık verinin kamu hizmetinde verimliliği artıracığını ve kamu hizmetinin şeffaflık ve hesap verilebilirliğe uygun şekilde yürütülmesini sağlayacağını ifade etmekte, ayrıca açık verinin bilimsel çalışmalar, planlama, politika geliştirme, yeni teşvik mekanizmalarının oluşturulması ve bürokratik süreçlerin azaltılmasında da kullanılabileceğini belirtmektedir<sup>52</sup>.

Açık veri, asıl olarak herkesin kullanımına serbestçe sunulması özelliği bakımından kamu malına benzetilmektedir<sup>53</sup>. Açık verinin kamu yararı işlevi, kamu mallarının yararlanma usulleri üzerinden yapılacak bir değerlendirmeye keşfedilebilir. Bu mantık yürütme yöntemine eleştiriyle yaklaşılması muhtemeldir. Bir malın, önceden kamu malı olarak belirlenmesi ve buna dayanılarak yararlanma usulünün belirleneceği, yani yararlanma usulünün bir neden değil, sonuç olacağı ileri sürülebilir. Elbette ki, bu şekilde düzenlemelerin önceden tesis edilip açık veriden yararlanma usulünün bir sonuç olması hukuki güvenlik açısından tercih edilendir. Ancak düzenlemeler yapılmadan önce açık veriden kamu malıymışçasına yararlanmalar başladığı için sonuç niteliğindeki özellikler üzerinden açık veriyi kamu malı niteliğine benzetme ihtiyacı doğmuştur. Nitekim doktrinde yapılan kamu malı benzetmelerinde de genel yararlanmaya dayanıldığı görülmektedir<sup>54</sup>.

Kamu mallarından yararlanma usulleri, genel ve özel yararlanma olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>55</sup>. Genel yararlanma, hukuki olarak kişiselleştirilmeyi gerektirmeden kamu malından yararlanabilmeyi sağlarken; özel yararlanmada kişiselleştirilmiş bir hukuki durum sayesinde tekeli bir yararlanma vardır<sup>56</sup>. Açık veriden herkesin serbestçe yararlanması ilke olarak benimsendiğine göre açık veriden yararlanma usulünü genel yararlanma kapsamında ele almak isabetli olacaktır.

<sup>50</sup> Chignard (n 12); Yakup Karaca ve Ayşe Yıldız Özsalmanlı, "Kamu yönetiminde açık veri yönetimi ve şeffaflık: ABD ve İngiltere uygulamaları" (2022) 14(1) Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 121.

<sup>51</sup> Cluzel-Métayer (n 4) 13.

<sup>52</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi (n 7).

<sup>53</sup> Chignard (n 12).

<sup>54</sup> Chignard (n 12); Tennison (n 11).

<sup>55</sup> Kaman (n 24) 522.

<sup>56</sup> ibid 523.

Genel yararlanmanın temel ilkeleri, serbestlik, karşılıksızlık ve eşitlik olarak belirlenmiştir<sup>57</sup>. Bu ilkelerin her biri açık veriden yararlanmanın, kamu malından genel yararlanmaya benzediğini gösterebilmektedir.

İlk olarak açık veriden serbestçe yararlanmak açık veriye içkin temel özelliklerden biri olarak benimsenmiştir. Bu bağlamda Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m. 4/1, a'da yer alan tanımda açık verinin, "*herhangi bir amaçla serbestçe kullanılabilen*" veri olduğu belirtilmiştir. Benzer şekilde, Açık Veri Direktifi'nin Başlangıcı'nın 16. paragrafında açık verinin serbestçe kullanılmasının esas olduğu düzenlenmiştir.

İkinci olarak, söz konusu düzenlemeler karşılıksızlık ilkesiyle de uyumlu görünmektedir. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'te "*ücretsiz olarak veya hazırlanma maliyetini geçmeyecek şekilde internet üzerinden*" ifadesi kullanılmaktadır. Açık Veri Direktifi'nin de yine aynı hükmünde açık veriye ücretsiz biçimde erişilebileceği düzenlenmektedir. Türk hukukunda bulunan düzenlemede hazırlanma maliyetinden bahsedildiği için karşılıksızlık esasına tam olarak uyulmadığı izlenimi doğmaktadır. Ancak bu uyumsuzluk, kamu malı sayılmaya engel olan bir husus olmayıp başka bir tartışmanın konusudur. Nitekim kamu malı olduğu kabul edilen<sup>58</sup> yollardan genel yararlanma hali de bedel karşılığında olabilmektedir<sup>59</sup>. Başka bir deyişle açık veriye ulaşmak için bedel gerekmesi, kamu hizmetinin meccaniliği tartışmalarını ilgilendiren bir sorunsal olup, açık verinin kamu malı sayılmamasına için tek başına dayanak olamamaktadır.

Genel yararlanmanın eşitlik ilkesinin sağlanması bakımından ise bir şüphe görünmemektedir. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'te "*herkesin erişimine sunulan*" ifadesi açıkça yer almaktadır. Açık veri, niteliği gereği, "*varsayılan olarak açık - (open by default)*" olmayı gerektirdiğinden<sup>60</sup>, var oluş özellikleriyle serbestlik, karşılıksızlık ve eşitliği karşılayabilmektedir.

Açık veriden genel yararlanma usulü çerçevesinde kamu yararına uygun biçimde yararlanıldığı idarenin faaliyetlerinde yer alan örnekler üzerinden de görülebilmektedir. Henüz açık veriyle ilgili mevzuat yeterli düzeyde oluşmasa da faaliyetlerin yürütülmesi bakımından açık veri önemli bir yer kaplamaya başlamıştır.

<sup>57</sup> Akyılmaz vd. (n 23) 655; Tan (n 22) 615; Kaman (n 24) 523.

<sup>58</sup> Anayasa Mahkemesi 23/3, 12.01.2012.

<sup>59</sup> Açık veriye büyük ölçüde İnternet üzerinden ulaşılması ve Yönetmelik'te de internet üzerinden ulaşılacağı belirtilmesi karşısında İnternet'e ücretsiz erişimin, açık veriye erişim bakımından da önem taşıdığı ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan İnternet'e herkesin erişiminin sağlanması gereğine dayanan ve 25.6.2005 tarih ve 25856 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu'nun uygulanması halinde açık veriye erişimin de karşılıksız olabileceği ileri sürülebilir.

<sup>60</sup> Açık Veri Direktifi § 16.

Bunun en belirgin örneklerinden biri yerel yönetimlerden biri olan İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin (İBB) oluşturduğu açık veri portalıdır<sup>61</sup>. İBB Açık Veri Portalı incelendiğinde, kamu hizmeti için toplanmış pek çok verinin anonimleştirildiği, enerji, ekonomi, afet yönetimi gibi başlıklar altında gruplanan veri setleri haline getirildiği görülmektedir. Bu veriler İnternet ve teknolojik araca ulaşan herkesin erişimine açık haldedir. Veriye ulaşanların idarenin faaliyetlerini bu veriler üzerinden değerlendirebilmesi mümkündür. Başka bir deyişle idarenin şeffaflığının sağlanabilmesinde önemli bir yol alındığı görülmektedir. Yerel yönetimlerde açık verinin sağlanması Türkiye Cumhuriyeti'nin eylem planlarındaki<sup>62</sup> hedeflerinden biri olan akıllı şehir yaşamının vazgeçilmez unsurudur<sup>63</sup>. Görüldüğü üzere açık veri, mevzuatta kapsamlı biçimde düzenlenmese bile sanki önceden düzenlenmişçesine Türk idari teşkilatında ve idarenin faaliyetlerinde önemli bir yer edinmiştir. Henüz açık verinin niteliği tartışılırken açık veriden bir kamu malıymışçasına genel yararlanma ilkeleri çerçevesinde kamu yararı doğrultusunda yararlanılabildiği görülmektedir.

Bu bilgiler ışığında açık verinin kamu yararı işlevini taşıdığı anlaşılabilmektedir. Bu durumda sonraki başlıkta kamu malı nitelemesinin ya da sayılmanın maddi koşulunun ikinci aşaması olan tahsisin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği irdelenebilir.

## **B. Açık Verinin Tahsis Edilebilme Sorunsalı**

Tahsis işleminin iki şekilde gerçekleşebileceği belirtilmektedir<sup>64</sup>. İlk olarak, devletin özel mülkiyetinde bulunan bir mal, hizmet malı veya orta malı haline getirilebilir. İkinci olarak, bir kamusal mal, bulunduğu kümeden başka bir kamusal mal kümesine geçirilebilir. Sahipsiz malların ise doğal nitelikleri gereğince tahsis işlemine ihtiyaç duymadıkları, kendiliğinden kamunun ortak kullanımına tahsis edildikleri, bunların tahsisi hakkındaki düzenlemelerin de açıklayıcı nitelikte oldukları ifade edilmektedir<sup>65</sup>. Bu açıdan tahsis edilip edilmeme durumunun kamu mallarının türleri bakımından farklılaştığı görülmektedir. Açık verinin sahipsiz mal niteliğinde bir kamu malı olması halinde hukuki işlemle tahsisine gerek olmayacak, doğası gereği kamu

<sup>61</sup> "İBB Açık Veri Portalı", <https://data.ibb.gov.tr/> Erişim Tarihi: 10 Ocak 2023.

<sup>62</sup> T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, '2020-2023 Ulusal Akıllı Şehirler Stratejisi ve Eylem Planı' (2019) <<https://www.akillisehirler.gov.tr/wp-content/uploads/EylemPlanı.pdf>> Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2024.

<sup>63</sup> Emrah Akdamar, "Akıllı Kent İdealine Ulaşmada Açık Verinin Rolü" (2017) 6(1) Social Sciences Research Journal 47.

<sup>64</sup> Aydın Gülan, "Kamu Malları" in İl Han Özay (ed) Günışığında Yönetim (Filiz Kitabevi 1996) 597; Tan (n 22) 599.

<sup>65</sup> Tan (n 22) 599.

malı niteliğinde olduğu iddia edilebilecektir. Hizmet malları, orta malları ve sahihsiz malların nitelikleriyle açık verinin nitelikleri karşılaştırılarak açık verinin bunlarla olan benzerliği tespit edilebilir.

Açık veri nasıl ki doğası gereğince herhangi bir cismani mal gibi iktisap edilemiyorsa, tahsisi de herhangi bir cismani malda olduğu gibi olamayacaktır. Açık veri kavramının arkasında ucu bucağı olmayan bir veri deposu bulunmaktadır. Öyle ki, açık verinin büyük veriyle önemli ölçüde kesiştiği ifade edilmektedir<sup>66</sup>. Temelinde yayımlanması gereken kamu verilerinden oluşan açık veri, kısmen büyük veriye dahil olmaktadır<sup>67</sup>. İdarenin faaliyetlerinin yürütülmesi için ya da yürütülmesi sırasında oluşturulan bu kamu verileri, elektronik ortamda veri toplamanın doğal bir sonucu olarak büyük verinin kapsamına girmektedir. Aynı zamanda büyük verinin kendisi idarenin tüm faaliyetlerinin gerçekleşmesinde bir kaynak olarak kullanılabilen<sup>68</sup> ve bu yolla da kamu verisine dahil olabilmektedir. Büyük verinin temel özellikleri; yüksek hacim, yüksek hız ve çeşitliliğidir<sup>69</sup>. Bu özellikler, büyük verinin sınırlarının belirsiz olduğunu, önlenemeyen bir hızda ve sınırı belirlenemeyen çeşitlilikte verilerin biriktiğini ifade etmektedir<sup>70</sup>. Bu arada belirtmelidir ki, büyük verinin kendisinin kamu malı olarak nitelenmesinden değil, büyük verinin de özelliklerini taşıyan açık veriden bahsedilmektedir. Zira herkesçe kullanımına izin verilen, büyük veri değil, açık veridir. Açık verinin büyük veriyle kesiştiği alan düşünüldüğünde, açık verinin sınırları belirlenemeyen bir çeşitlilikte olduğu ve istem dışı arttığı fark edilmektedir.

Dijital dönüşümün etkisiyle ortaya çıkan bu sınırsız veri setleri, kamu mallarının arasında sahipliği ve sınırları belirlenmesi çok zor olan örnekleri hatırlatmaktadır. Bu zorluk nedeniyle sahihsiz mal olarak nitelenen<sup>71</sup> dağlar, tepeler, genel sular, kıyıları gibi varlıklar akla gelmektedir. Bunların açık veriden farkı, zor da olsa sınırlarının belirlenebilir olması ve çevresel tehlikeler karşısında yok olma tehlikelerinin bulunmasıdır. Ancak, sahiplenilemeyen ve doğal nitelikleri gereği ortak

<sup>66</sup> J. Gurin, "Big Data and Open Data: How Open Will the Future Be?" (2015) 10(3) I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society 692.

<sup>67</sup> ibid.

<sup>68</sup> Çağla Tansuğ, "Türkiye'de İdari Faaliyetlerde Büyük Veri Uygulamaları" in Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk (eds) Gelişen Teknolojiler ve Hukuk III: Büyük Veri (Onikilevha 2021) 223.

<sup>69</sup> Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk, "Büyük Veri", in Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk (eds) Gelişen Teknolojiler ve Hukuk III: Büyük Veri (Onikilevha 2021) 3.

<sup>70</sup> ibid 4-7.

<sup>71</sup> Kadastro Kanunu, Kanun Numarası: 3402, Kabul Tarihi: 21.6.1987, RG 9.7.1987/19512, m. 16/C: "Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi, tarıma elverişli olmayan sahihsiz yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel sular tescil ve sınırlandırmaya tabi değildir, istisnalar saklıdır."



yararlanmaya mecbur kalınan mallar olmaları bakımından açık verinin özellikleriyle bağdaşabilmektedir. Bu husus, hizmet malları ve orta mallarının özellikleri hatırlandığında daha net ortaya çıkmaktadır.

Orta malları, halkın doğrudan doğruya kullanımına sunulmakla birlikte sınırlarının belirlenebilir nitelikte olması gerektiği görülmektedir<sup>72</sup>. Nitekim doktrinde orta mallarının tahsisinin nasıl olacağı açıklanırken 3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 16/B'ye atıf yapılmaktadır<sup>73</sup>. Bu maddede<sup>74</sup> bazı taşınmaz malların kendi özel sicillerine kaydedileceğinden söz edilmekte, yol, meydan köprü gibi orta mallarının da haritada gösterileceği belirtilmektedir. Açık verinin doğası ise bu yönde bir tahsise imkân vermemektedir.

Hizmet malları sınıflandırması ise bir malın, o hizmetin ayrılmaz parçası halinde olacak şekilde bir kamu hizmetinde kullanılmasını ifade etmektedir<sup>75</sup>. Hizmet mallarına örnek olarak üniversite binaları, hastaneler, enerji santralleri gibi varlıklar gösterilmektedir<sup>76</sup>. Açık verinin herhangi bir amaç için her zaman herkesçe kullanılabilmesi düşünülürken hizmet malı olarak tanımlanması mümkün görünmemektedir.

Bu durumda Türk idare hukukunda bulunan üç kamu malı türü arasında açık veriye en yakın bulunan türün sahihsiz mal olduğu anlaşılmaktadır. Açık veri bir kamu malı olarak nitelenecekse, sahihsiz mallara dahil edilmesinin kamu yararının korunması bakımından daha isabetli olacağı düşünülebilir. Zira sahihsiz mallar özel mülkiyete konu olamazlar. Bu da özel hukuk tüzel kişilerinin kendi ticari çıkarları için kamu verilerini kullanma imkanının oluşamayacağı anlamına gelmektedir. Bu açıdan açık verinin özelleştirilmesi gibi bir hususun gelecekte gündeme gelmemesi gerektiğini ve sahihsiz mal nitelemesinin bu gereği sağlayabileceğini söylemek yanlış olmasa gerektir.

---

<sup>72</sup> Kaman (n 24) 494.

<sup>73</sup> Kaman (n 24) 494.

<sup>74</sup> 3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 16/B: "*B) Mera, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerleri gibi paralı veya parasız kamunun yararlanmasına tahsis edildiği veya kamunun kadimden beri yararlandığı belgelerle veya bilirkişi veya tanık beyanı ile ispat edilen orta malı taşınmaz mallar sınırlandırılır, parsel numarası verilerek yüzölçümü hesaplanır ve bu gibi taşınmaz mallar özel siciline yazılır.*

*Bu sınırlandırma tescil mahiyetinde olmadığı gibi bu suretle belirlenen taşınmaz mallar, özel kanunlarında yazılı hükümler saklı kalmak kaydıyla özel mülkiyete konu teşkil etmezler.*

*Yol, meydan, köprü gibi orta malları ise haritasında gösterilmekle yetinilir."*

<sup>75</sup> Kaman (n 24) 495.

<sup>76</sup> Anayasa Mahkemesi 85/69, 2.6.2009.

## SONUÇ

İdarenin şeffaflaşması hareketi çerçevesinde kamu verisinin yayımlanması üzerine ortaya çıkan açık veri, kamu hukuku dünyasında korunması ve hukuki anlam atfedilmesi gereken bir kavram haline gelmiştir. Bu yönde yapılan çalışmalar, açık verinin kamu malı olarak nitelenmesi ya da kamu malına benzer bir korumadan yararlanacak şekilde ortak mal olarak nitelenmesi sonucunu doğurmuştur. Bu nitelendirmeler yapılmakla birlikte, açık verinin gerçek anlamda kamu malının hukuki koruma rejiminden nasıl yararlanacağına dair kapsamlı değerlendirmeler bulunamamıştır.

Dijital dönüşüm, pek çok alanı etkilediği gibi idare hukukunu da etkilemekte ve yeni kavramların önerilmesini tetiklemektedir. Açık veri, dijital dönüşümden önce var olsa da günümüzdeki önemini dijital dönüşümle kazanmıştır. Dijital dönüşümle ilgili çalışmalar yapılırken pek çok kamu hukuku kavramı çalışmalarda yer almaktadır. Açık verinin kamu malı niteliği de bunlardan biri olmuştur. Ancak bu nitelendirmeler yapılırken, önerilen bu kavramların kamu hukukundaki karşılığına dikkat edilmelidir. Zira bu kavramların her birinin hukuk dünyasında sonuçları bulunmaktadır. Açık veriyi kamu malı olarak nitelenmek de her hukuk düzeninin kendi kuralları çerçevesindeki kamu malı koruma rejiminin uygulanmasını gerektirecektir. Bu nedenle Türk hukuku bakımından, açık verinin kamu malı sayılıp sayılmayacağı tartışılması önemlidir.

Açık verinin kamu malı niteliğinde olduğu iddiası üzerine Türk hukuku penceresinden yapılan bu değerlendirme sırasında, açık verinin kamu malıyla benzer pek çok yönünün olduğu keşfedilmiştir. Temel olarak, kamu malı sayılmanın iki koşulu olan iktisap ve tahsisin, açık verinin kendine özgü özellikleriyle birlikte yeni düzenlemeler yapılarak karşılanabilmesi mümkün olabilir. Açık verinin üzerinde cismani varlıklar gibi mülkiyet tesis edilemese de yirminci yüzyılın başındaki kamu malı anlayışı hatırlanarak, devletin gözetim ve kontrolü altında olmasına karar verilmesiyle organik koşulun sağlanması düşünülebilir. Maddi koşul çerçevesinde, sahipsiz mala benzer bir sınıflandırmayla nitelendirilerek yine devletin gözetim ve kontrolü altında olmasına karar verilebilir. Bu sayede açık verinin, kamu malı ayrıcalıklarının arasından kendi doğasına uygun olanlardan yararlanması mümkün olabilir.

Açık verinin, kamu malı ayrıcalıklarından yararlanması, özel hukuk kişilerinin kontrolüne bırakılması halinde ortaya çıkabilecek tehlikelerin önlenmesi için çok

önemlidir. Açık veriye, kamu malı veya benzeri bir koruma sağlanmadığı takdirde, toplumun davranışlarının özel hukuk kişileri tarafından kontrol edilebilmesi şeklinde bir sonuç ortaya çıkması muhtemeldir. Nitekim, yaşanan örnekler bu tehlikenin gerçekleştiğini göstermiştir. Bu açıdan açık verinin hukuki niteliğinin belirliliğini sağlayacak şekilde düzenlemelerin yapılması önem teşkil etmektedir. Bu düzenlemeler yapılırken kısmen de olsa kamu malı teorisinden yararlanılabileceği anlaşılmaktadır.

---

#### **Araştırma ve Yayın Etiği Beyanı**

Bu çalışma bilimsel araştırma ve yayın etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

#### **Yazarların Makaleye Olan Katkıları**

Yazar 1'in makaleye katkısı %100'dür.

#### **Destek Beyanı**

Araştırmada herhangi bir kurumdan destek alınmamıştır.

#### **Çıkar Beyanı**

Bu çalışmada herhangi bir çıkar çatışması bulunmamaktadır.

#### **Statement Regarding Research and Publication Ethics**

The study has been composed on the basis of the scientific research and the publication ethics rules.

#### **Authors' Contributions**

Author 1 has contributed %100 to the study.

#### **Statement Regarding Financial Support**

Author states no funding involved.

#### **Statement Regarding Conflict of Interest**

Author states no conflict of interest.

---

## **KAYNAKÇA**

Akdamar E, 'Akıllı Kent İdealine Ulaşmada Açık Verinin Rolü' (2017) 6 Social Sciences Research Journal 45

Aksoy Retornaz E and Güçlütürk OG, 'Büyük Veri' in Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk (eds), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk III: Büyük Veri* (1. Bası, Onikilevha 2021)

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (18. Bası, Savaş 2024)

Arisi M, 'Open Knowledge. Access and Re-Use of Research Data in the European Union Open Data Directive and the Implementation in Italy' (2022) 8 Italian Law Journal 33

Avcı M ve Yavuzdoğan S, 'Türkiye'de Kamu Malları Konusuna Genel Bir Bakış' (2015) 5 Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11

Botero Arcila B, 'The Place of Local Government Law in the Urban Digital Age' (SSRN, 17 Mayıs 2021) <https://ssrn.com/abstract=3848202> Erişim Tarihi: 15 Eylül 2022

Bülbül E, *Kamu İştirakleri* (1. Bası, Beta 2004)

Bülbül E and Seiller B, 'Le Droit Administratif Turc' [2005] AJDA 873

Chignard S, 'A Brief History of Open Data' *ParisTech Review* (29 Mart 2013) <<http://www.paristechreview.com/2013/03/29/brief-history-open-data/>> Erişim Tarihi: 2 Ocak 2023

Cluzel-Métayer L, 'Les Limites de l'open Data' [2016] AJDA

Cluzel-Métayer L, 'L'ouverture Des Données Publiques' in Lucie Cluzel-Métayer (ed), *Le droit administratif au défi du numérique* (AFDA Dalloz 2019)

Danis-Fatome A., 'Vers Des Biens Communs Numériques?' in Lucie Cluzel-Métayer, Catherine Prébissy-Schnall ve Arnaud Sée (eds), *La transformation numérique du service publique* (Mare&Martin 2021) 331

'Digital Public Administration Factsheet 2022 Türkiye' (European Commission 2022) <[https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/inline-files/DPA\\_Factsheets\\_2022\\_T%C3%BCrkiye\\_vFinal\\_0.pdf](https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/inline-files/DPA_Factsheets_2022_T%C3%BCrkiye_vFinal_0.pdf)> Erişim Tarihi: 14 November 2022 Erişim Tarihi: 14 Kasım 2024

Digital Public Goods Alliance, 'Digital Public Goods and Open Data » Digital Public Goods Alliance' (23 March 2022) <<https://digitalpublicgoods.net/blog/digital-public-goods-and-open-data/>> Erişim Tarihi: 2 Ocak 2023

Duran L, 'Kamusal Malların Ölçütü' [1986] Amme İdaresi Dergisi 43

European Commission, 'What Is Open Data?' <<https://data.europa.eu/elearning/en/module1/#/id/co-01>> Erişim Tarihi: 9 Ocak 2024

Green B, *The Smart Enough City* (The MIT Press 2019)

Gülan A, 'Kamu Malları' in İl Han ÖZAY (ed), *Günüştüğünde Yönetim* (Filiz Kitabevi 1996)

—, *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim* (Alfa Yayınları 1999)

Gurin J, 'Big Data and Open Data: How Open Will the Future Be?' (2015) 10 I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society 691

Isaac H, 'La donnée numérique, bien public ou instrument de profit' (2018) 164 Pouvoirs 75

Kahraman N, 'Açık Veri Uygulamasının Belediyeler Üzerindeki Etkisi: Londra ve İstanbul Büyükşehir Belediyeleri Örneği' (Doktora, İnönü Üniversitesi 2021)

Kaman N, 'Kamu Malları' in Nur Kaman (ed), *İdare Hukuku* (9. Bası, Onikilevha 2024)

Karaca Y and Yıldız Özsalmanlı A, 'Kamu yönetiminde açık veri yönetimi ve şeffaflık: ABD ve İngiltere uygulamaları' (2022) 14 Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 121

Kassen M, 'Open Data and E-Government – Related or Competing Ecosystems: A Paradox of Open Government and Promise of Civic Engagement in Estonia' (2019) 25 Information Technology for Development 552

Lucarelli A, 'Biens communs. Contribution à une théorie juridique' (2018) 98 Droit et société 141

Roux C, 'La Propriété Publique à l'épreuve des Données Publiques', *Le droit administratif au défi du numérique* (Daloz AFDA 2019)

Rubinstein I and Petkova B, 'Governing Privacy in the Datafied City' (2020) 47 Fordham Urban Law Journal 755

Tan T, *İdare Hukuku* (8. Bası, Turhan Kitabevi 2020)

Tansuğ Ç, 'Türkiye'de İdari Faaliyetlerde Büyük Veri Uygulamaları' in Eylem Aksoy Retornaz and Osman Gazi Güçlütürk (eds), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk III: Büyük Veri* (Onikilevha 2021)

Tennison J, 'Open Data Is a Public Good. It Should Not Be Confused with Data Sharing' *The Guardian* (12 Mayıs 2014) <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/may/12/response-confuse-open-data-sharing-government>> Erişim Tarihi: 5 Ocak 2023

Türkiye Cumhuriyeti Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, '2020-2023 Ulusal Akıllı Şehirler Stratejisi ve Eylem Planı' (2019) <<https://www.akillisehirler.gov.tr/wp-content/uploads/EylemPlani.pdf>> Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2024

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, 'Açık Veri Projesi' <<https://cbddo.gov.tr/projeler/acik-veri/>> Erişim Tarihi: 9 Ocak 2023

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, 'On Birinci Kalkınma Planı 2019-2023' (2019) <<https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/07/OnbirinciKalkinmaPlani.pdf>> Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2024

Türkoğlu Üstün K, 'Açık Devlet Verileri ve Bilgi Edinme Hakkıyla İlişkisi' (2023) 13 Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 301

Wessels B., Finn R., Wadhwa K., Sveinsdottir T., Bigagli L., Nativi S. ve Noorman M., *Open Data and the Knowledge Society* (Amsterdam University Press 2017)

'World Development Report 2021: Data for Better Lives | Social Contract for Data' (World Bank 2021)

<<https://www.worldbank.org/en/news/video/2021/03/24/world-development-report-2021-data-for-better-lives-social-contract-for-data>> Erişim Tarihi: 20 Eylül 2022

Yayla Y, 'Kamu Malının Çağdaş Tanımı' [1992] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

## **KELSEN VE SCHMITT'İN PERSPEKTİFLERİNDE ANAYASA YARGISININ ONTOLOJİK TEMELLERİ VE KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ (\*)**

### ***Ontological Foundations and Comparative Analysis of Constitutional Judiciary in the Perspectives of Kelsen and Schmitt***

  **Eylem ÇAKMAZ (\*\*)**  
  **Anıl ÇETİNKAYA (\*\*\*)**

#### **ÖZET**

Anayasanın üstünlüğü, normlar hiyerarşisi, kuvvetler ayrılığı, egemenlik ve demokrasi gibi kavramlar, anayasal denetim ve anayasanın koruyuculuğu tartışmalarının temelini oluşturur. Bu bağlamda, Hans Kelsen ve Carl Schmitt, anayasa yargısının teorik temelleri konusunda birbirine zıt yaklaşımlar geliştirmiştir. Kelsen, saf hukuk teorisi bağlamında normlar hiyerarşisinin anayasa yargısının temelini oluşturduğunu ifade etmiş ve yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bağımsız ve merkezi bir Anayasa Mahkemesi'nin gerektiğini savunmuştur. Buna karşılık Schmitt, anayasa yargısının uygulanabilirliğini reddetmiştir. Schmitt'e göre, yasama ile ilgili hukuki kararlar veren organlar siyasi denetim işlevi göreceklerinden anayasa yargısı anayasanın koruyucusu olamaz. Anayasanın korunması görevi, hukuki bir denetim organından ziyade yalnızca egemen güç tarafından yerine getirilebilir. Bu iki farklı teorik yaklaşım, anayasa yargısının ontolojik temellerini anlamak açısından hukukun

\* Teorik makale.

(Theoretical Article).

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.

(This article has been checked for plagiarism and peer reviewed).

Gönderim Tarihi (Submitted): 18.01.2025. Kabul Tarihi (Accepted): 03.02.2025.

\*\* Dr. Öğretim Üyesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü.

\*\*\* Avukat, Doktora Öğrencisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü.

yalnızca normatif bir düzlemde işlev görüp görmediği ya da siyasi kararların doğasının hukukun bir parçası olarak kabul edilip edilmediği tartışmasını beraberinde getirmektedir. Çalışma, Kelsen'in normatif bakış açısıyla Schmitt'in ise, siyasi gerçekliğe vurgu yapan yaklaşımı karşılaştırılarak anayasa yargısının temel sorunlarına ışık tutması amaçlanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Anayasal Denetim.

## ABSTRACT

Judicial review concepts such as the supremacy of the constitution, the hierarchy of norms, the separation of powers, sovereignty, and democracy form the foundation of debates concerning constitutional review and the protection of the constitution. Within this framework, Hans Kelsen and Carl Schmitt have developed divergent theoretical approaches to the fundamental principles of constitutional adjudication. Kelsen, grounded in his pure theory of law, argued that the hierarchy of norms constitutes the basis of constitutional jurisdiction. He advocated for the establishment of an independent and centralized Constitutional Court tasked with reviewing the constitutionality of laws. In contrast, Schmitt opposed the applicability of constitutional review, asserting that the judiciary cannot act as the guardian of the constitution. According to Schmitt, when legal judgments are rendered on legislative acts, such judicial bodies inevitably engage in political oversight. Thus, the role of safeguarding the constitution, in his view, can only be entrusted to sovereign power, rather than a judicial review mechanism. These two opposing theoretical approaches provoke a critical debate regarding the ontological foundations of modern constitutional jurisprudence; Does law operate solely within a normative framework, or must the inherent political dimensions of legal decisions also be recognized? This study seeks to illuminate the fundamental issues surrounding constitutional jurisdiction by comparing the normative perspective underpinning Kelsen's legal theory with Schmitt's approach, which emphasizes political realities.

**Key Words:** Constitutional Jurisdiction, Constitutional Court, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Judicial Review.



## GİRİŞ

Modern anlamda anayasa yargısının gelişimi, anayasaların üstünlüğü ilkesinin benimsenmesi ve kanunların anayasaya aykırı olamayacağı görüşünün kabul edilmesiyle başlamıştır. Bu gelişimin ilk önemli adımlarından biri, 1803 tarihli Marbury v. Madison davasıdır. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi (The Supreme Court) Başyargıcı John Marshall, anayasa ile kanunlar arasında bir çatışma durumunda anayasaya üstünlük tanınması gerektiğini ortaya koymuş ve anayasa yargısının temelini oluşturmuştur. Ancak, Marbury v. Madison davasının ardından anayasa yargısına ilişkin tartışmalar, özellikle Kıta Avrupası'nda, anayasa yargısının uygulanabilirliği ve kurumlaşması bağlamında çok daha sonra şekillenmiştir. 20. yüzyılın başlarında Hans Kelsen ve Carl Schmitt arasında anayasa yargısının niteliği ve anayasanın korunması konusundaki görüş ayrılıkları, bu tartışmaların önemli bir parçasını oluşturmuştur. Kelsen, anayasanın üstünlüğünü korumak için merkezi ve bağımsız bir Anayasa Mahkemesi'nin gerekliliğini savunmuş, anayasaya aykırı normların iptali yoluyla anayasal güvencelerin sağlanabileceğini ileri sürmüştür. Normlar hiyerarşisi teorisine dayanan bu yaklaşımda, en üstte "*Grundnorm/temel norm*" bulunur ve bu norm, diğer tüm normların geçerlilik kaynağı olarak kabul edilen varsayımsal normdur. Anayasa geçerliliğini bu temel normdan alır. Buna karşılık, Schmitt anayasanın koruyucusu olarak devleti temsil eden egemeni diğer bir değişle devlet başkanını öne çıkararak, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi makamların kararlarını denetlemesi nedeniyle bir siyasi kurum niteliği taşıdığını ileri sürmüştür. Liberal bir hukuk devletinde yasama organının üstünlüğü esastır ve yargı organlarının anayasal denetim yaparak yasama organı üzerinde nüfuz sahibi olması, yargının hukuku yaratıcı bir rol üstlenmesine neden olacaktır. Kelsen ve Schmitt arasındaki görüş farklılıkları, anayasa, demokrasi, egemenlik ve anayasa yargısına yükledikleri anlamlar ve hukuk politikası tercihlerinden kaynaklanmaktadır.

Bu çalışma, anayasa yargısının ontolojik temellerini Kelsen ve Schmitt'in teorik yaklaşımları ışığında mukayeseli olarak incelemeyi amaçlamaktadır. Üç ana bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümde, Kelsen'in anayasa yargısına dair teorik yaklaşımları detaylandırılmaktadır. Bu bağlamda, Kelsen'in "*Saf Hukuk Teorisi*" temelinde anayasa, demokrasi ve anayasa yargısı ilişkisine dair görüşleri ile normlar hiyerarşisi yaklaşımı analiz edilmektedir. Ayrıca, Kelsen'in anayasa yargısını nasıl temellendirdiği, gerekçelendirdiği ayrıntılı şekilde irdelenmektedir.

İkinci bölümde, Carl Schmitt'in Kelsen'in anayasa yargısı teorisine yönelttiği eleştirileri incelenmektedir. Bu bölümde, egemenlik ve normatiflik arasındaki çatışmayı merkeze alan Schmitt'in anayasa kavramına, kuvvetler ayrılığına ve demokrasiye yönelik değerlendirmeleri aktarılacaktır. Yine bu bölümde Schmitt'in

anayasa yargısına ilişkin eleştirel yaklaşımını gerekçelendirdiği teorik argümanlar ele alınacaktır. Üçüncü bölümde ise, Kelsen ve Schmitt'in anayasa yargısına dair yaklaşımları karşılaştırmalı olarak sunulacaktır. Sonuç olarak, anayasa yargısının temellerine ilişkin özgün bir tartışmanın değerlendirilmesi yapılacaktır.

## I. KELSEN'İN ANAYASA YARGISI TEORİSİ: ANAYASA, DEMOKRASİ VE ANAYASA YARGISI ÜZERİNE GÖRÜŞLERİ

### A. Kavramsal ve Teorik Çerçeve

Kelsen'in anayasa yargısına ve Anayasa Mahkemesi (AYM)<sup>1</sup>'ne dair düşüncelerini kuramsal olarak değerlendirebilmek için öncelikle anayasa, demokrasi ve anayasa yargısına ilişkin yaptığı tanımlamaları ve bu kavramlara yüklediği anlamları incelemek gerekir.

Kelsen'e göre anayasanın maddi ve biçimsel olmak üzere iki farklı tanımı vardır<sup>2</sup>. Bu bağlamda devletin temel kuruluşlarının yapısı ile yasamanın faaliyetlerinin nasıl yürütüleceğini gerek idari makamlarca gerekse yargı makamlarınca tatbik edilen kanunların nasıl meydana getirileceğini tanzim eden normlar bütününe biçimsel anlamda anayasa denir<sup>3</sup>. Sadece kanunların yapılış biçimlerine değil, muhtevasına ilişkin de hudutlar çizen, teminatlar koyan temel haklar kataloğunun da katıldığı anayasalara geniş anlamda anayasa başka deyişle maddi anayasalar denir<sup>4</sup>. Bu anayasalar vatandaşların kanun önünde eşitliğini, din ve vicdan, ifade özgürlüğü ile mülkiyete dair haklarını muhafaza eder<sup>5</sup>. Böyle bir tanımın kabul edilmesinin ardından Kelsen, anayasaya aykırı işlemlerin iptal edilmesinin; anayasal teminatların muteber olması, başka söylemle anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünün<sup>6</sup>temin

<sup>1</sup> Türkçe literatürde AYM kısaltması yaygın olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin kısaltması olarak kullanılmaktadır. Bu çalışmada ise Avrupa Modeli anayasa yargısı sisteminin benimsendiği ülkelerdeki kurumsal bir yapı olarak anayasa mahkemelerini işaret etmek için kullanılmıştır.

<sup>2</sup> Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Max Knight ed, The Lawbook Exchange Ltd. New Jersey 2005) 214, 221.

<sup>3</sup> Hans Kelsen, 'What is the Pure Theory of Law' (1960) (34) *Tulane Law Review* 270 vd; Mehmet Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı' (2018) 3(1) *Çankaya Hukuk Fakültesi Dergisi* 207-208.

<sup>4</sup> Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 208.

<sup>5</sup> Berke Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak-Kelsen Schmitt'e Karşı* (İletişim Yayınları 2022) 31-32; Aynı yöndeki ifade için Bkz. Mehmet Turhan (n 3) 207.

<sup>6</sup> Anayasanın üstünlüğü ilkesi, dünyanın ilk yazılı anayasaları 17 Eylül 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ile 1791 tarihli Fransız Anayasasından başlayarak meydana gelen bir olgudur.

edilebilmesi için gerekli olduğu değerlendirilmesini yapar<sup>7</sup>. Yine Kelsen'e göre anayasanın temel işlevi, hukuk yaratma eylemleri ve sürecini, daha farklı söylemlerle parlamentonun eylemlerini tanzim etmektir<sup>8</sup>. Anayasanın siyasi işlevi ise iktidarın kullanılmasına yasal sınırlar getirmektir. Anayasa teminatı vermek, yasal sınırların aşılmayacağına dair güvence oluşturmaktır<sup>9</sup>. Demokrasi, yasama organındaki çoğunluk ve azınlık kümesinin temsil ettiği halk grupları arasında sürekli mutabakat şeklinde ifade edilebilir<sup>10</sup>. Kelsen, çoğulcu demokrasiden yana tavır alarak, demokrasiyi gerek sınıfsal gerekse etnik ve dini azınlık gruplarının bulunduğu toplum düzeninde sulh içinde birlikte yaşam sürdürmenin usulü olarak tanımlar<sup>11</sup>. Bu bağlamda parlamenter demokrasi, hem siyasi partilerin çatışan menfaatlerini ve farklı görüşlerini uzlaştırır hem de her ne kadar çoğunluk egemenliğine dayalı olsa bile azınlıkların mevcudiyetini güvenceye bağlar. Nihayet, Kelsen'e göre özgürlük, demokrasi açısından da inşai derecede mühimdir<sup>12</sup>. Anayasa yargısı, "devlet fonksiyonlarının hukuka uygun şekilde yürütülmesinin sağlanmasını amaçlayan

---

Bu ilke, kavramsal bakımdan bir hukuk düzeninde en yüksek düzeyde güce sahip olanın anayasa olduğunu ifade eder. Ancak anayasanın üstünlüğünün son derece mühim neticesi bulunmaktadır. Gerçekten anayasanın üstünlüğü yalnızca anayasanın norm olarak kanunların üstünde bulunmasını ifade etmez. Bunun yanında kanun koyucu olan yasama organından da üst düzeyde bulunmasını belirtir. İşte anayasanın üstünlüğü, aynı zamanda hukukun üstünlüğünün de açık bir belirteci olup, yasamanın anayasal normlarla kayıtlanmış olduğu manasını taşır. Bkz. Ali Fuat Gökçe ve Elif Dölek, 'Anayasa Yargısı ve Demokrasi' (2018) 5(6) *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/593011> Erişim Tarihi: 21 Aralık 2024, 128; Anayasanın üstünlüğü ilkesini anlayabilmek için ilkenin iki yönünü de kavramak gereklidir. Gerçekten de ilkenin ilk yönü, anayasal normla tanzim edilmiş bir hususun, anayasa ile çatışan sıradan kanun hükmü ile ortadan kaldırılmasının mümkün olamamasıdır. İkinci yönü ise, anayasal normların gerek yapılışının gerekse değiştirilişinin kanuni normlara kıyasla daha güç olması yani yapılış ve değiştirilişlerinin nitelikli çoğunluğa bağlanmasıdır. Bkz. Oğuzcan Kutkan, 'Anayasa Mahkemelerinin Norm Alanını Daraltması ve Genişletmesi' (2019) 21(Ö.S.) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/OGUZCAN-KUTKAN.pdf> Erişim Tarihi: 03 Kasım 2024, 2070.

<sup>7</sup> Özenç (n 5) 32.

<sup>8</sup> Gözde Türkeli, 'Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması' (2020) 26(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* <https://doi.org/10.33433/maruhad.811202> Erişim Tarihi: 21 Nisan 2024, 998.

<sup>9</sup> Hans Kelsen, 'Who Ought to be the Guardian of the Constitution? Kelsen's Reply to Schmit', in Lars Vinx (ed and tr), *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2015) 175.

<sup>10</sup> Hans Kelsen, *Demokrasi: Doğası & Değeri* (1. Baskı, Dost Kitabevi, 2019) 72, 92.

<sup>11</sup> Kelsen, *Demokrasi* (n 10) 85; Özenç (n 5) 45-47.

<sup>12</sup> Türkeli (n 8) 986; Özenç (n 5) 53.

*teknik araçlar sisteminin bir unsuru*” olarak tanımlanabilir<sup>13</sup>. Dikkat edileceği üzere, Kelsen’in bu tanımının önemli bir özelliği olarak, devletin bütün işlevlerinin hukuka uygunluğunun temin edilmesi ortaya çıkar. Kelsen böylece, anayasa yargısı üzerine yapılan tartışmaların, yalnızca hukuk devleti olma taahhüdünde bulunan siyasi örgütlenmeler için anlam taşıyacağını ifade etmektedir<sup>14</sup>. Kelsen, hukuk ve devlet arasındaki ilişkiyi açıklamak için özdeşlik tezini ileri sürmüştür. Kelsen’e göre, her devlet mecburi olarak aynı zamanda hukuk devleti olup, hukuk sistemi veya hukuk sisteminin bir bölümüyle özdeştir<sup>15</sup>. Bu sebeple, devlet olmanın esas niteliğini hukuk devleti teşekkül ettirir. Kelsen, “*hukuk devleti*” kavramının; temel hak ve hürriyetler ile demokrasiye hukuk ekseninde teminat verilen bir devlet şekline vurgu gayesiyle kullanılabileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda halkça seçilen yasama organınca çıkarılan genel normların, yürütme ile yargı organlarını bağlaması, vatandaşların birtakım hürriyetlerinin teminat altına alınması, hükümet azalarının kendi fiillerinden mesul tutulması, yargı makamlarının bağımsız olması gibi hâller hukuk devletinin özellikleri arasındadır<sup>16</sup>. Anayasa yargısının bu biçimde anlaşılması, Kelsen’in merkezi bir AYM’nin tesisinin lüzumuna dair sağlam bir esas meydana getirmektedir<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Hans Kelsen, ‘Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)’ Yasin Sönmez (çev) (2015) 64(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622460> Erişim Tarihi: 14 Nisan 2024, 860; Özenç (n 5) 25; Fendoğlu ise anayasaya yargısını “*insan hakları hazinesinin özel beklisi*” olarak nitelendirmiştir. Bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Yargısı* (Yetkin Yayınları 2017) 56; Atar’a göre “*Anayasa yargısının başlıca işlevi norm denetimi ve temel hak ve hürriyetlerin korunması olmakla birlikte, buna ek olarak, anayasa mahkemelerine devlet kurumlarının yetki alanlarının belirlenmesi ve işleyişinin sağlanması, yüce divan görevleri ve siyasal partilerin denetimi gibi alanlarda da görev verilebilmektedir*. Bkz. Yavuz Atar, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılması’ (2008) 25(1) *Anayasa Yargısı* <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/939307> Erişim Tarihi: 23 Nisan 2024, 96, dpn. 14; Uslu’ya göre, anayasa yargısının işlevleri şunlardır: “*Anayasanın üstünlüğünü sağlamak, Hukuk devleti ilkesini korumak ve geliştirmek, Devlet erkleri arasındaki uyumsuzluklarda arabulucu görevi üstlenmek, Demokrasiyi korumak ve geliştirmek, Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve geliştirmek, yasama sürecine bireylerin aktif katılımını sağlamak*”tır. Bkz. Ferhat Uslu, ‘Anayasa Yargısının İşlevleri’ (2013) 8(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://www.jurix.com.tr/article/5767?u=0&c=0> Erişim Tarihi: 14 Nisan 2024, 533; Söz konusu işlevlerin ayrıntılı açıklamaları için ayrıca Bkz. Uslu (n 13), 533-561.

<sup>14</sup> Lars Vinx, ‘Kelsen ve Hukuk ve Devletin Özdeşliği’ Mehmet Turhan (çev) (2016) 1(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://repository.bilkent.edu.tr/server/api/core/bitstreams/b0996269-43e6-4824-b2d8-5bcb760a2141/content> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 100.

<sup>15</sup> ibid 100.

<sup>16</sup> Süleyman Ruhi Aydemir, ‘Hans Kelsen’in Saf Hukuk Teorisi ve Devlet Anlayışı’ (2004) 7(76) *Mevzuat Dergisi* <https://www.mevzuatdergisi.com/2004/04a/04.htm> Erişim Tarihi: 19 Nisan 2024, 16.

<sup>17</sup> Özenç (n 5) 25.

## B. Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi ve Normlar Hiyerarşisi

Kelsen'in "Saf Hukuk Teorisi"<sup>18</sup> ile birlikte ortaya koyduğu normlar hiyerarşisi, anayasa yargısının temelini oluşturur<sup>19</sup>. Kelsen, "Saf Hukuk Teorisi"nde hukukun muhtevasını tespit ederken, onu her türlü dışsal öğeden arındırır, yalnızca hukuki normlara odaklanır. Bu bağlamda hukuku; siyasi, ahlâki, toplumsal öğeler ile doğa biliminden arındırır. Hukuku bütün siyasi düşüncelerden ve siyasetten uzaklaştırarak incelemeye ve "etik-politik değer yargılarından" tamamen kurtulmuş bir hukuk tahlili yapmaya doğru gider. Yine bu kuramda hukuk zaten yapılmış olduğundan, Kelsen, hukuk politikasının problemleriyle veyahut hukukun aslında ne ya da nasıl olması hususuyla alakadar değildir. Kısacası, Kelsen'in "Saf Hukuk Teorisi", bir hukuki pozitivizm kuramı olup, normların normatif bir sistemde belirtildiği biçimde, normlar hiyerarşisinde var olan usul ve silsileye mütenasip olmasına dayanır<sup>20</sup>. Bu bağlamda olması gereken ahlâki bir prensip ya da kanuna dayanmaz. Nihayet, hukuk düzeninin dışında kendine yer vermeyen, bu düzen ile özdeş bir devletin mevcudiyeti, bu kuramın omurgasını oluşturur<sup>21</sup>. Gerçekten de normlar hiyerarşisinin varlığı hem anayasanın tatbik edilebilir bir pozitif hukuk metni şeklinde anlaşılmasını mümkün hâle getirir, hem de anayasanın tatbikiyle beraber meydana gelen kanunların anayasaya uygunluk bakımından denetlenmesi için AYM'nin kurulmasının esbabı mucibesini oluşturur<sup>22</sup>. Bu bakımdan anayasanın üstünlüğünün korunması ve

<sup>18</sup> Kelsen'in "Saf Hukuk Teorisi"nin temel gayesi, hukuk bilimini hakiki bilim seviyesine çıkarmak ve tüm bilimlerin ülküsü durumundaki objektiflik ve katiyete kavuşturmadır. Böylece hukuk kuramını toplumsal ve siyasi öğelerden farklı boyutta tetkik etmeye çaba göstermektir. Ayrıca "Saf Hukuk Teorisi"nin ana prensibi hukuk bilimine yabancı tüm öğeleri tasfiye ederek yalnızca hukuk ile alakadar olmasıdır. Bkz. Aydemir (n 16) 5-6, 9.

<sup>19</sup> Gökçe ve Dölek, bir ülkede anayasa yargısının mevcudiyetinden bahsedebilmek için iki şartın ön şart olarak bulunması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bunlardan birincisi, yazılı anayasanın mevcudiyeti iken ikincisi ise yazılı anayasanın aynı zamanda katı olmasıdır. Bu bağlamda yazılı ve aynı zamanda katı olan bir anayasa bir ülkede yoksa o ülkede anayasa yargısı düzeninden bahsetmek olanaklı değildir. Bkz. Gökçe ve Dölek (n 6) 126; Turhan'a göre ise anayasa yargısının yani AYM'nin meşruluk temelini insan haklarının muhafazası oluşturmaktadır. Bkz. Mehmet Turhan, 'Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı' (2007) 62(3), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36042> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 402; Gören'e göre anayasa yargısı; "hem pozitif Devlet hukukunun ana konularından birini, hem özgürlükçü demokratik, modern anayasal devlet teorisinin temelini oluşturur." Bkz. Zafer Gören, 'Anayasa Yargısının Meşruluğu, Sınırları ve Toplumsal Uzlaşmanın Korunması Fonksiyonu' (2019) 7(1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://jurix.com.tr/article/19242> Erişim Tarihi: 03 Nisan 2024, 18.

<sup>20</sup> Vecdi Aral, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri* (İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 2471, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti 1978) 5-6.

<sup>21</sup> Türkeli (n 8) 987.

<sup>22</sup> Özenç (n 5) 37; Gören de AYM'leri "Anayasanın bekçisi" olarak nitelendirir. Bkz. Gören (n 19) 18.

ikinci derecede hukuki metin durumuna gelmemesi için anayasa yargısının hukuki bir müeyyideye sahip olması gerekir<sup>23</sup>. Daha açık ifadeyle Kelsen'e göre, anayasal hukuka uygunluğun garantisi yoksa hukuk düzeninin en yüksek ve en önemli düzeyi olan anayasa, tam yasal güce sahip olmayan ikinci sınıf hukuk düzenlemesi olarak kalır. Anayasal hukuka uygunluğun yeterli garantisi ise yalnızca anayasaya aykırı mevzuatı ve hükümetin anayasaya aykırı eylemlerini iptal etme yetkisine sahip AYM tarafından sağlanabilir<sup>24</sup>.

Kelsen'in anayasa yargısını ileri sürdüğü dönemde hukuka uygunluk kavramı idari ve yargısal kararlarla tahdidi biçimde anlaşılıyordu. Bu bağlamda, kanunların anayasaya uygun olmasına ve bu uygunluğun sağlanmasının gerektiğine dair görüş ve istekler ise ağır biçimde eleştiriliyordu. Aslında Kelsen, anayasa yargısının karşısında bu mânianın; yürütme ve yargının sadece hukuk tatbik edicisi, yasamanın ise sadece hukuku yaratan ve bu hususta tekele sahip olan şeklinde ifade edilen geleneksel ve mutlak ayırımın olduğunu ileri sürmüştür. Devletin fonksiyonları arasında hukuku yaratma ve hukuku tatbik etme biçimindeki bu ayırma göre hukuka uygun olma şeklinde tezahür eden idealin gerçekleşebilmesi için yargı ve yürütmenin, yasama organı tarafından çıkarılan kanunlara rabitası yeterlidir<sup>25</sup>.

Kelsen, geleneksel ve mutlak ayırımın aşılması bakımından normlar hiyerarşisini ileri sürer. Buna göre en üstte adına *Grundnorm* denilen farazi bir temel norm vardır<sup>26</sup>. Bu norm anayasanın da üzerinde yer alır. *Grundnorm*'a kadar gelen ve aralarında hiyerarşi bulunan normlar silsilesinin olduğu kabul edilir<sup>27</sup>. O hâlde hukuk sistemi, eşit seviyede ve birbirleri ile koordine olan normlarla meydana gelmez. Seviye olarak birbirinden değişik konumda bulunan normların hiyerarşisinden oluşur. Hukuk sistemi derece derece en aşağıdan en yukarıya varacak şekilde sıralanmıştır<sup>28</sup>. Silsile içerisinde yer alan normlardan bir normun yaratılma şeklini belirleyen norm üst norm, bu şekle göre yaratılan norm ise alt norm olarak kabul edilir. Bu bağlamda alt

<sup>23</sup> Türkeli (n 8) 996.

<sup>24</sup> Lars Vinx, *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2015) 8; Kelsen, anayasaya aykırılık denetimini yerine getirecek olan AYM'nin uzmanlaşmış, merkezi ve tekeli bir yüksek yargı makamı olması gerektiğini ileri sürmüştür. Bunun yanında yaygın ve merkezileşmemiş denetim yapan Amerikan Modelini, hem merkezi olmadığı hem de uzmanlaşmadığı gerekçeleriyle eleştirmektedir. Bkz. Ümit Güveyi, 'Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi' (2012) 16(3) Gazi Üniversitesi Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789363> Erişim Tarihi: 20 Nisan 2024, 148-149.

<sup>25</sup> Özenç (n 5) 27-28.

<sup>26</sup> Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 205.

<sup>27</sup> Özenç (n 5) 28.

<sup>28</sup> Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 205.

normun geçerliliği, üst norm tarafından tespit edilen şekle uygun biçimde yaratılmasına dayanır<sup>29</sup>. Daha açık deyişle, her normun geçerli ve bağlayıcı olması kendisinden üst konumda bulunan normdan kaynaklanır<sup>30</sup>. Yine burada bir hususu açıklığa kavuşturmak icap eder. Bir kere *Grundnorm* denilen temel norm, alt normların muhtevasını tespit edemez. Zaten *Grundnorm*'un kendisinin sadece akıl veya doğa ya da ilahi bir istenç vasıtasıyla temin edilen bir muhtevası bulunmayıp sosyal olgulardan yola çıkılarak tespit edilemez ve insanların fiilleriyle yaratılamazlar<sup>31</sup>. Ancak *Grundnorm*'lar hukuk düzeninin birliğini temin etmelerinin yanı sıra bütün alt normların geçerliliklerinin kendisine bağlı olması bakımından önemlidirler<sup>32</sup>.

Ayrıca Kelsen, normlar hiyerarşisinin her seviyesinde hukukun yaratılması ile hukukun tatbikinin birlikte gerçekleştiğini söyler. Bu bağlamda anayasadan başlamak suretiyle yargı kararları ile idari işlemlere varıncaya kadar bu durum devam eder. Tabii ki bu gerçekleşmenin yoğunluk seviyeleri aynı değildir. O hâlde yasama fonksiyonu anayasa bakımından hukukun tatbiki biçiminde meydana gelirken, kanun ve altında yer alan diğer normlar açısından ise hukukun yaratılması şeklindedir. Düzenleyici idari işlemler ise kanun bakımından hukukun tatbiki, yargı kararları ile birel idari işlemler bakımından hukukun yaratılmasıdır<sup>33</sup>.

Nihayet, hukuka uygun olma düşüncesi kanunların anayasaya uygunluğu için de bir teminat içerir. Çünkü normlar hiyerarşisinde bulunan bir normun bir üst norma uygun olması ile bu düşünce mana kazanır<sup>34</sup>.

### C. Kelsen'in Hukuki Olarak Anayasa Yargısı Temellendirmesi

Kelsen'in anayasa, anayasa yargısı kavramları ile anayasa yargısının temelini oluşturan normlar hiyerarşisi birlikte ele alınıp özümsemiğinde ortaya çıkan sonuç Kelsen'e göre, hukuk devletinde merkezi bir AYM'nin tesis edilmesi lüzumudur. Kelsen ayrıca AYM için demokratik bir hukuk sisteminin kurumsallaşmasını ve muhafazasını temin edecek "*hukuk tekniği aracı*" ifadesini kullanır<sup>35</sup>. Bu çerçevede,

<sup>29</sup> Özenç (n 5) 28.

<sup>30</sup> Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 205.

<sup>31</sup> Yani *Grundnorm*, pozitif bir hukuk normu değildir. Hukuk ötesidir. Bkz. Kutkan (n 6) 2070-2071; Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 205. Bunun yanında deneysel olarak araştırılması mümkün değildir. Yalnızca hukuk üzerine bir dizi ifade ve neticelerin bir mana taşıması bakımından lüzumlu olan fikir şeklidir. Bkz. Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 205.

<sup>32</sup> Türkeli (n 8) 988.

<sup>33</sup> Özenç (n 5) 28.

<sup>34</sup> ibid 29.

<sup>35</sup> ibid 27.



AYM'nin meşruluğuna ilişkin ileri sürdüğü diğer hususlar ve eleştirilere ilişkin argümanları daha detaylı incelemek faydalı olacaktır.

## 1. Hukuka Uygunluk Denetimi Yapma Görevi Anayasa Mahkemesine Verilmelidir

Kelsen, anayasa aykırılığı bulunan düzenlemelerin iptal edilmesinin ya da anayasa aykırılıklarının giderilmesinin gerekliliği konusunda bir anlaşmaya varıldıktan sonra, bu görevin AYM'ne verilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>36</sup>. Çünkü hukuka uygunluğu sağlama görevi, hukuka aykırı işlemler yapabilen bir organa (yasamaya) verilmemelidir<sup>37</sup>. Eğer, "özellikle parlamento ve hükümet işlemlerinin anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir kurum oluşturulacaksa, bu denetim yetkisi, denetim altında olan organlardan birine verilmemelidir"<sup>38</sup>. Yasama organının kendi otonom hukuk yaratma yetkisini dikkate alarak, aynı organın anayasa ile uyumluluğuna dair bir güvence beklemek, gerçekçi bir yaklaşım olmaz; bu sadece siyasi bir saflık anlamına gelir. Bu nedenle, anayasal sınırları etkin bir şekilde koruma görevini, yasama, yürütme ve diğer devlet organlarından bağımsız ve tek bir merkezde bulunan bir kuruluşa, yani AYM'ne vermek gereklidir<sup>39</sup>.

## 2. Genel Mahkemelerce Anayasaya Aykırılık Denetimi Yapılamaz

Kelsen, kanunların anayasaya aykırılık denetiminin AYM'ne verilmesi gerektiğini ifade ettikten sonra, bu denetimin genel mahkemelere verilmesinin yanlış olacağını savunur. Kelsen, hiç kimsenin kendi davasının yargıcı olmayacağını, "hiçbir yasal-  
teknik ilke, hiç kimsenin kendi davasında yargıç olmaması gerektiği talebi kadar evrensel bir kabul görmemiştir." şeklinde ifade etmiştir<sup>40</sup>. Kelsen'e göre, eğer bu denetim genel mahkemelere devredilirse, aynı yasal düzenlemenin anayasaya aykırılığına dair farklı mahkemeler farklı kararlar verebilir, bu da hukuk güvenliği açısından büyük bir risk oluşturur<sup>41</sup>. Daha açık ifadeyle, Kelsen, anayasa yargısının

<sup>36</sup> Kelsen, pek çok konuda olduğu gibi AYM hakkında da Georg Jellinek'ten etkilenmiştir. Jellinek, daha 1885 yılında "Avusturya için Bir Anayasa Mahkemesi" başlıklı makalesinde, AYM gibi bir mahkemenin var olmasının lüzumunu savunmuş, aksi durumda anayasal sistemin, hukuk devleti addedilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda Avusturya'daki İmparatorluk Mahkemesi'nin ise AYM gibi yetkilerle donatılması görüşünü ileri sürmüştür. Aktaran: Türkeli (n 8) 986 ve dnp. 29.

<sup>37</sup> Özenç (n 5) 33.

<sup>38</sup> Kelsen, 'Who Ought to be the Guardian' (n 9) 175.

<sup>39</sup> Özenç (n 5) 33; İşte Kelsen, anayasanın doğrudan çığnemesine karşı muhafaza temin eden bağımsız bir kuruma duyulan gereksinimi açıklarken "hiç kimse kendi davasının yargıcı olamaz" şeklindeki genel ilkeye dayanmıştır. Bkz. Türkeli (n 8) 998.

<sup>40</sup> Kelsen, 'Who Ought to be the Guardian' (n 9) 175.

<sup>41</sup> Özenç (n 5) 33.



merkeziyetçi bir yapıda düzenlenmesinin, hukukun tutarlılığını ve genel güvenliğini sağlayacağına inanır. Aksi takdirde, kanunun anayasaya aykırı olup olmadığının kesinliğini belirlemek, bireyler için belirsiz ve karmaşık hale gelir, bu da anayasanın üstünlüğünü tehdit eder ve büyük bir risk yaratır<sup>42</sup>.

### **3. Anayasa Mahkemesi Çoğulcu Demokrasiyi Korur**

Kelsen'e göre, demokratik bir cumhuriyetin varlığı, denetim organlarının etkin bir şekilde çalışmasına bağlıdır. Bu bağlamda, demokratik cumhuriyet açısından anayasa yargısının hususi ehemmiyete sahip olduğu görülür. Gerçekten de, demokratik düzeni sürdürebilmek için devlet organlarının birbirini denetlemesi sağlanmalıdır. Anayasa yargısı, kanunların hem içerik açısından hem de nasıl oluşturuldukları bakımından anayasaya uygunluğunu denetleyerek, azınlıkların çoğunluğun baskılarından korunmasını temin etme işlevini yerine getirmesidir<sup>43</sup>. Gerçekten demokratik yollarla seçilmiş çoğunluğun karşısında konumlanmış durumdaki azınlıkların sahip oldukları siyasi hakların, anayasa yargısı yoluyla muhafaza altına alınması, bunların hayatlarını idame ettirmelerini temin eder. Bunun yanında azınlıklara, siyasi hayata aktif biçimde iltihak etmek suretiyle çoğunluğu ele geçirme imkânı verir<sup>44</sup>.

Kelsen, anayasa değişikliklerinin nitelikli bir çoğunlukla yapılmasını, azınlık haklarının korunması açısından önemli bir tedbir olarak görmüştür. Kelsen'e göre, bir anayasa değişikliğinin yüksek çoğunluk şartına bağlanması, belirli temel sorunların yalnızca azınlığın katılımıyla çözülebilmesini sağlar. Basit çoğunluğun, özellikle bazı konularda, kendi iradesini azınlığa dayatma hakkı bulunmamaktadır. Azınlığın anayasal olarak korunan menfaatlerine müdahale, ancak anayasaya aykırı bir kanunla ve salt çoğunluğun iradesiyle mümkün olabilir. Bu bağlamda, kanunların anayasaya uygunluğu, azınlığın temel menfaatlerinden biridir; bu menfaatler, sınıfsal, ulusal ya da dini kökeni ne olursa olsun anayasa tarafından korunmaktadır<sup>45</sup>.

Kelsen'e göre, azınlıkların menfaatlerine aykırı olarak yapılan anayasa dışı müdahalelerin engellenmesi açısından AYM'ne başvurma imkânı önemli bir araçtır.

---

<sup>42</sup> Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 217, 221-222.

<sup>43</sup> Özenç (n 5) 45.

<sup>44</sup> Yüksel Metin, 'Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu' (2012) 2(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213633> Erişim Tarihi: 23 Nisan 2024, 96.

<sup>45</sup> Hans Kelsen, 'Kelsen on the Nature and Development of Constitutional Adjudication' in Lars Vinx (ed and tr), *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2015) 71-72.

Zira toplumsal barışın sağlanması adına, çoğunluğun diktatörlüğünün engellenmesi bu sayede mümkün olacaktır. Bu bağlamda, anayasa yargısı aracılığıyla gerçekleştirilen denetim, toplumun ve siyasi hayatta çoğulculuğun korunması için temel bir güvence sunmaktadır<sup>46</sup>.

Erdoğan'a göre, bir ülkedeki AYM, demokrasinin yerleşmesine yardım eder. Birincisi, demokrasinin inşası safhasında anayasanın üstünlüğü ile hukuk devletinin kurulmasına ve azınlık hakları ve insan haklarının muhafazasını sağlar. İkincisi, kuvvetler ayrılığını güçlendirmek ve kamu güç sahipleri arasında hakemlik yapmak yoluyla demokrasinin tesisine imkân tanır<sup>47</sup>.

Turhan'a göre, AYM'nin demokrasinin güçlenmesine yardım eden bir organa dönüşmesi için anayasayı devleti ve devletin resmi söyleyişine göre değil, vatandaşların temel hak ve hürriyetlerine evleviyeti kabul ederek yorumlaması gerekir. Diğer deyişle AYM'nin, anayasayı yorumlarken liberal değerlere sadık olarak hak temelli ya da hak eksenli bir yorum yöntemini benimsemesi gerekir<sup>48</sup>.

Dworkin ise, AYM'nin meşruiyetini ortaklık demokrasisi ve çoğunlukçu demokrasi üzerinden ayrı ayrı değerlendirir<sup>49</sup>. Böylece her değerlendirmede farklı sonuçlara ulaşır. Çoğunlukçu demokraside, AYM'nin demokratik bir kurum olmadığını ve AYM'nin mevcudiyetinin ise demokrasi açısından verilen bir ödün olduğunu, bu bağlamda AYM'nin salahiyetinin imkân dâhilinde kısıtlanıp, üyelerinin seçiminde halkın iradesinin en yüksek seviyede etkili olması gerektiğini savunur. Ortaklık demokrasisi bakımından ise kişisel hakların teminat altına alınabilmesi için müstakil bir organ lüzumu bulunduğundan AYM'nin demokrasiden ödün sayılamayacağı, tam tersine demokratik düzenin bir ögesi olduğu için AYM'nin mevcudiyetinden coşku hissedildiğini ifade eder<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Türkeli (n 8) 1000.

<sup>47</sup> Mustafa Erdoğan, 'Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği' (2011) 10(20) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi <http://erdoganmustafa.org/wp-content/uploads/2016/10/Demokrasi-Anayasa-Yarg%C4%B1s%C4%B1-ve-T%C3%BCrkiye-%C3%96rne%C4%9Fi.pdf> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 31-32.

<sup>48</sup> Turhan, 'Anayasanın Hak Temelli Yorumu' (n 19) 402.

<sup>49</sup> Ronald M. Dworkin, 'Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri', (2011) Anayasa Yargısı Dergisi [https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald\\_mdworkin.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald_mdworkin.pdf) Erişim Tarihi: 26 Ocak 2025, 28.

<sup>50</sup> Dworkin (n 49), 28-29; Emir Efe Egemen, 'Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu Sorunu' (2023) 3(1) Antalya Bilim Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi <https://doi.org/10.54969/abuijss.1240294> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 35-36.

#### 4. Anayasa Mahkemesi Kuvvetler Ayrılığı İlkesiyle Ters Düşmez

Kelsen'in merkezi bir AYM kurulmasına dair görüşü, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ancak Kelsen, AYM'nin yürüttüğü fonksiyonun yasama benzeri olduğunu belirtmiştir. Ona göre, genel mahkemeler yalnızca davalar arasındaki ihtilafları çözüme kavuşturduklarında, bu çözümler sadece davanın tarafları açısından hukuki sonuçlar doğuran bireysel normlar yaratır. Oysa AYM, anayasa denetimi yetkisini kullanarak genel nitelikli kanunları iptal eder. Bu iptal kararı, bir kanunun yürürlüğe girmesiyle benzer şekilde geniş çaplı bir etki yaratır. Dolayısıyla AYM'nin kanunlar üzerindeki etkisi, genel hukuki düzen üzerinde yasama işlevine benzer bir etki yaratmaktadır<sup>51</sup>. Kelsen'e göre, AYM'ce anayasaya aykırı bulunarak bir kanunun iptal edilmesi aslında kanun yapma faaliyetinin tersten meydana getirilmesidir. Bu bağlamda kanunların iptal edilerek ortadan kaldırılmasıyla AYM'nin genel bir norm yaratma yetkisinin bulunduğu benimsenmelidir. Ancak bu durum, kuvvetler ayrılığı ilkesine karşı bir çelişki oluşturmaz<sup>52</sup>.

Kelsen ise, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık olmadığını belirtirken, demokratik bir cumhuriyet açısından bu ilkenin neyi ifade ettiğine dair önemli bir tespit bulunur. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, kuvvetlerin tamamen birbirinden ayrılması anlamına gelmez. Bu ilke, kuvvetlerin birbirlerini denetlemesi ve denetim altında tutması anlamına gelir<sup>53</sup>. Böylece, devlet organlarının eylemleri hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş olur. Bu çerçevede, AYM'nin temel fonksiyonu yasama ve yürütme organlarının eylemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemek olduğundan, AYM bu ilkeyle çelişmek yerine, kuvvetler ayrılığı ilkesini güçlendiren bir organ olarak tezahür etmesidir<sup>54</sup>.

Türkeli'ye göre, anayasa yargısı, parlamentonun kendi sahasına girmemekte yalnızca Kelsen'in ortaya koyduğu normlar hiyerarşisi ilkesi kapsamında, en üst pozitif norm olan anayasanın muhafazası ile devletin bütün işlem ve fonksiyonlarının anayasaya mütenasip olup olmadığını denetlemektedir<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Bkz. Özenç (n 5) 35; Türkeli (n 4) 999; Türmen ise parlamento tarafından hâkimlere, anayasal denetim hususunda yetki verildiği vakit parlamento aslında kendi kanun çıkarma yetkisini de hâkimlere devrettiği düşüncesindedir. Bkz. Rıza Türmen, 'Anayasa Mahkemesi'nin Kararı: Egemenlik ve Hukuk Devleti' (*Milliyet*, 27 Ekim 2008) <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/riza-turmen/anayasa-mahkemesi-ninkarari-egemenlik-ve-hukuk-devleti-1008266> Erişim Tarihi: 25 Mart 2024.

<sup>52</sup> Özenç (n 5) 35.

<sup>53</sup> Kelsen, *Demokrasi* (n 10) 78-79.

<sup>54</sup> Özenç (n 5) 35-36. Aynı yöndeki görüş için Bkz. Metin (n 44) 96.

<sup>55</sup> Türkeli (n 8), 999.

Dede'ye göre de AYM'nin anayasaya uygun olmayan bir kanunu iptal ettiğinde, yasama organının yerine geçmediğini, aynı zamanda yasama organına da ayak bağı olmadığını; yalnızca yasama organını hukukun içine çekmek suretiyle hukuk devletinin meydana gelmesine yardımcı bulunduğunu kabul etmenin en ideal düşünce olduğunu ifade etmektedir<sup>56</sup>.

Gökçe ve Dölek ise, klasik kuvvetler ayrılığı ilkesi ile anayasa yargısının çeliştiğini, çünkü klasik kuvvetler ayrılığında yasama organının yargısal makamlarca denetlenmesinin düzene ters olduğunu ifade ederler. Bununla birlikte pratikte, kuvvetler ayrılığı ilkesinin lüzumu olduğu şekilde fonksiyonel açıdan bölünmesinin hiçbir zaman gerçekleştirilemediğini, zaten kuvvetler ayrılığı ilkesinin asla saf şekilde bulunmadığını, aynı zamanda kuvvetler ayrılığını ortaya atan Montesquieu'nun bile gayesinin tamamen saflaştırılmış bir fonksiyonel sistem meydana getirmek olmadığını belirtirler<sup>57</sup>.

## 5. Anayasa Mahkemesi Negatif Anlamda Kanun Koyucudur

Kelsen, kanun koyucuyu, pozitif ve negatif kanun koyucu olarak sınıflandırmıştır. Bu tasnife göre, pozitif anlamda kanun koyucu yasama organı iken, negatif anlamda kanun koyucu AYM'dir<sup>58</sup>. Pozitif terimi, kanun koyucunun yaratıcı bir rol üstlendiğine işaret ederken, negatif terimi, AYM'nin işlevini yerine getirirken takdir yetkisinin sınırlı/dar olduğu anlaşılmaktadır<sup>59</sup>. Pozitif anlamda kanun koyucu olan yasama organı, anayasa sınırları içerisinde yeni hukuki düzenlemeler yaparken geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak negatif anlamda kanun koyucu olarak tanımlanan AYM, sahip olduğu yetkiler açısından oldukça dar bir şekilde anayasayla belirlenen kurallar ve temel ilkelerle sınırlıdır. Bu nedenle AYM, diğer yargı organlarında olduğu gibi, hukuku uygulayan bir konumda olup, yasama organının aksine, hukuki düzenlemeler yaratma yetkisine sahip değildir<sup>60</sup>. Kelsen, bu konuyu şu sözleriyle ifade eder;

*"AYM kanun çıkarmaz, ancak hukukun yaratılmasına karşılık gelen karşıt eylemi (actus contrarius) belirleyerek kanunları iptal eder. Böylece "negatif kanun koyucu" olarak işlev görür. Ancak AYM'nin işlevi ile olağan mahkemenin işlevi arasında kesin*

<sup>56</sup> Kadir Dede, 'Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme' (2014) 4(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/701471> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 145.

<sup>57</sup> Gökçe ve Dölek (n 6) 136-137.

<sup>58</sup> Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 217.

<sup>59</sup> Özenç (n 5) 36.

<sup>60</sup> ibid 36.

ve katı bir ayırım bulunmaz. Çünkü olağan mahkemenin kanunları ve kararlameleri inceleme hakkı anayasal denetimin çok önemli bir ara biçimini oluşturur. Anayasaya aykırılık gerekçesiyle bir kanun veya kararnameyi somut olaya uygulamayı reddeden bir olağan mahkeme, aynı zamanda genel bir normu da yok eder ve böylece bir "negatif kanun koyucu" olarak işlev görür ("kanun" kelimesinin maddi anlamında). Aradaki tek fark, normun iptalinin tek bir vakayla sınırlı olması ve dolayısıyla AYM kararında olduğu gibi tüm olası vakalar için, yani toplamda gerçekleşmemesidir"<sup>61</sup> <sup>62</sup>.

AYM'nin hukuki düzenlemelere yönelik gerçekleştirdiği bir tür 'karşıt eylem (*actus contrarius*)' olarak tanımlanan kanun iptalleri, negatif kanun koyucu işlevi açısından hukukun şekillenmesi açısından rol oynar. AYM'nin anayasa hükümlerine ilişkin getirdiği yorumlar da anayasal normların kapsamını ve uygulama biçimini belirlediğinden hukukun genel yapısını biçimlendirir. Ancak, AYM'nin iptal ettiği kanunlar yoluyla yasama organının yerine geçerek yasama boşluklarını doldurma gibi bir işlevi bulunmadığını, yetkisinin sadece anayasaya ile sınırlı olduğunu da unutmamak gerekir.

## 6. Anayasa Mahkemesinin İşlevi Yargısaldır

Kelsen'e göre, AYM'nin kanunları anayasal denetim sonucunda iptal etme yetkisi, hukuk kuramı açısından yasama organına benzer bir işlevi öngörse de aslında bu yetki çerçevesinde AYM'nin yerine getirdiği faaliyet, anayasal normların belirlediği sınırları somut bir duruma uygulamakla sınırlı olduğundan, nihayetinde yargısal bir işlev olarak ortaya çıkar. Gerçekten de AYM'nin bu eyleminde yaratıcılıktan ziyade normatif düzene bağlılık ön plandadır. Bu nedenle, AYM denetim sırasında, yargısal işlevlerin karakteristik özelliklerine uygun şekilde hukuku uygular ve bu faaliyet yargısal işlevin kendisidir<sup>63</sup>.

Gören, AYM'nin somutlaştırmak vasıtasıyla yerine getirdiği ve yapıcı bir vasfa sahip olan bu işlevinin siyasi olduğu görüşündedir. Ancak Gören, her ne kadar bu işlevin niteliği siyasi olsa bile parlamento ve yürütme organlarının işlevi ile aynı olmadığını, ondan değişik bir mana taşıdığını ifade etmektedir. Zira bu işlev, evvelden var olan hukuk ölçütleri çerçevesinde icra edilir, genel manada hukuk yaratma durumu söz konusu değildir. Muhakemenin rasyonel bir neticesini oluşturur. Hâkim, yeni normlar

<sup>61</sup> Kelsen, 'Who Ought to be the Guardian' (n 9) 194.

<sup>62</sup> Hans Kelsen, 'Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution' (1942) 4(2) The Journal of Politics, The University of Chicago Press Journals <https://www.journals.uchicago.edu/doi/epdf/10.2307/2125770>, 187-188.

<sup>63</sup> Gören (n 19) 17; Turhan ise Kelsen'in hâkimleri "siyasi aktörler" olarak nitelendirdiği görüşünü ileri sürmüştür. Bkz. Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 220.

yaratmayıp var olan normlar kapsamında yorum ve muhakeme yaparak hüküm vermektedir<sup>64</sup>.

## 7. Anayasa Mahkemesinde Karma Bir Yapı Benimsemelidir

Kelsen, AYM'nin son tahlilde yargısal bir işlevi yerine getirmesine rağmen, sonuçları itibarıyla yasama işlevine benzemesi ve dolayısıyla karma bir nitelik taşıması nedeniyle, AYM'nin de karma bir yapıda örgütlenmesi gerektiğini savunur<sup>65</sup>. Bu doğrultuda, AYM üyelerinin seçimi ve atamasında yasama, yürütme, hukuk fakülteleri ve AYM'nin kendisi de dâhil olmak üzere yargı organlarının katılımını gerektiğini ifade etmektedir. Ancak, yasama ve yürütme organlarından doğrudan üye seçimi yapılmamalı ve her durumda hukukçu üyelerin sayısının fazla olması sağlanmalıdır. Bu iki koşul, AYM'nin örgütsel bağımsızlığı ve yargısal işlevini yerine getirebilmesi açısından anahtar şartlar olarak öne çıkmaktadır<sup>66</sup>.

Kelsen'e göre, Anayasa Mahkemesi üyelerinin en azından belirli bir kısmının, yasama organı tarafından nispi temsil ilkesine uygun olarak seçilmesi gereklidir. Kelsen'i bu sonuca götüren başlıca gerekçe, Anayasa Mahkemesi üyeleri üzerinde gerçekleşebilecek siyasi etkilerdir. Kelsen, bu etkilere, denetim dışı ve gizli bir şekilde müdahale edilmesinden, şeffaflık ve öngörülebilirlik sağlayacak yöntemlerin tercih edilmesini savunur. Kelsen'in ulaşmaya çalıştığı diğer bir sonuç ise, yasama organı ile Anayasa Mahkemesi arasındaki uzlaşmazlık ve karşıtlığın azaltılmasıdır. Kelsen'e göre, pozitif anlamda kanun koyucu olan yasama organı ile negatif anlamda kanun koyucu olan Anayasa Mahkemesi arasında, anayasal denetim süreci gereği doğal olarak bir karşıtlık ve uzlaşmazlık bulunacaktır. Ancak, Anayasa Mahkemesi üyelerinin

---

<sup>64</sup> Gören (n 19) 17.

<sup>65</sup> Kelsen, 'Judicial Review of Legislation' (n 62) 192.

<sup>66</sup> Aktaran: Özenç (n 5) 38.

yasama organı tarafından seçilmesi<sup>67</sup>, bu karışıklık ve uzlaşmazlığı tamamen ortadan kaldırmaya da önemli ölçüde azaltacaktır<sup>68</sup>.

AYM üye seçimine yasamanın dâhil edilmesi yöntemi, AYM'ye demokratik bir unsur katılmakta ve meşruiyeti güçlendirilmektedir<sup>69</sup>. Bunun yanı sıra, AYM üyelerinin, demokrasiye mütenasip biçimde meydana gelen hükümet gibi devlet organlarının görevlendirilmesi durumunda, demokratik kökenleri açısından meşru olmaya devam edecektir. Çünkü AYM üyeleri, meşruiyetlerini doğrudan "bütün devlet yetkilerinin kaynağı halktır" ilkesinden almaktadırlar<sup>70</sup>.

Turhan, benzer şekilde AYM üyelerinin seçiminde milli iradenin bir temsilcisi durumundaki yasama organlarına ağırlık vermenin, mahkemenin demokrasi bakımından daha az problemlili bir duruma gelmesi için yararlı olacağı görüşündedir<sup>71</sup>.

Dede ise farklı görüştedir. Dede, seçimin tek başına meşruiyet için bir ölçüt taşımasının problemlili olduğu görüşündedir. Bu bağlamda, AYM üyelerinin

---

<sup>67</sup> Bugün dünya genelinde, Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamının ya da bir kısmının yasama organı tarafından seçilmesi usulü, AYM'nin halk iradesini yansıtmaya amacıyla uygulanmaktadır. Haluk Kurnaz, 'Üye Seçimi ve Bireysel Başvuru ile Bazı Yetki ve Görevleri Açısından Anayasa Mahkemesi' (Temmuz-Ağustos-Eylül 2006) (2) Yasama Dergisi 99-100, Tablo 1. Örneğin Federal Alman Anayasasının m.94/1'e göre; "*Federal Anayasa Mahkemesi üyelerinin yarısı Federal Meclis, diğer yarısı da Federal Konsey tarafından seçilir*". <https://www.bundestag.de/resource/blob/595396/6f9cc381bf6770954d6905c87f12b57d/gg.pdf> Erişim Tarihi: 27 Ocak 2025; Avusturya Anayasası m. 147, Anayasa Mahkemesi, bir başkan, bir başkan vekili, 12 asıl ve 6 yedek üyeden oluşur. Başkan, Başkanvekili, 6 asıl üye ve üç yedek üye Federal Hükümet tarafından; 3 asıl ve 2 yedek üye Ulusal Konsey (=Millet meclisi) tarafından, 3 asıl ve 1 yedek üye Federal Konsey (=Senato) tarafından seçilir. 1958 Fransız Anayasa m. 56'a göre, Konseyi'ne üyelerin üçü Cumhurbaşkanı, üçü Millet Meclisi ve üçü de Senato Başkanı tarafından atanır. İspanyol Anayasası m.160, Anayasa Mahkemesi, 12 üyeden oluşur. Dört üye Kongre (Millet Meclisi) tarafından üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla, dört üye Senato tarafından aynı çoğunlukla, iki üye hükümet tarafından, iki üyede Yargı Genel Kurulu (Consejo General del Poder Judicial) tarafından seçilir. 1978 Portekiz Anayasasının 222'nci maddesine göre, Anayasa Mahkemesi 13 üyeden oluşur. 10 üye Meclis tarafından, üç üye ise AYM'nin kendi üyeleri tarafından seçilir. Bkz. Kemal Gözler, 'Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçilmeleri: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi' [www.anayasa.gen.tr/aym-uyesecimi.htm](http://www.anayasa.gen.tr/aym-uyesecimi.htm) Erişim Tarihi: 26 Ocak 2025; Bkz. Venedik Komisyonu'nun Aralık 1997CDL-STD (1997) 020 Raporu s. 9-10; AB üyesi devletlerde anayasa yargısı, yasama, yürütme ve yargı organlarından üyelerin seçildiği karma üye yapısına sahiptir. Bkz. Ömer Anayurt, 'AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar' (2009) 1(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123, dph. 16.

<sup>68</sup> Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 217.

<sup>69</sup> Güveyi (n 24) 159.

<sup>70</sup> Gökçe ve Dölek (n 6) 139.

<sup>71</sup> Turhan, 'Anayasanın Hak Temelli Yorumu' (n 19) 398.

atanmaları durumunda gayrimeşru, seçilmeleri durumunda ise meşru olarak kabul edilmeleri, aslında meşruluk sözcüğünün tarihi, toplumsal ve politik bakımdan ifade ettiği ehemmiyeti eksiksiz biçimde aksettirmemektedir. Bunun yanında yasama organı tarafından icra edilen bir seçimin demokratik prensipler bakımından mükemmel olduğundan da bahsedilemez<sup>72</sup>.

Gözler ise, AYM üyelerinin yerine getirdikleri eylemlerin, siyasi olduğunu bu bağlamda AYM üyelerinin direkt olarak halkça seçilmesi durumunda anayasal denetim işine meşruluğun tanınmasının mümkün olabileceğini belirtir. Bunun dışında AYM üyelerinin tümü veya belli bir bölümünün yasama organınca seçilmesinin meşruluk kazandırmayacağını zira çağımız için geçerli demokrasi zihniyetinde seçimlerin tek dereceli olmasının lüzumlu olduğunu ifade eder<sup>73</sup>.

Metin'e göre de AYM üyelerinin yasama organınca seçilmesinin yani siyasi seçim şeklinin benimsenmesinin hem AYM'yi meşrulaştırıcı hem de AYM ile yasama organı arasındaki gerilimi azaltıcı bir fonksiyonu bulunduğunu belirtir<sup>74</sup>.

## 8. Anayasa Mahkemesi Soyut ve Muğlak İfadelere Dayanarak Denetim Yapmamalıdır

AYM'nin soyut ve muğlak ifadelerle dayanarak denetim yapmaması gerektiği fikri, Kelsen'in "*Saf Hukuk Teorisi*" çerçevesinde hukuk yapma tekniğine dayanmaktadır<sup>75</sup>. Kelsen'e göre, AYM'nin anayasal denetim yaparken eşitlik, adalet, özgürlük veya ahlak gibi soyut ve muğlak kavramlara dayanmaması gerekir. Çünkü bu tür kavramlar, farklı siyasi düşüncelere göre değişik şekillerde yorumlanmaya elverişlidir ve belirli bir objektif ölçüt sunmaz. Anayasa Mahkemesi'nin bu tür ölçütlere başvurması, yasama organının yetkileriyle ilgili sınırları net bir şekilde belirlemekten uzaklaşır ve "*parlamentar düzenin dengesini kökünden sarsar*"<sup>76</sup>. Kelsen, bir diğer

<sup>72</sup> Dede (n 56) 142.

<sup>73</sup> Kemal Gözler, 'Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu' (2006) 61(3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/38096> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 142.

<sup>74</sup> Metin (n 44) 104.

<sup>75</sup> Hans Kelsen, 'The Pure Theory of Law' (1935) 51(3) Law Quarterly Review [https://heinonline.org/hol/cgi-bin/get\\_pdf.cgi?handle=hein.journals/lqr51&section=41](https://heinonline.org/hol/cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/lqr51&section=41) Erişim Tarihi: 22 Temmuz 2024, 531,VI., para 44.

<sup>76</sup> Erdoğan, konuya seçilmiş iktidarın kayıtlanma arzusunun ileriye taşınması üzerinden yaklaşmıştır. Erdoğan'a göre, böyle bir arzunun daha ileriye taşınması durumunda demokratik sistemin bu özelliğinin ağır biçimde güçsüzleşmesi olasılığı da mevcuttur. Zira oldukça fazla kayıtlanmış olan demokratik bir çoğunluğun halk tarafından kendisine verilen vekâlet salâhiyetini yerine getirememesi hâlinde demokrasi kaybindan bahsedebiliriz. Böyle bir durumda devlet siyasetine dair



ifadeyle bu tür kavramların AYM tarafından ölçüt olarak kullanılmasının, yasama organının yetkilerini etkisiz hale getirebileceği ve AYM'ye keyfi bir güç sağlayacağı uyarısında bulunur. Eğer AYM, bu tür belirsiz kavramlara dayanarak bir kanunu anayasaya aykırı ilan eder ve iptal ederse, yasama organının yetkileri AYM'nin kararlarına bağımlı hale gelebilir. Bu da, anayasanın yasama organına tanıdığı yetkinin AYM'ye geçmesine yol açması anlamına gelecektir<sup>77</sup>. Bu sorunların önüne geçmek için, Kelsen'e göre yasama organı, çıkaracağı kuralların sınırlarını ve içeriğini en açık ve net şekilde belirlemelidir.

## **II. SCHMITT'İN KELSEN'İN ANAYASA YARGISI TEORİSİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLERİ: EGEMENLİK VE NORMATİFLİK ÇATIŞMASI**

Kelsen'in anayasa yargısı teorisini eleştiren, anayasa, egemenlik, demokrasi ve kuvvetler ayrılığı kavramlarını tanımlama biçimiyle normatif hukuk anlayışına karşı çıkan Schmitt, liberal hukuk devletinin yasama organına yüklediği görevleri ve yasama ile yargısal faaliyetler arasındaki maddi ayırım ölçütünü temel almış ve bağımsız ayrı bir yargının mümkün olamayacağını savunmuştur. Hukuk, yalnızca normlar hiyerarşisine indirgenemez; hukukun temeli, egemenin iradesine dayanmaktadır. Schmitt anayasa, kuvvetler ayrılığı ve demokrasiye yaklaşımını aşağıdaki gerekçelerle desteklemiştir.

### **A. Schmitt'in Anayasa, Kuvvetler Ayrılığı ve Demokrasi Kavramlarına Yaklaşımı**

Schmitt'e göre anayasa, kendi kendine ortaya çıkan veya yalnızca normatif doğruluğu ya da sistematik bütünlüğü temelinde değerlendirilen bir metin değildir. Anayasanın geçerliliği, bir halkın somut siyasal birliğine dayanır. Bu anlayışta anayasa, bir halkın egemen iradesinin bir ifadesi olarak görülür ve bu irade olmadan anayasa mutlak bir nitelik taşımaz. Dolayısıyla Schmitt, anayasayı normatif bir düzenleme olmaktan ziyade, bir siyasi kararın ve birliğin ürünü olarak ele alır<sup>78</sup>. Dolayısıyla anayasa siyasal birliğin şekline ilişkin kararların tümünden oluşur ve ortak

---

ana kararların halk veya halkın temsilcisi konumundaki iktidar tarafından alındığından bahsedemeyiz. Bkz. Erdoğan (n 47) 32; Özenç (n 5) 41-42.

<sup>77</sup> Zira bu durumda AYM'ler negatif anlamda kanun koyucu olmaktan çıkıp tıpkı yasama organı gibi pozitif kanun koyucu olurlar. Bunun yanında yapılan denetimler hukukilik boyutundan uzaklaşarak yerindelik hâlini alır. Anayasal normlara olduğundan çok değişik şekilde mana verilerek aslında yasama organının istemediği ve öngörmediği farklı tatbik durumları meydana gelir. Sonuçta, AYM'ler yargısal değil siyasi bir kurum hâline gelmiş olur. Bkz. Kutkan (n 6) 2086.

<sup>78</sup> Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Jeffrey Seitzer tr and ed, Duke University Press 2008) 76.

istence bağlıdır<sup>79</sup>. Bu bağlamda anayasa bir akit şeklinde nitelendirilmeyeceği gibi sadece normlar bütünü de sayılamaz<sup>80</sup>. Normların tesisinde, anayasayı yapan güçlerce alınan ana siyasi kararlar belirleyici bir fonksiyona sahip olup, anayasal sistemin özelliği böyle kararlar ile biçimlenir<sup>81</sup>. Schmitt, modern anayasal düzenlerin, devlet iktidarını sınırlama ve temel hakları koruma çabalarını, egemenin karar alma gücünü kısıtlama yönünde bir eğilim olarak görmektedir. Çünkü anayasal sistemin askıya alınması konusunda yetkili olan da egemendir<sup>82</sup>. Schmitt'e göre, egemen, acil durumlarda hukukun ötesinde hareket edebilen ve istisnai durumlarda düzeni koruma yetkisine sahip olan kişidir<sup>83</sup>. Egemen, hukukun normal işleyişi dışında bir yetkiye sahip olup, "olağanüstü ya da istisnai durumlar (emergency)"da devreye girer ve karar verici niteliktedir. Olağanüstü hal, hukukun öngöremediği ve bu nedenle önlemlerin tanımlanmadığı durumları ifade etmektedir. Schmitt'in egemenlik kuramında, böyle kritik bir duruma karar veren ve hukuku şekillendiren egemen, genellikle bir devlet başkanı olarak görülmektedir. Bu bağlamda, egemen, olağanüstü durumlarda düzeni sağlamak için hukukun sınırlarını aşabilme yetkisine sahip bir figür olarak öne çıkmaktadır<sup>84</sup>.

Schmitt, parlamenter sistemlerin demokratik temsili ve eşitliği sağlama konusundaki yetersizliklerini eleştirerek, parlamenter demokrasiyi "fıkri bir hile" olarak nitelendirmiştir. Bu eleştirilerini özellikle Schmitt, "Parlamenter Demokrasinin Krizi" adlı eserinde dile getirmiştir<sup>85</sup>. Eserde öne çıkan ana argüman, eşitlik ilkesidir; Schmitt'e göre, demokrasi "eşitlerin eşitliği" olarak tanımlanmakta, ancak bu durum gerçek anlamda eşitliği sağlayamamaktadır. Schmitt, demokrasi anlayışının, liberalizmin bireycilik vurgusuna hizmet ettiğini ve aslında herkesin eşitliğine dayanmayacağını savunur<sup>86</sup>. Bu bağlamda demokrasi, özgürlük yerine türdeşlikle eş

<sup>79</sup> Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (n 78) 113.

<sup>80</sup> Özenç (n 5) 96. Schmitt, "Anayasa Öğretisi" isimli kitabında; mutlak-görelî-pozitif ve ideal olmak üzere dört farklı anayasa tanımı yapar. Schmitt'in söz konusu anayasa tanımları ile detaylı açıklamaları için ayrıca Bkz. Ece Göztepe, 'Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi', (2015) 73(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/230778> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 138-147.

<sup>81</sup> Ayrıca Schmitt'e göre halk, anayasayı yapan bir güç olup, anayasanın hüviyeti hakkında belirleyici bir yere sahiptir. Bkz. Türkeli (n 8) 995.

<sup>82</sup> Türkeli (n 8) 983-984, 994.

<sup>83</sup> Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm* (A. Emre Zeybekoğlu tr, Dost Yayınevi 2024) 13-14.

<sup>84</sup> ibid 19-21.

<sup>85</sup> Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (Ellen Kennedy tr, The MIT Press 1988) 24-25.

<sup>86</sup> Schmitt, *Constitutional Theory* (n 78) 239-250.

değer olan eşitliğin esas alındığı<sup>87</sup>, kurucu unsurunu homojen halkın oluşturduğu<sup>88</sup>, çoğulculuğun imkânsız olduğu siyasal bir sistem olarak tanımlar.

Schmitt kuvvetler ayrılığını ise, burjuva devletinin bir yanılığası olarak görmektedir. Ona göre, bu ilke, yasama ve yürütme organlarını dengeleme temeline dayanarak geliştirilmiştir<sup>89</sup>. Schmitt, kuvvetler ayrılığının devletin etkinliğini ve egemenliğini zayıflattığını savunur. Bu ayırım, devlet organları arasında güç paylaşımına yol açarak, devletin bütünsel etkinliğini ve egemenliğini tehlikeye atabilir<sup>90</sup>. Schmitt'in kuvvetler ayrılığına yönelik eleştirileri, bu ilkenin devletin etkinliği ve egemenliği üzerindeki olumsuz etkilerini vurgularken, aynı zamanda kuvvetler ayrılığının temel ilkelerinin doğru bir şekilde anlaşılmasının önemini de ortaya koymaktadır. Kuvvetler ayrılığı, kuvvetlerin yerine getirdiği işlevlerin maddi, diğer bir şekilde niteliksel açıdan ayrılığı ile ilişkilidir. Bu kavram liberal hukuk devletinin ana esasını meydana getirir. Bu ayırımın gözetilmemesi durumunda kuvvetler ayrılığı manasını açık biçimde kaybedecektir. Bu kavrama kuvvetlerin bölünmesi şeklinde mana yüklenmesi, kavramın hakiki manasını tahrif etme gayreti sayılmasının yanı sıra, yasama ile yargı organları arasındaki maddi farklılığı da görmezden gelmektedir<sup>91</sup>.

## **B. Schmitt'in Anayasa Yargısına Eleştirel Yaklaşımı ve Dayanakları**

Schmitt, AYM'lerin varlığını eleştirirken, bu kurumun demokratik sistem içerisindeki işlev ve meşruiyetine dair görüşlerini belirli teorik temellere dayandırmıştır. Schmitt'in anayasa yargısına yönelik eleştirilerinin dayanakları kuvvetler ayrılığı ilkesi, egemenlik, siyasi iktidarın sınırlandırılması ve hukukun siyasetten üstünlüğü iddialarına karşılık anayasa yargısının siyasi olduğu ve anayasanın koruyuculuğu işlevinin devlet başkanında olması gerektiğine ilişkin görüşleri üzerinden şekillenmektedir.

### **1. Yasama ve Yargı İşlevleri Arasında Maddi Farklılık Vardır**

Schmitt, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleme işlevinin anayasa yargısına verilmesinin kuvvetler ayrılığı ilkesini zedelediğini düşünmektedir. Schmitt, yukarıda tanımlanan kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde yasama ve yargı işlevleri arasında katı bir ayırım yapmıştır. Bu ayırım kısaca, hukukun serbest şekilde yaratılması ile yaratılan hukukun saf biçimde tatbik edilmesi arasındaki ayırma dayanmıştır.

---

<sup>87</sup> ibid 257-258.

<sup>88</sup> ibid 261-262.

<sup>89</sup> Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (n 85) 39.

<sup>90</sup> ibid 40-46.

<sup>91</sup> Özenç (n 5) 97-98.

Yargının bağımsızlığından söz edebilmek için bağıllık/bağımlılık ilişkisinin tam manasıyla tesis edilmesi gerekir. Bağıllık veya bağımlılıktan anlaşılması gereken, hâkimlerin bir karar verdiği esnada yalnızca kanuna (siyasi karara) bağılı kalmasıdır. Kanuna bağıllıktan ise, “*yargısal kararın, kanun içerisinde hâlihazırda öngörülebilir şekilde var olan bir metinden türetilmesi*” anlaşılmalıdır. Bu şey aynı zamanda yasama ile yargı arasında maddi farklılığın özünü meydana getirir<sup>92</sup>.

Schmitt teorisinde, yargıcın birinci vazifesi adaleti tesis etmek, anayasayı savunmak ya da anayasayı uygulamak olmadığını, halkın onurunu resmî açıklamayla her saldırıdan korumak olduğunu öne sürmesidir<sup>93</sup> bu bakımdan yargı ona göre ayrı bir kuvvet de değildir<sup>94</sup>. Schmitt, kuvvetler ayrılığı ilkesinin devleti olağanüstü derecede sınırladığını ifade eder<sup>95</sup>. Maddi hukuk devletinde (*substantive law state*)<sup>96</sup> yasama organı, serbestçe hukuk yaratma ve siyasi kararlar alma yetkisiyle donatılmıştır<sup>97</sup>. Bu bağlamda hâkime, karar verme sürecinde belirli bir takdir yetkisi tanınabilir; ancak yasama organına ait olan siyasi karar alma yetkisi hâkime devredilemez<sup>98</sup>. Yasama organı halkın iradesini yansıtan demokratik bir temsil mekanizmasıdır ve egemenliğin asli taşıyıcısıdır. Yargı ise, bu iradenin belirlediği sınırlar çerçevesinde hukuku uygulamakla sınırlı bir görev üstlenmelidir.

## 2. Siyasi İktidarın Sınırlandırılması (Egemenin Bertaraf Edilmesi)

Schmitt'e göre, egemenlik, anayasal düzenin temelidir. Egemen, olağanüstü hallerde karar alma yetkisine sahip olan kişi ya da organdır<sup>99</sup>. Ancak modern anayasalar, egemenin bu mutlak karar verme yetkisini sınırlayarak, iktidarın hukuki normlara bağlanmasını ve bu normlar çerçevesinde hareket edilmesini öngörür. Schmitt'in

<sup>92</sup> Aktaran: Özenç (n 5) 98-99.

<sup>93</sup> Esasında bu konu Schmitt'in “*dost-düşman*” temellendirmesine dayanmaktadır ve siyasi birliği oluşturan bir kavram olarak ifade edilir. Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı* (Ece Göztepe tr, Metis Yayınları 2021) 58; Bkz. Harry Reicher, ‘İnsanlığa Karşı Suçlarda Sorumluluktan Kaçmak: Eli Kanlı Hukukçular Nürnberg’de’, in Alan E. Steinweiss ve Robert D. Rachlin (eds), *Nazi Almanyasında Hukuk: İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması* (Kıvılcım Turanlı çev, Zoe Kitap 2022) 179.

<sup>94</sup> Reicher (n 93) 168,178.

<sup>95</sup> Fatma Betül Sehwala, ‘Carl Schmitt’in Parlamentarizm Eleştirisi ve Olağanüstü Hâl Teorisi’ (2023) 9(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (BÜHFD) 697.

<sup>96</sup> Schmitt'in hukuk devleti anlayışını ifade eder. Ona göre hukuk yalnızca şekli (prosedürel) kurullarla sınırlı bir yapı olarak görülmez. Şekli hukuk devletini (formal law state) tarafsız ve teknik bir araç olarak değerlendirir ve bu yaklaşım hukukun siyasal bağlamını göz ardı edeceğini, devletin varlığını tehlikeye atabileceğini öne sürer. Şekli yasa “*siyasal yasa*” kavramıyla tamamlanır. Bkz. Göztepe (n 80) 149.

<sup>97</sup> Sehwala, ‘Carl Schmitt’in Parlamentarizm Eleştirisi ve Olağanüstü Hâl Teorisi’ (n 95) 697.

<sup>98</sup> Özenç (n 5) 98.

<sup>99</sup> Schmitt, *Siyasi İlahiyat* (n 83) 19-20.

perspektifinden bu, "egemenliğin bertaraf edilmesi veya zayıflatılması" olarak görülmektedir<sup>100</sup>. Schmitt'e göre, "liberal hukuk devleti" ve "parlamentar yasama devleti" kavramları arasında güçlü bir bağ bulunmaktadır<sup>101</sup>. Bu tür devletlerde bireylerin ya da devlet yöneticilerinin keyfi iradesi değil, yalnızca kanunların üstünlüğü esas alınır. Buna göre, siyasi iktidarın güç kullanma yetkisinin meşruiyeti, devletin tüm eylemlerinin kanunlara uygun olmasıyla sağlanır. Parlamentar yasama devletinde hukuk, öncelikli olarak yasama organı tarafından çıkarılan kanunlar aracılığıyla somutlaşır.

Liberal bir hukuk devletinde yasama organının üstünlüğü ilkesi esastır. Bu çerçevede, kanun koyma yetkisi yalnızca yasama organına aittir ve bu yetkiyi elinde bulunduran yasama organı, hukukun, mevcut düzenin ve adaletin kesin koruyucusu olarak kabul edilir. Ancak bu durum, yasama gücünün kötüye kullanılma ihtimalinin tamamen görmezden gelinmesi gerektiği anlamına gelmez; aksi hâlde liberal bir hukuk devleti yerine farklı bir devlet biçimi inşa edilmesi gerekebilir.

Buna karşın, anayasal denetim yapan bir yargı organı, yasama organı üzerinde etkili bir denetim gücüne sahip olabilir. Bu durum, özellikle AYM'nin anayasal normların muğlak yapısı nedeniyle sadece hukuku uygulama işleviyle sınırlı kalamayarak, kaçınılmaz olarak hukuk yaratma eyleminde bulunması hâlinde ortaya çıkar. Böyle bir gelişme, yeni bir kanun koyucunun ortaya çıkması anlamına gelir ve yasama organının tekel niteliği ile merkezi konumunu tehlikeye düşürür. Schmitt'e göre, ancak merkezi iktidar ile kanunların bulunmadığı yargı devletinde hâkimler, bir olay karşısında hukuk yaratabilirler ve yargı bu devlet türünde anayasanın koruyucusu vazifesini üstlenebilir<sup>102</sup>.

### **3. Anayasa Mahkemesinin Denetim Yetkisi Yargısal Değil Siyasidir**

Schmitt'e göre, anayasa yargısının bir yargı organı tarafından yapılması, demokratik ve egemen bir devletin güçlü merkezi iktidar ihtiyacını zayıflatabilir. Yasaların iptalinin bağımsız bir mahkeme tarafından yapılması, halkın iradesi ve yasama organının işlevlerini mahkemelere devretmek anlamına gelir<sup>103</sup>. Bu nedenle, anayasal

<sup>100</sup> Türkeli (n 8) 983-984, 994.

<sup>101</sup> Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* (Jeffrey Seitzer ed and tr, Duke University Press: 3, 2004) 17.

<sup>102</sup> Özenç (n 5) 103.

<sup>103</sup> Waldron'a göre anayasa yargısı, demokratik değerler söz konusu olduğunda siyasi olarak gayrimeşru durumdadır. Gerçekten de anayasa yargısı az sayıda seçilmemiş ve hesap verme yetkisi olmayan hâkimler arasında çoğunluk oyuna ayrıcalık tanıyarak, sıradan vatandaşları haklarından mahrum eder ve haklarla ilgili sorunların nihai çözümünde temsil ve siyasi eşitlikle ilgili çok değerli ilkeleri bir kenara iter. Bkz. Jeremy Waldron, 'The Core of the Case Against Judicial Review' (2006) 115 (6) *The Yale Law Journal*, <https://doi.org/10.2307/20455656> Erişim Tarihi: 03 Nisan 2024, 1353;

denetimin yargı kuvveti içerisindeki bir kurum veya tesis edilecek ayrı bir yargısal kurum tarafından yerine getirilmesine karşısında Anayasa yargısının imkânsızlığını savunur<sup>104</sup>. Schmitt, hukukun üstünlüğüne ilişkin yanlış ve soyut bir anlayış olduğunu iddia eder. Tüm siyasi meselelerin yargısal usuller kullanılarak çözüme kavuşturulmasını hukukun üstünlüğü idealiyle özdeşleştirmek ve yargıya açık olmayan meselelere doğru böyle bir genişlemenin sadece yargıya zarar verebileceğini göz ardı etmek doğal görünmektedir. Bunun sonucu, hem anayasal hem de uluslararası hukuk meseleleri ile ilgili olarak çoğu kez ifade edildiği gibi, siyasetin hukukleştirilmesi değil, yargılamanın siyasileştirilmesi olacaktır<sup>105</sup>.

Schmitt'e göre liberal bir hukuk devletinde, anayasal denetim yetkisine haiz bir AYM kurulması hâlinde, bir yargı organının varlığından bahsedilemez. Bu durumda ihtilaf konusu olan anayasa ve yasama sorunlarına dair kararlar veren, siyasi bir kuruluş söz konusu olur ve anayasanın koruyucusu pozisyonunu üstlenir. Bir çeşit yargı devleti inşası manasını taşıyan bu hâl, hukuk devletiyle de uyumsuz<sup>106</sup>.

Gözler, konuya daha farklı açıdan yaklaşarak AYM'nin siyasi kuruluş hâline geleceğini ve yasama organının üstünde süper bir yasama organı olarak yer alacağını ifade eder. Gözler'e göre AYM üyelerinin hepsini direkt olarak, halkça seçilmesi durumunda bile, AYM'nin meşruluğu meselesi ortadan kaldırılmamaktadır. Zira bu koşulda iki problem meydana gelecektir: Birincisi ortaya çıkan organın vasfı hakkındadır. Gerçekten de bu durumda artık, bir yargısal makamdan değil, siyasal makamdan bahsedebiliriz. Siyasal makam olduğu için de bu makamca yerine getirilen

---

Gözler de anayasaya yargısının meşru olduğunun kabul edilebilmesi için AYM üyelerinin anayasayı, milletvekillerinden daha iyi yorumladıklarının kanıtlanması gerektiği olgusunu ileri sürer. Ancak yapılan yorumun daha doğru olduğunun kanıtlanması ise imkânsızdır. İşte böyle kanıt getirilemiyor ve durum ortaya konulamıyorsa parlamento ile AYM'nin karşı karşıya gelmesi durumunda demokratik ülkede, son sözü parlamento söylemeli ve parlamentonun yorumu üstün olmalıdır, AYM'nin değil. Zira parlamento üyeleri yani milletvekilleri halkça seçilirken, AYM üyelerinde böyle bir durum söz konusu değildir. Bkz. Gözler, *Anayasa Yargısının Meşruluğu* (n 73) 146-147.

<sup>104</sup> Carl Schmitt, 'The Guardian of the Constitution: Schmitt's Argument Against Constitutional Review' in Lars Vinx (ed and tr), *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press 2015) 79 vd.

<sup>105</sup> Schmitt, 'The Guardian of the Constitution: Schmitt's Argument Against Constitutional Review' (n 105), 90-91; Erdoğan da benzer düşüncededir. Erdoğan'a göre anayasa yargısı, politik meselelerin ortadan kaldırılması işinin yargı makamlarına bırakılması manasını taşır. Ancak bu hâlde yargısal makamların siyasileşmesinin yanı sıra devletin hukuk ile kayıtlanması gayesini gerçekleştirecekleri de kati değildir. Zira siyasi sebeplerin ağırlıklı olduğu, yargı kararlarından devleti kayıtlayacak bir hukuk oluşması mümkün olmayabilir. Bunun yanında devleti hürriyetler yararına kayıtlama istencinin oluşması da garanti değildir. Bkz. Erdoğan (n 47) 40.

<sup>106</sup> Özenç (n 5) 104.

anayasaya aykırılık denetimi, siyasal denetim olur. Yargısal denetim sayılmaz. İkincisi ise AYM üyelerinin halkça seçilmesinden dolayı, AYM artık parlamentonun üzerinde bulunan bir parlamento, süper bir yasama organı durumuna dönüşür. Parlamento ise süper yasama organına sadece kanun tasarısı yapan sıradan bir komisyon olur<sup>107</sup>.

Yine bir eylemin yargısal olarak nitelendirilebilmesi için normun muhtevasının belirli ve açık olması elzemdir. Bu bağlamda normun muhtevası muğlak ve ihtilafli ise artık yargısal bir eylemden bahsedilemez. Anayasal normlar, geniş kapsamları ve muğlak nitelikleri nedeniyle kanunlarla çatışabilecek özelliklere sahiptir. Bu tür bir çatışma durumunda, öncelikle anayasal normların içeriğine dair belirsizliklerin giderilmesi gerekir. Ancak bu süreç, somut bir olayla ilgili yargısal karar vermek anlamına gelmez; aksine, normun içeriği ve kapsamının doğru bir şekilde belirlenmesi gerektiği için bu, bir yasama faaliyetidir. Bu eylem anayasal boyutta meydana geldiğinden dolayı da anayasa yapma faaliyeti olarak tezahür eder<sup>108</sup>.

#### **4. Anayasal Denetimler Genel Mahkemelerce Kısıtlı Biçimde Yapılabilir**

Schmitt, 1925 tarihli *Anayasa Öğretisi* adlı eserinde, genel mahkemeler tarafından yapılan anayasal denetimi kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı görmez. Çünkü bu tür bir denetim, somut vakalarla sınırlı ve belirli davalar üzerinden gerçekleştirilir, dolayısıyla yasamanın yetkilerine müdahale anlamına gelmez. Bu durum, yargının sadece mevcut somut durumu değerlendirdiği bir işlem olarak kabul edilir ve yasama yetkisini aşan bir uygulama olarak görülmez<sup>109</sup>.

Schmitt, 1931 tarihli *Anayasanın Koruyucusu* başlıklı eserinde, genel mahkemelerin anayasal denetim yaparken, anayasaya aykırı olarak gördükleri bir normu somut vakaya uygulamaktan kaçınabilmeleri için normun kapsamının muğlak olması gerektiğini savunmuştur. Özellikle, '*anayasanın ruhu*' gibi yoruma açık, belirsiz kavramlara dayalı anayasa denetimi yapılamaz. Eğer somut bir vakada anayasal norm ile kanun arasında bir çelişki varsa ve her iki norm da belirli bir şekilde yorumlanabiliyorsa, hâkim kanunu uygulamaktan kaçınabilir. Bu durumda, yargısal

---

<sup>107</sup> Gözler (n 73) 142.

<sup>108</sup> Schmitt, *Constitutional Theory* (n 78) 131-132; Suat Kutay Küçükler, *Carl Schmitt'in Hukuk Düşüncesinde Demokrasi ve Diktatörlük Tartışması* (On İki Levha Yayıncılık 2023) 102-103; Özenç (n 5) 100-101.

<sup>109</sup> Schmitt, 'The Guardian of the Constitution: Schmitt's Argument Against Constitutional Review' (n 105), 80 vd.; Göztepe (n 80) 148, 151; Özenç (n 5) 107.

faaliyette norma bağlılık ilkesinin ihlali söz konusu olmaz, çünkü anayasal norma bağlılık, anayasanın üstünlüğü ilkesinin gereği olarak her zaman üstün kabul edilir<sup>110</sup>.

## 5. Devlet Başkanının Anayasa Koruma Yetkisi

Schmitt, kendi anayasal tanımından yola çıkarak anayasanın korunmasının<sup>111</sup> işlev bakımından hukuki olmaktan ziyade siyasi olduğu düşüncesindedir. Bu nedenle anayasayı koruma yetkisi devlet başkanındadır<sup>112</sup>. Çünkü devlet başkanı, mevcut siyasi partiler karşısında tarafsız olup aynı zamanda demokratik meşruiyete sahiptir<sup>113</sup>.

Schmitt, "Anayasanın Koruyucusu" başlıklı eserinde, Weimar parlamentosunda ileri sürülen anayasanın koruyuculuğu görevinin "Alman Devlet Yüksek Mahkemesi (Staatsgerichtshof)" tarafından yerine getirilmesi görüşünün esasen Amerikan Yüksek Mahkemesinin hususi yeri ve fonksiyonundan yola çıkılarak söylendiğini ileri sürer. Ancak Schmitt'e göre Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin sistem ve yerinin Kıta Avrupası'na hem toplumsal hem de siyasi bakımdan nakledilmesi mümkün değildir<sup>114</sup>.

Schmitt, tarihi ve siyasi dönümleri esas alarak değerlendirme yapar. Schmitt'e göre devlet-toplum arasındaki farklılıkların 20. yüzyılda ortadan kalkmasıyla yasama devleti manasını yitirir. Artık devlet-toplum arasında özdeşleşme meydana gelmeye başlar. Devlet ve toplumun özdeşleşmesi doğrultusunda devlet-toplum arasındaki siyasi-gayri siyasi ayrımı ortadan kalktığından her husus devletin ilgi alanına dâhil olur. Görüldüğü üzere 20. yüzyılda, tarafsız liberal devletten totaliter bir devlete dönüş söz konusudur. Bu durum anayasanın koruyuculuğuna dair mülâhazaların artmasına sebep olmuştur<sup>115</sup>.

Devletin eylemlerinde meydana gelen yayılma ile birlikte, eylemlerin esas süjesi olan yasama organı karşısında bir tepkinin yanında teminat arayışı söz konusu olmuştur.

<sup>110</sup> Schmitt, 'The Guardian of the Constitution: Schmitt's Argument Against Constitutional Review' (n 105), 89-90; Göztepe (n 80) 159, dpn. 104.

<sup>111</sup> Schmitt, anayasanın kimin tarafından korunacağı mülâhazasını aslında devletin sürekliliğine dair bir problem şeklinde görür. Bkz. Türkeli (n 8) 997.

<sup>112</sup> Türkeli'ye göre Schmitt tarafından anayasayı koruyacak kişi ve/veya makam olarak devlet başkanının tavsiye edilmesi, aslında otoriter rejimlere kapı aralayan bir yöntemdir. Bkz. Türkeli (n 8) 1003.

<sup>113</sup> Özenç (n 5) 96. Bu çıkarım, yalnızca parlamenter rejimler için geçerlidir. Parlamenter sistemlerde, devlet başkanı tarafsız ve sembolik bir görev üstlenir. Başkanlık ve yarı-başkanlık sistemlerinde farklı dinamikler söz konusudur.

<sup>114</sup> Türkeli (n 8) 997.

<sup>115</sup> Özenç (n 5) 202-203.



Bu teminatın yargı alanında aranmasına ilişkin gayret ise anlık bir tepkidir. Zira yargısal fonksiyonu diğerlerinden ayıran temel niteliği diğer organlara bağımlılıktır. Bu ilişki yargı organının yasama organı karşısında bir ağırlık meydana getirmesini olanaksız kılar. Bu ağırlığı ise sadece yürütme organı meydana getirebilir<sup>116</sup>.

Parlamentar bir yasama devletinde partiler, demokrasinin yürütülebilmesi için gereken esaslı niteliklerini fiilen yitirmişlerdir. Bu kuruluşlar devlet-toplum arasındaki farklılıkların yok olmasının neticelerinden faydalanırlar. Sonuç olarak, değişik iktidar mihraklarından meydana gelen çoğulcu bir devlet türemiştir. Yani parlamenter parti devleti artık çoğulcu parti devletine dönüşmüştür. Yasama organı ise siyasi partiler yüzünden devletin çoğulcu bir bölünmesi durumuna gelmiştir. Bu saatten sonra yasama organı, anayasanın koruyucusu olamaz. Aksine yasama organı, kendisinden anayasanın korunmasının zaruri olduğu bir tehdit durumunu almıştır. Görünen tehditler karşısında ise siyasi birlik ve kararlılığı temin edecek otoriteye ihtiyaç duyulmaktadır. Schmitt'i böyle bir otoritenin aranmasına iten şeyler, yasama organı içerisinde yer alan siyasi partilerin girmiş oldukları menfaat mücadeleleri ile kurumsal birlikteliklerin ortadan kalkması yani bölünmesi olmuştur. Bu sebeple anayasal düzenin çöküşünü önlemek için bütün karşıt menfaat odaklarının üstünde yer alan "tarafsız bir güç" arama ihtiyacı doğmuştur<sup>117</sup>. Bu otorite total devlete dönüşün önündeki mâniayı kaldırabilir. Yani anayasaya aykırı biçimde var olan çoğunluğu anayasaya mütenasip biçimde yok edebilir<sup>118</sup>. Bundan dolayı, otoritenin bağımsız ve siyasi partilerin siyasetinden bitaraf olması gerekir. Bu kişi de başkandır<sup>119</sup>. Schmitt'in yasama organı içerisinde siyasi partilerin girdikleri karşıt menfaat mücadeleleri ile yaşanan kurumsal ayrılmalar ve bölünmeler karşısında devletin sürekliliğini temin ederek tehlikeleri ortadan kaldırabilecek yasama ve yargı organı haricinde bir güç arayışı, onu devlet başkanının anayasayı koruyacak bir durumda bulunduğu fikrine doğru hareket ettirmiştir. Ayrıca başkan, hem halkın siyasi bütünlüğünü muhafaza eden hem de Weimar anayasasının temel aldığı demokratik ögeler ile ahenkli bir yapıya sahiptir. Bunun yanında toplumsal ve iktisadi menfaat gruplarının çoğulculuğuna karşı, parti siyasetlerinden de bağımsız ve tarafsız bir yerde durmaktadır<sup>120</sup>. Ayrıca devlet başkanı, sahip olduğu teminat ve yetkilerin yanı sıra,

<sup>116</sup> ibid 203.

<sup>117</sup> Bkz. Türkeli (n 8) 997.

<sup>118</sup> Schmitt, 1934 tarihli "Führer Hukuku Korur" başlıklı makalesinde hem Alman Parlamentosunu, Bağımsız Sosyalist Parti'nin örgütlenme ve eylemlerini önlemediği, bu sebeple devlet düşmanlarına lüzumu olan cevabı ve cezayı veremediği gerekçesiyle eleştirirken hem de "Führer'in en üst düzey yargıç olarak hukuku en kötü suiistimallere karşı koruyacağını" ifade etmiştir. Bkz. Türkeli (n 8) 983.

<sup>119</sup> Özenç (n 5) 205-207, 211.

<sup>120</sup> Türkeli (n 8) 997.

göreve başladığında anayasayı koruyacağına dair bir yemin eder. Bu siyasi yemin, Alman anayasa hukuku geleneğine göre, anayasanın teminatı olarak kabul edilir<sup>121</sup>.

### III. KELSEN VE SCHMITT'İN ANAYASA YARGISINA İLİŞKİN YAKLAŞIMLARININ KARŞILAŞTIRMALI DEĞERLENDİRİLMESİ

Kelsen ve Schmitt'in görüşlerinin tek bir doğruyu göstermediğini, bunlardan birisini seçme zorunluluğumuzun olmadığını belirtmekte fayda vardır. Gerçekten de Almanya'da yaşayan bu yazarların görüşlerini, içinde yaşadıkları dönemde ülkelerinin toplumsal ve siyasi yapısı, ekonomik durumları etkilemiştir. Bu bakımdan yapılacak değerlendirme ülkelerin yönetim biçimi, yönetimin kimlerle paylaştığı, toplumu oluşturan halkın sosyolojik yapısı, ülkenin ekonomisi ve değerlendirmenin yapıldığı yıl gibi pek çok unsura göre farklılık gösterebilir.

Kelsen ve Schmitt'in anayasa yargısına ilişkin görüşleri arasındaki farklılıkların, her ikisinin kavramlara yükledikleri anlamlar ile siyasi düşüncelerinden kaynaklandığı görülmüştür. Gerçekten de her ikisi arasında anayasa, demokrasi, kuvvetler ayrılığı, anayasal denetim yetkisi ve anayasanın koruyucusun kimliği hakkında farklılıklar mevcuttur. Söz konusu hususları kısaca aşağıdaki şekilde tablo hâline getirebiliriz;

**Tablo 1:** Kelsen ve Schmitt'in görüşlerinin karşılaştırılması

| Kavramlar        | Kelsen   | Schmitt   |
|------------------|--|---|
| <b>Anayasa</b>   | Dar anlamda, devletin temel kuruluşlarının yapısı ile yasamanın faaliyetlerinin nasıl yürütüleceğini tanzim eden normlar bütünüdür. Geniş anlamda ise sadece kanunların yapılış biçimlerine değil, muhtevasına ilişkin de hudutlar çizer, teminatlar koyarlar. | Bir akit değildir. Aynı zamanda sadece normlar bütünü olarak da nitelendirilemez. Anayasa siyasi birliğin şekline ilişkin kararların tümünden oluşur. |
| <b>Demokrasi</b> | Özgürlüğü ve çoğulculuğu esas alır. Yasama organındaki çoğunluk ve azınlık kümesinin temsil ettiği halk  | Türdeşlikle eş değer tuttuğu eşitliği esas alır. Demokrasinin kurucu unsuru homojen bir halktır. Gerçek   |

<sup>121</sup> Özenç (n 5) 212.

|                                 |   |   |
|---------------------------------|---|---|
|                                 | grupları arasındaki sürekli mutabakattır.   | bir demokraside de çoğulculuk imkânsızdır.  |
| <b>Yargı Tanımı</b>             | Normlar hiyerarşisi çerçevesinde açıklar. Normlar hiyerarşisinin her seviyesinde hukukun yaratılması ile hukukun tatbiki birlikte gerçekleşir. Bu bağlamda anayasadan başlamak suretiyle yargı kararları ile idari işlemlere varıncaya kadar bu durum devam eder. Tabii ki bu gerçekleşmenin yoğunluk seviyeleri aynı değildir. Yoğunluk yasama organında en fazla iken yargı kararlarında ise birel norm yaratılması şeklinde en aza iner. | Yasama ve yargı arasında katı bir ayırım vardır. Yasama organı yalnızca kanun yaratırken, yargı organı ise kanunları, kanuna bağlı kalarak uygulamakla yükümlüdür. Normlar hiyerarşisiyle tam bir tezatlık yaratır. |
| <b>Kuvvetler Ayrılığı</b>       | Kuvvetlerin birbirini denetim yetkisi bağlamında kuvvetlerin bölünmesidir.  | Kuvvetler ayrılığı, kuvvetlerin yerine getirdiği işlevlerin maddi, diğer bir şekilde niteliksel açıdan ayrılığı ile ilişkilidir. Bu kavram liberal hukuk devletinin ana esasını meydana getirir.                    |
| <b>Anayasal Denetim Yetkisi</b> | Ayrı, bağımsız ve yargısal güce sahip Anayasa Mahkemesi'ndedir.   | Genel Mahkemeler, anayasal norm ile kanun arasında tezatlık varsa ve hem anayasal norm hem de kanun altlanılmaya elverişli ise denetim yapabilir.   |
| <b>Anayasanın Koruyucusu</b>    | Anayasa Mahkemesi'dir.  | Devlet Başkanı'dır.   |

Öncelikle bu karşılaştırmayı yaparken, her iki düşünürün anayasa yargısına dair teorilerinin farklı tarihsel ve siyasi bağlamlardan şekillendiğini göz önünde bulundurmak gerekir. Her iki düşünür de anayasa yargısının yeri ve fonksiyonu, anayasal düzenin korunmasıyla ilgili fikirler geliştirmekle birlikte bu konudaki temel anlayışları ve önerileri birbirinden önemli ölçüde ayrılmaktadır. Kelsen, anayasa yargısının hukukun üstünlüğü ve normatif yapısıyla uyumlu bir şekilde işleyişi gerektiğini savunurken, Schmitt, anayasa yargısının devletin egemenliğini zayıflatabileceğini ve siyasi bir müdahale aracı olabileceğini öne sürmektedir. Kelsen'in yaklaşımı daha normatif, hukuksal ve demokratik temellere dayanırken, Schmitt'in görüşleri daha çok siyasi gücün ve egemenliğin korunması üzerinden şekillenmektedir.

Kelsen'in anayasa yargısı anlayışı, hukukun üstünlüğü ilkesi ve normlar hiyerarşisi çerçevesinde tanımlanır. Temel normu hukuk düzeninin temeli olarak kabul eder ve anayasanın normlar hiyerarşisindeki en yüksek norm olduğunu savunur. Kelsen, anayasanın yalnızca bir toplum sözleşmesi ya da siyasi bir anlaşma değil, normatif bir yapısı olduğunu öne sürmektedir. Anayasada en üst norm olarak yer alan kurallar, toplumsal uzlaşma ve hukukun evrensel prensipleriyle uyumlu olmalıdır.

Schmitt, anayasayı hukukun normatif yapısından ziyade, halkın politik birliği/iradesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunur. Schmitt kuramının temelinde hukukun anayasal düzenin gerisinde kurucu iktidarın kararı olduğunu ortaya koymaktadır. Schmitt, Kelsen'in normativist hukuk düşüncesini eleştirerek, bu yaklaşımın hukuku yalnızca normlar sistemine indirgediğini ve onun toplumsal ve siyasi bağlamlarını ihmal ettiğini belirtir. Diğer ifadeyle hukuk sadece normlardan ibaret değildir; toplumsal olgular ve siyasi kararlarla da şekillenir. Schmitt'e göre, bir normun varlık kazanması (uygulanabilir hale gelmesi), yargıcın bireysel kararından değil, önceden oluşturulmuş kurallar havuzundan bir seçim yapmasından kaynaklanır<sup>122</sup>. Burada önemli soru şudur; "bir norm, yargıcın seçim yapabileceği bu havuzda neden ve nasıl yer almıştır?" bu sorunun cevabı, normun kendisinden değil, normu ortaya koyan başka bir karardan veya o normun kaynağını oluşturan başka bir yetkiden geldiği öne sürülür<sup>123</sup>. Schmitt, bu noktada hukukun temelinde 'kurucu iktidar (constituent power)' kavramına işaret etmektedir<sup>124</sup>. Kurucu iktidar, hukuki düzeni meydana getiren asıl ve öncül otoritedir. Bu iktidar, mevcut hukuki normlara dayanmaz; aksine, bu normların çerçevesini oluşturan, hukukun ötesindeki siyasi bir karardır. Schmitt'e göre hukuk, bireylerin rasyonel ve iradi eylemleriyle değil, egemenin verdiği bir kararla kurulur<sup>125</sup>. Başka deyişle hukuki düzenin başlangıç noktası, bir kural veya normdan ziyade, bir egemenin 'olağanüstü durumda' verdiği temel karardır<sup>126</sup>. Schmitt, hukukun dayandığı temel kararın, normatif çerçevenin veya somut bir düzenin olmadığı bir durumda ortaya çıktığını belirtmesidir. Bu, özellikle kriz veya olağanüstü hallerde geçerlidir. Schmitt'in Siyasi İlahiyat eserindeki "egemen,

<sup>122</sup> Schmitt, 'The Guardian of the Constitution: Schmitt's Argument Against Constitutional Review' (n 105) 79-81.

<sup>123</sup> Schmitt, asli kurucu iktidarı, halkın kendi siyasal varlığını ve birliğini belirlemek üzere verdiği temel siyasi karar ve irade olarak tanımlar. Ancak, asli kurucu iktidar (halk) iradesini kullandıktan yalnızca anayasada kendisine tanınan yetkiler doğrultusunda hareket edebilir. Bu yüzden normatif yapının asıl kurucusu siyasi iradedir. Normların gerisinde siyasi iradenin kararı vardır, dolayısıyla bunun sınırlandırılması mümkün değildir. Schmitt, *Constitutional Theory* (n 78) 132; Ayrıca bkz. Göztepe (n 80) 144-145.

<sup>124</sup> Schmitt, *Constitutional Theory* (n 78) 131.

<sup>125</sup> ibid 132.

<sup>126</sup> Schmitt, *Siyasi İlahiyat* (n 83) 19-21.

*olağanüstü hale karar verebilendir*”<sup>127</sup> şeklindeki giriş cümlesi egemenin kim olduğunu ve hangi koşullarda harekete geçtiğini tanımlamaktadır. Schmitt'in demokrasi anlayışı, farklı toplumsal grupların varlığını kabul etmek yerine, tüm halkın ortak bir irade ile hareket etmesini temel almaktadır. Bu nedenle, Schmitt'in anlayışında, demokrasinin kurucu ögesi homojen bir halktır ve çoğulculuk bu anlayışa aykırıdır. Kelsen, demokrasiyi, çoğunluğun ve azınlığın uzlaşması olarak görmektedir. Ona göre, demokratik bir sistemde, toplumsal mutabakat ve hukuk normları her iki tarafı da eşit bir şekilde dikkate almalıdır.

Kelsen, kuvvetler ayrılığını normlar hiyerarşisi çerçevesinde açıklamıştır. Ona göre, yasama, yürütme ve yargı organları, birbirlerini denetlemek ve denetim süreçlerinde birbirlerinin yetki alanlarına müdahale etmemek suretiyle işlevlerini yerine getirirler. Kelsen, anayasa yargısının bağımsız olmasını ve normlar hiyerarşisinin en üst düzeyinde yer alan anayasa normlarını koruma görevine sahip olması gerektiğini savunmaktadır. Anayasa yargısı yalnızca anayasa ile çelişen yasaların geçersiz sayılmasını sağlamalıdır.

Schmitt, yasama, yürütme ve yargının birbirinden tamamen bağımsız şekilde işlemesi gerektiği anlayışını reddeder. Bunun yerine, bu kuvvetlerin işlevsel birliğini ve devletin bütünlüğü içinde birlikte çalışmasını savunur. Schmitt'e göre, liberal devlet kavramları (kuvvetler ayrılığı, hukukun üstünlüğü ilkesi vb.) egemeni sınırlamaktadır. Ona göre, yasama organı yalnızca kanun yaratırken, yargı organı bu kanunları uygulamakla yükümlüdür. Schmitt, genel mahkemelerin yalnızca somut vakalarla sınırlı denetim yapabileceğini öne sürmüştür. Ayrıca, anayasa yargısının hukuki denetim değil, siyasi bir denetim işlevi taşıdığı iddia etmiştir. Schmitt, bağımsız/ayrı bir Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasını, yasama yetkisinin devri olarak görmüştür. Schmitt'e göre, devlet başkanı, egemenliğin simgesi olarak anayasanın korunması ve devamlılığını sağlamalıdır. O, anayasa koruyucusu olarak devlet başkanının, yalnızca hukuki değil, aynı zamanda siyasi bir işlevi yerine getirdiğini belirtir. Bu bakış açısına göre, anayasanın korunması sadece normatif değil, aynı zamanda siyasi bir süreçtir ve anayasa koruyucusu olarak devlet başkanı, anayasanın egemenliğini sürdürebilmek için önemli bir aktördür, çünkü acil durumlarda olağanüstü yetkilere sahiptir. Kelsen, anayasa koruyucusunun Anayasa Mahkemesi olması gerektiğini ifade ederken, AYM'nin anayasa normlarının korunmasında belirleyici bir rol oynadığı savına dayanmıştır.

---

<sup>127</sup> ibid 13.

## SONUÇ

Anayasal denetim, anayasanın üstünlüğünü ve yasaların anayasa ile uyumunu güvence altına alarak anayasal ilkelerin etkin bir şekilde işleyişini sağlamak bakımından mühim bir işleve sahiptir. Kelsen ve Schmitt arasındaki tartışmalar da, bu ilkelere ve anayasal denetimin rolüne dair farklı bakış açılarını ortaya koymaktadır. Her iki hukukçu, aynı kavramlara farklı anlamlar yükleyerek çeşitli sonuçlara ulaşmışlardır.

Kelsen'e göre, anayasa yargısı, devlet fonksiyonlarının hukuka uygun şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla teknik araçlar sisteminin bir parçasıdır ve yalnızca hukuk devleti iddiasında bulunan devletler için geçerlidir. Kelsen, anayasa yargısını normlar hiyerarşisinin bir parçası olarak tanımlar ve bu hiyerarşinin en üstünde yer alan *Grundnorm*'un hukuk ötesi bir norm olduğunu savunur. *Grundnorm*'lar, pozitif hukuk normları olmasalar da alt normların geçerliliği bu normlara bağlıdır ancak *Grundnorm*'lar alt normların içeriğini belirlemezler. Kelsen, anayasal denetimin yasama organına verilemeyeceğini ve devlet başkanının anayasal sistemi hukuken koruyamayacağını ifade eder. Bunun yerine, anayasal denetimin bağımsız bir mahkeme tarafından yapılması gerektiğini vurgular.

Schmitt ise anayasa yargısına ve yargının rolüne dair daha eleştirel bir yaklaşım sergiler. Schmitt, anayasa yargısının imkânsız olduğunu, anayasaların egemeni sınırlandırdığını ve AYM'nin meşruiyetini sorgular. Liberalizmin hukuk devletine soyut kavramlar yüklemiş olduğunu belirtir. Ayrıca, anayasal denetim için normların belirli olması gerektiğini ve soyut kavramlar temel alınarak denetim yapılamayacağını, temel hakları zedeleyen kanunların ise denetim dışı olduğunu ifade eder. Bu görüş, modern anayasaların işlevsiz kalmasına yol açabilir. Schmitt göre, yargının yalnızca hukukun uygulanmasından sorumlu olması ve siyasi karar verme yetkisine sahip olmaması gerekir. Son durumda Schmitt, anayasal denetimin yalnızca genel mahkemeler tarafından sınırlı bir şekilde yapılabileceğini ve anayasanın koruyucusunun devlet başkanı olması gerektiğini savunur.

Bir diğer değerlendirmemiz kanunu iptal yetkisiyle donatılan AYM'nin kullandığı bu yetkinin yasama yetkisi olup olmayacağı ve böylece yasama organının yerine geçip geçmeyeceği, bu durumun kuvvetler ayrılığı ilkesine tezatlık oluşturup oluşturmayacağı ve kararının yargısal olup olmayacağı ile ilgilidir. Schmitt ve Kelsen, bu konuda belirgin farklı görüşlere sahiptir.

Kelsen, anayasa yargısının yasama yetkisiyle ilişkisini farklı bir şekilde ele alır. Kelsen'e göre AYM'ce, anayasaya aykırı bulunarak bir kanunun iptal edilmesi aslında kanun

yapma faaliyetinin tersten meydana getirilmesidir. Bu iptal kararı, tıpkı bir kanunun yürürlüğe girmesi ile eşdeğer vasıfta bir etki meydana getirir. Bu etki genel niteliklidir. Dolayısıyla, AYM'nin kanunlar üzerindeki etkisi, bir çeşit negatif kanun koyucu işlevi gibi görünebilir. Ancak, bu yetki AYM'nin işlevini yasamaya yakınlaştırsa da, denetim sırasında yürüttüğü faaliyet anayasal normların belirlediği sınırları somut duruma uyarlamaktan ibaret olduğundan, nihayetinde yargısal bir işlev olarak tezahür eder. AYM'nin somut denetim faaliyetinde normatif düzene bağlılık unsuru ön plandadır. Bir diğer deyişle AYM, diğer yargı kuruluşlarında olduğu gibi, hukuku uygulayan bir "*negatif kanun koyucu*" rolündedir ve yasama organının aksine hukuku serbestçe yaratma yetkisine haiz değildir. Zira pozitif anlamda kanun koyucu niteliğine sahip yasama organı, anayasal kurallara göre bir hukuk meydana getirirken, geniş takdir yetkisine sahiptir. AYM ise, dar takdir yetkisi bulunur. Ayrıca AYM'nin iptal yetkisi, kuvvetler ayrılığına tezatlık oluşturmaz. Kuvvetler ayrılığı ilkesi denilince, kuvvetlerin kati bir şekilde birbirinden ayrılması anlaşılır. Buradan kuvvetlerin birbirlerinin eylemlerini müteakib olarak denetlemesi manasını taşıyan kuvvetlerin bölünmesi anlaşılmalıdır. Böylece, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile devlet organlarının eylemlerinin hukuka uygun biçimde yerine getirilmesi teminat altına alınmış olur. Kelsen'e göre anayasa yargısı gerek kanunların içeriklerinin gerekse yapılış yöntemlerinin anayasaya uygun olduğunu teminat altına almak suretiyle azınlıkları çoğunluğun tecavüzlerine karşı muhafaza eder, çoğulcu demokrasiyi korur. Ancak azınlıklara zarar verici girişimlerin engellenmesi bakımından azınlıklara AYM'ye dava açma yetkisi tanınmalıdır. Kelsen, AYM'nin son raddede yargısal olmasına rağmen, neticeleri bakımından yasama işlevine yaklaşmasından yani karma özelliğe sahip olmasından dolayı AYM'nin de karma bir yapı altında örgütlenmesi gerektiği düşüncesindedir. Bu bağlamda AYM üyelerinin en azından muayyen bölümü, yasama organınca nispi temsil ilkesine uygun olarak seçilmelidir. Bu durum hem AYM üyelerini siyasi tesirlerden uzaklaştıracak hem de yasama organı ile AYM arasındaki uzlaşmazlık ve karşıtlığın azaltılmasını temin edecektir. Kelsen'e göre, AYM'nin anayasal denetim yaparken soyut kavramlara dayanması uygun değildir, çünkü soyut kavramlar muğlak olup, siyasi düşüncelere göre farklı yorumlanabilir. Gerçekten de Kelsen yaklaşık bir asır öncesinden AYM'nin yargısal aktivizm eylemine dikkat çekmiş görünmektedir. Kelsen'in bu husustaki çözüm önerisi ise yerindedir.

Schmitt ise kuvvetler ayrılığını yasama ve yargı işlevlerinin maddi ve niteliksel olarak ayırımı şeklinde tanımlar. Yasama organının hukuku yaratma yetkisine sahip olduğunu ve yargının yalnızca bu hukuku uygulamakla yükümlü olduğunu savunur. Schmitt, hâkime takdir yetkisi tanınabileceğini kabul ederken, siyasi kararlar verme yetkisinin verilmemesi gerektiğini belirtir. Ayrıca, kanunların anayasal normlara uygunluğunu belirlemenin yargısal bir eylem olarak değerlendirilemeyeceğini ileri

sürer. Anayasal normların genellikle muğlak ve geniş kapsamlı olduğunu göz önünde bulundurarak, anayasal normlarla kanunlar arasında bir uyumsuzluk olduğunda, anayasal normların belirsizliklerinin önce giderilmesi gerektiğini ifade eder. Bu işlem, somut vakaların öngörülebilir normlara uygulanmasından ziyade, normun içeriğinin ve kapsamının tespitine yönelik bir yasama eylemi olarak kabul edilir ve anayasa yapma süreci olarak değerlendirilir.

Kelsen ve Schmitt'in yaklaşımları, anayasa yargısının rolü ve sınırları üzerine süregelen tartışmalara temel teşkil etmektedir. Bu iki düşünürün argümanları değerlendirildiğinde, hukuk ve siyasetin tamamen birbirinden ayrılması gerektiğini savunmak ya da hukukun her zaman siyasi bir doğaya sahip olduğunu ileri sürmek arasında bir denge arayışına ihtiyaç bulunmaktadır. Günümüzde birçok anayasa yargısı sistemi, hukukun normatif yönünü vurgulamakla birlikte, siyasi bağlamın etkilerini de göz önüne almaktadır. Anayasa mahkemeleri, bir yandan normatif düzeni korumak amacıyla yargısal işlevlerini yerine getirirken, diğer yandan verdikleri kararların toplumsal ve siyasal düzende yansısıyla siyasi bir etkiye sahip olurlar. Anayasa mahkemelerinin hem hukuki hem de siyasi olarak nasıl bir denge sağlaması gerektiği sorusu, anayasaların asli işlevi olan siyasi iktidarların yetkilerinin sınırlandırılması, temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğundan AYM'nin özellikle siyasal iktidarın keyfi uygulamalarını engelleme, anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını teminat altına alma amacına hizmet etmesi gerektiği şeklinde olmalıdır.



#### **Araştırma ve Yayın Etiği Beyanı**

Bu çalışma bilimsel araştırma ve yayın etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

#### **Yazarların Makaleye Olan Katkıları**

Yazar 1 ve Yazar 2'nin makaleye katkıları sırasıyla %50 ve %50'dir.

#### **Destek Beyanı**

Araştırmada herhangi bir kurumdan destek alınmamıştır.

#### **Çıkar Beyanı**

Bu çalışmada herhangi bir çıkar çatışması bulunmamaktadır.

#### **Statement Regarding Research and Publication Ethics**

The study has been composed on the basis of the scientific research and the publication ethics rules.

#### **Authors' Contributions**

Author 1 and Author 2 has respectively contributed %50 and %50 to the study.

#### **Statement Regarding Financial Support**

Authors state no funding involved.

#### **Statement Regarding Conflict of Interest**

Authors state no conflict of interest.

---

## **KAYNAKÇA**

Akyalçın A, 'Anayasa Mahkemesinde Yürürlüğün Durdurulması' (2016) 23, Anayasa Yargısı [https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg23/akyalcin.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg23/akyalcin.pdf)  
Erişim Tarihi: 27 Mart 2024, 45-49

Anayurt Ö, 'AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar' (2009) 1(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-160

Aral V, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri* (İstanbul Üniversitesi Yayınları No.2471, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti 1978)

Atar Y, 'Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması' (2008) 25(1) Anayasa Yargısı <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/939307> Erişim Tarihi: 23 Nisan 2024, 93-115.

Aydemir S R, 'Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi ve Devlet Anlayışı', (2004) 7(76) Mevzuat Dergisi <https://www.mevzuatdergisi.com/2004/04a/04.htm> Erişim Tarihi: 19 Nisan 2024, 1-21

Dede K, 'Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme' (2014) 4(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/701471> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 125-148

Dworkin M. Ronald, 'Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri' (2011) *Anayasa Yargısı Dergisi* [https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald\\_mdworkin.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald_mdworkin.pdf) Erişim Tarihi: 26 Ocak 2025, 27-39

Egemen E E, 'Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu Sorunu' (2023) 3(1) *Antalya Bilim Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi* <https://doi.org/10.54969/abuijss.1240294> Erişim Tarihi 22 Nisan 2024, 22-42

Erdoğan M, 'Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği' (2011) 10(20) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* <http://erdoganmustafa.org/wp-content/uploads/2016/10/Demokrasi-Anayasa-Yarg%C4%B1s%C4%B1-ve-T%C3%BCrkiye-%C3%96rne%C4%9Fi.pdf> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 27-45

Fendoğlu H T, *Anayasa Yargısı* (Yetkin Yayınları 2017)

Gökçe A F ve Dölek E, 'Anayasa Yargısı ve Demokrasi' (2018) 5(6) *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/593011> Erişim Tarihi: 21 Nisan 2024, 118-143

Gören Z, 'Anayasa Yargısının Meşruluğu, Sınırları ve Toplumsal Uzlaşmanın Korunması Fonksiyonu' (2019) 7(1) *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* <https://jurix.com.tr/article/19242> Erişim Tarihi: 03 Nisan 2024, 13-22

Gözler K, 'Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu', (2006) 61(3) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* <https://dergipark.org.tr/tr/download/articlefile/38096> Erişim Tarihi 22 Nisan 2024, 131-166

—, 'Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçilmeleri: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi' [www.anayasa.gen.tr/aym-uyesecimi.htm](http://www.anayasa.gen.tr/aym-uyesecimi.htm) Erişim Tarihi: 26 Ocak 2025

Göztepe E, 'Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'', (2015) 73(1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/230778> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 129-180

Güveyi Ü, 'Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi' (2012) 16(3), *Gazi Üniversitesi Fakültesi Dergisi* <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789363> Erişim Tarihi: 20 Nisan 2024, 137-162

Kelsen H, 'Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)' Yasin Sönmez (çev) (2015) 64(3) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622460> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024, 857-914

—, 'Kelsen on the Nature and Development of Constitutional Adjudication' in Lars Vinx (ed and tr), *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2015)

—, 'The Pure Theory of Law' (1935) 51(3) Law Quarterly Review [https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get\\_pdf.cgi?handle=hein.journals/lqr51&section=41](https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/lqr51&section=41) Erişim Tarihi: 22 Temmuz 2024, 517-535

—, 'Who Ought to be the Guardian of the Constitution? Kelsen's Reply to Schmitt', in Lars Vinx (ed and tr), *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2015)

—, 'Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution' 1942 4(2) The Journal of Politics, The University of Chicago Press Journals, [https://www.jstor.org/stable/pdf/2125770.pdf?refreqid=fastly-default%3A80816169de3a4b1990d27fbba59b0f82&ab\\_segments=&initiator=&acceptTC=1](https://www.jstor.org/stable/pdf/2125770.pdf?refreqid=fastly-default%3A80816169de3a4b1990d27fbba59b0f82&ab_segments=&initiator=&acceptTC=1) Erişim Tarihi: 10 Ocak 2025, 183-200

—, 'What is the Pure Theory of Law' (1960) (34) Tulane Law Review 269-276

—, *Demokrasi: Doğası & Değeri* (1. Baskı, Dost Kitapevi, 2019)

—, *Pure Theory of Law* (Max Knight ed, The Lawbook Exchange Ltd. New Jersey 2005) [https://books.google.com.tr/books?id=6XQNJe8-OdEC&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.tr/books?id=6XQNJe8-OdEC&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false) Erişim tarihi: 15 Ocak 2025

Kurnaz H, 'Üye Seçimi ve Bireysel Başvuru ile Bazı Yetki ve Görevleri Açısından Anayasa Mahkemesi' (Temmuz-Ağustos-Eylül 2006) (2) Yasama Dergisi 92-122

Kutkan O, 'Anayasa Mahkemelerinin Norm Alanını Daraltması ve Genişletmesi' (2019) 21(Ö.S.) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/OGUZ-CAN-KUTKAN.pdf> Erişim Tarihi: 03 Nisan 2024, 2063-2096

Küçükler S K, *Carl Schmitt'in Hukuk Düşüncesinde Demokrasi ve Diktatörlük Tartışması* (On İki Levha Yayıncılık 2023)

Metin Y, 'Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu' (2012) 2(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213633> Erişim Tarihi: 23 Nisan 2024, 89-130

Özenç B, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak-Kelsen Schmitt'e Karşı* (İletişim Yayınları 2022)

Reicher H, Reicher, 'İnsanlığa Karşı Suçlarda Sorumluluktan Kaçmak: Eli Kanlı Hukukçular Nürnberg'de', in Alan E. Steinweiss ve Robert D. Rachlin (eds), *Nazi Almanyasında Hukuk: İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması* (Kıvılcım Turanlı çev, Zoe Kitap 2022)

Schmitt C, 'The Guardian of the Constitution: Schmitt's Argument Against Constitutional Review' in Lars Vinx (ed and tr), *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2015).

—, *Constitutional Theory* (Jeffrey Seitzer ed and tr, Duke University Press 2008)

—, *Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm* (A. Emre Zeybekoğlu çev, Dost Yayınevi 2024)

—, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (Ellen Kennedy tr, The MIT Press 1988)

—, *Legality and Legitimacy* (Jeffrey Seitzer ed and tr, Duke University Press 2004)

Sehrawala F B, 'Carl Schmitt'in Parlamentarizm Eleştirisi ve Olağanüstü Hâl Teorisi' 2023 9(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (BÜHFD) 677-718

Turhan M, 'Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı' (2007) 62(3), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36042> Erişim Tarihi 22 Nisan 2024, 379-404

—, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı' (2018) 3(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://jurix.com.tr/article/12350?u=0&c=0> Erişim Tarihi 23 Nisan 2024, 203-226.

Türkeli G, 'Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması' (2020) 26(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi <https://doi.org/10.33433/maruhad.811202> Erişim Tarihi 21 Nisan 2024, 980-1005

Türmen R, 'Anayasa Mahkemesi'nin Kararı: Egemenlik ve Hukuk Devleti' (*Milliyet*, 27 Ekim 2008) <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/riza-turmen/anayasa-mahkeme-si-ninkarari-egemenlik-ve-hukuk-devleti-1008266> Erişim Tarihi: 25 Mart 2024

Uslu F, 'Anayasa Yargısının İşlevleri' (2013) 8(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://www.jurix.com.tr/article/5767?u=0&c=0> Erişim Tarihi: 14 Nisan 2024, 531-567

Vinx L, 'Kelsen ve Hukuk ve Devletin Özdeşliği', Mehmet Turhan (çev) (2016) 1(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://repository.bilkent.edu.tr/server/api/core/bitstreams/b0996269-43e6-4824-b2d8-5bcb760a2141/content> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 99-122.

—, *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2015).

Waldron J, 'The Core of the Case Against Judicial Review' (2006) 115 (6) The Yale Law Journal, <https://doi.org/10.2307/20455656> Erişim Tarihi: 03 Nisan 2024, 1346-1406



# DÜZENLEME EKSİKLİĞİ BULUNAN KONULARDA ANONİM VE KOLLEKTİF ŞİRKETLERE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN LİMİTED ŞİRKETLERE KIYASEN UYGULANMASININ İKİ ÖRNEK ÜZERİNDEN İNCELENMESİ (\*)

## *The Examination of the Analogical Application of Provisions Related to Joint Stock Companies and General Partnerships to Limited Liability Companies in Cases with Lack of Regulation Through Two Examples*

  **Ahmet ATA (\*\*)**

### ÖZET

Limited şirketler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile açık bir şekilde sermaye şirketi olarak kabul edilmesine karşın, şahıs şirketlerine ilişkin birtakım unsurları da bünyesinde barındırmaktadır. Kanun koyucunun, limited şirketler için öngördüğü yapısal özellikler uygulanacak hükümlerin belirlenmesi hususunda önemli bir yer tutmaktadır. Özellikle, ilgili şirket türüne ilişkin düzenlemelerin yer aldığı TTK m. 573-644 arasında limited şirketlerin sermaye şirketi olma niteliğini dikkate alınarak belirli konularda anonim şirket hükümlerine atıfta bulunulurken; birtakım konularda ise

\* Araştırma makalesi.  
(Research Article).

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.  
(This article has been checked for plagiarism and peer reviewed).

Gönderim Tarihi (Submitted): 20.01.2025. Kabul Tarihi (Accepted): 08.02.2025.

Bu çalışma, yazarın Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında hazırladığı "Limited Şirketlere Uygulanan Hükümler" balıklı Yüksek Lisans tezinden üretilmiştir.

(The article has been derived from the author's master thesis titled "Provisions Applicable to Limited Liability Companies" which was composed as part of the Ankara University Institute of Social Science Master Programme).

\*\* Araştırma Görevlisi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İşte bu noktada, kanun boşluğu teşkil eden konularda aynı ve/veya benzer konuları düzenleyen anonim şirkete veya şahıs şirketlerine ilişkin hükümlerin uygulanabilirliği hususunda limited şirketlerin yapısı önem arz etmektedir. Düzenleme eksikliği bulunan konularda, kanun koyucunun limited şirketler için öngördüğü yapısal özellikler uygulanabilir diğer şirket türlerine ilişkin hükümlerin tespitinde belirleyici rol oynamaktadır. Çalışmada, limited şirketlere ilişkin hükümler içerisinde hangi konularda düzenleme eksikliği bulunduğu tespit edilmesi, bu eksikliğe hukuk metodolojisi kuralları da dikkate alınarak hangi şirket türüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği hususları, anonim şirket ve şahıs şirketlerine ilişkin iki örnek üzerinden ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Limited Şirket, Sermaye ve Şahıs Şirketleri, Şirket Yapısı, Kanun Boşluğu, Kıyas.

## ABSTRACT

Although limited liability companies are clearly recognized as capital company under the Turkish Commercial Code No. 6102, they also contain in itself certain elements concerning private companies. The structural elements, planned by the legislator for this type of company, play a significant role in determining the applicable provisions. In particular, in Art. 573-644 of the Turkish Commercial Code, which regulate this type of company, the legislator, considering the capital company nature of limited liability companies, refers to the provisions of joint stock companies in certain issues; however, in other issues, no regulations are provided. At this point, the applicability of provisions regulating the same or similar issues in joint stock or private companies in cases where there is a gap in law is important for the structure of limited liability companies. In issues where there are gaps, the structural elements planned by the legislator for limited liability companies will play a decisive role in determining applicable provisions. This study aims to detect the issues where there is a lack of regulation in limited liability companies and to explain by considering the rules of methodology of law, which provisions from other types of companies should be applied in such issues. The discussion is illustrated through two examples from joint stock and private companies.

**Key Words:** Limited Liability Company, Capital and Private Companies, Structure of Company, Gap in Law, Analogy.



## GİRİŞ

Limited şirketlerin uygulamasına ilişkin kurallar, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 573-644 arasında kendi yapısına özgü hükümler ve anonim şirketlere atıfta bulunan hükümlerle birlikte düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bazı konularda ise ne anonim şirket ne de diğer şirket türlerine ilişkin hükümlere atıfta bulunmuştur. Anılan hususlarda, düzenleme eksikliklerinin nasıl giderilmesi gerektiği noktasındaki belirsizlikler öğreti ve yargı kararları doğrultusunda giderilmeye çalışılmaktadır. Bu kapsamda, düzenleme getirilmeyen konularda kanun koyucunun iradesi yol gösterici bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, ilgili konu kanun koyucu tarafından bilinçli bir tercih sonucu hukuk dışı alana bırakılmış olabilir. Buna karşın, ihmali bir davranış veya özensizlik sonucu düzenleme eksikliğine sebebiyet verildiği durumlarda bu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir. Konunun esasında, bu haller kanun boşluğuna sebebiyet vermektedir. Limited şirketlere ilişkin hükümler içerisinde kanun boşluğu bulunan konuların sayısı azımsanmayacak derecededir.

Çalışmada, limited şirketlerde kanun boşluğu bulunan konular gösterilerek, anılan konularda uygulanabilecek anonim şirket ve diğer şirket türlerine ilişkin hükümler iki örnek üzerinden ele alınacaktır. Bu hükümlerin tespiti noktasında, kanun koyucunun limited şirketler için öngördüğü yapısal özellikler belirleyici olmakla birlikte; TTK m. 577 hükmü ile sağlanan esnekliğin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu kapsamda, öncelikle kanun koyucu tarafından getirilen düzenlemeler dikkate alınarak limited şirketlerin hukuki niteliği ve organizasyon yapısı açıklanacaktır. Daha sonra, limited şirketlere özgü hükümlerde düzenleme eksikliği bulunan konular ortaya konulacaktır. Son olarak ise düzenleme eksikliklerinin bir kanun boşluğu oluşturup oluşturmadığı kanun koyucunun iradesi değerlendirilerek tespit edilecektir. Bu kapsamda, limited şirketlerde imtiyazlı payların uygulaması ve korunması ve ortakların şirket sözleşmesiyle öngörülen rekabet yasağına aykırı davranması halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin düzenleme eksiklikleri ele alınacaktır. Anılan konulara uygulanabilecek anonim ve kollektif şirket hükümlerin limited şirket yapısına ne ölçüde uygun düştüğü ise öğreti ve yargı kararlarıyla birlikte değerlendirilecektir.

## I. LİMİTED ŞİRKETLERİN YAPISI

Limited şirketlere ilişkin 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nda<sup>1</sup> (eTTK) yer alan hükümler göz önünde bulundurulduğunda, bu tür şirketlerin sermaye ve şahıs

<sup>1</sup> Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6762, Kabul Tarihi: 29.06.1956, RG 09.07.1956/9353.

şirketlerinin özelliklerini birlikte bünyesinde barındıran karma bir niteliğe sahip olduğu ifade edilirken; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda<sup>2</sup> (TTK) limited şirketlere ilişkin hükümlerde yapılan değişiklikler dikkate alındığında organizasyon yapısı bakımından kurumsallaşmanın ve profesyonel yönetimin esas alındığı sermaye şirketlerine yaklaştırıldığı görülmektedir. Gerekçede, yapılan değişikliklerin sebebi olarak limited şirket asgari sermayesinin düşük olması, bu durumun yatırımcıları söz konusu şirket türüne daha çok başvurmaya yönelttiği ve ayrıca limited şirketlerin en az anonim şirketler kadar ekonomik hayat içerisinde öneme sahip olduğu ifade edilmiştir<sup>3</sup>. Nitekim, limited şirketler kanun koyucu tarafından TTK m. 124/2'de açıkça bir sermaye şirketi türü olarak nitelendirilmiştir. Buna karşın, anılan hüküm limited şirketlerin saf bir sermaye şirketi olarak kabul edilmesini gerektirmemektedir. TTK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte limited şirketlerin eTTK zamanında sahip olduğu şahıs şirketlerine ilişkin birtakım özelliklerin (TTK m. 630/2, m. 638 vd.) kanun koyucu tarafından korunduğu görülmektedir. Gerek öğretide gerek Yargıtay kararlarında limited şirketlerin kişisel öğeleri de bünyesinde bulunduran karma bir yapıya sahip sermaye şirketi olduğu ifade edilmektedir<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG 14.02.2011/27846.

<sup>3</sup> Gerekçe için bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı No: 96, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>, 50.

<sup>4</sup> Oruç Hami Şener, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku* (Yetkin Yayıncılık 2017) 10-11; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt 5 (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2024) 3475; Şaban Kayıhan, *Şirketler Hukuku* (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024) 309; Tamer Bozkurt, *Şirketler Hukuku* (15. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2023) 571; Mustafa Çeker, 'Limited Şirketler'in Sami Karahan (ed), *Şirketler Hukuku* (2. Baskı, Mimoza Yayıncılık 2015) 819; Hakan Çebi, *Limited Şirketler Hukuku* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2023) 43; Esra Hamamcıoğlu, *Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi* (Yetkin Yayıncılık 2022) 1-2; Hasan Karakılıç, *Limited Ortaklık Sözleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 10; İsmail Özgün Karaahmetoğlu, 'Limited Şirketler Hukukunda Geçerli Yazılı Olmayan Prensipler' (2022) 24(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 673, 675. Öğretide bazı yazarlar, limited şirketlere ilişkin TTK hükümlerinde yapılan değişiklikleri ve gerekçeyi göz önünde bulundurarak, limited şirketlerin karma yapısını belirli oranlarda korumakla birlikte "küçük bir anonim ortaklık kimliği" kazandığı söylemektedir, bkz. Ersin Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2023) 8; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) 514 ve ayrıca 551-552. Aynı yönde, yapılan değişikliklerin limited şirketleri şahıs şirketlerinden ziyade sermaye şirketlerine yaklaştırdığına ilişkin bkz. Kayıhan (n 4) 309-310; Soner Altaş, 'Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirket Kurmanın Koşulları' (2012) 7(73) Terazi Hukuk Dergisi 39, 39. eTTK döneminde limited şirketlerin karma bir yapıya sahip olduğuna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku – Şirketler Hukuku* (2. Baskı, Sevinç Matbaası 1973) 335-336; İrfan Baştuğ, *Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri* (Ege Üniversitesi Yayınları 1974) 162-163; Orhan Nuri Çevik, *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması* (2. Baskı, Yetkin Yayıncılık 1984) 16-23. Yargıtay 11 HD, 4158/9153, 14.09.2015 "[m]ahkemenin de kabulünde olduğu üzere limited şirketler karma yapıda olup şirketin feshi kararı sadece ortakları değil şirket alacaklıları, çalışanları ve

## A. Şahıs Şirketlerine Benzeyen Yönleri

TTK m. 573-644 arasında yer alan hükümlere yakından bakıldığında, şahıs şirketlerinde ağırlıklı olarak yer verilen kişisel öğelere ilişkin birtakım özelliklerin limited şirketler için geçerli olduğu görülmektedir<sup>5</sup>. Söz konusu özellikler, şirketin üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde öneme sahip olmakla birlikte ortaklar arasındaki iç ilişkilerin şekillenmesinde de belirleyici bir rol oynamaktadır<sup>6</sup>. Kanun koyucu da böyle bir yapılanma öngördüğünden, limited şirketler için sermaye şirketlerinden farklılaşan düzenlemeler getirilmiştir<sup>7</sup>. Bu düzenlemelere örnek olarak; çıkma ve çıkarılma yoluyla ayrılma imkânının bulunması (TTK m. 638 vd.), ortaklar için bağlılık ve rekabet yükümlülüğü öngörülebilmesi (TTK m. 613), pay devrinin genel kurul onayına tabi tutulması (TTK m. 595/2), müdür/müdürlerin alacağı birtakım kararların genel kurul onayına tabi tutulabilme imkânı (TTK m. 625/2), ortaklara ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin yükletilebilmesi (TTK m. 603/1 ve m. 606/1) ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkın Kanun<sup>8</sup> (AATUHK) m. 35/1 gereğince ortakların kamu borçlarından sorumlu tutulması, azlık şartı aranmadan tek bir ortağa

---

*hatta piyasa ekonomisini etkilemektedir.*". Yargıtay 11 HD, 3604/2596, 18.03.2021 "[L]imited şirket sermaye şirketi olduğundan ekonomik menfaatler kişisel menfaatlere göre öncelik taşınması gerektiği, yine limited şirketler aynı zamanda şahıs şirketi özelliğini de taşıdığından kişisel menfaatlerin de dikkate alınması gerektiği, şirketin devamında hem genel ekonomik menfaatler için yarar olması hem de çıkarılan ortağın ayrılma payını talep etmeye ilişkin menfaati aşırı şekilde zarar görmemesi gerektiği.". Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz. Yargıtay 11 HD, 7211/1972, 24.02.2016; Yargıtay 11 HD, 741/1607, 14.02.2011.

<sup>5</sup> Bu özellikler için bkz. Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Şirketler Hukuku*, Cilt 3 (On İki Levha Yayıncılık 2022) 13; Şükrü Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku* (Arıkan Basım Yayın 2007) 65; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (5. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2023) 389-390; Murat Alışkan, *Limited Şirket Tarihçe Niteliği* (Legal Yayıncılık 2013) 218; Şener, Limited (n 4) 10; Pulaşlı, C. 5 (n 4) 3477-3480; Karakılıç, Sözleşme (n 4) 11-12; Kayıhan (n 4) 310; Çebi (n 4) 43-44; Mustafa Erdem Can, 'Limited Şirketin Kamu Borçlarından Dolayı Ortakların ve Yöneticilerin Sorumluluğu' (2017) 7(1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61, 62; Cem Sürücü, 'Anonim Ortaklık Hükümlerinin Limited Ortaklıklara Uygulanması' (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015), 73-75.

<sup>6</sup> Karakılıç, Sözleşme (n 4) 9-10; Karaahmetoğlu (n 4) 685-686.

<sup>7</sup> Tekinalp (n 4) 551. Yargıtay 11 HD, 10868/5522, 23.05.2016 "Bu durum limited şirketlerin yapısı özellikle kişi ortaklığına has öğeler taşınması dolayısı ile anonim ortaklıklar hukukunda savunulan bölünme teorisine (bağlı nama yazılı senetlerin tedavülüne bağlam engel olmaz) limited ortaklıklarda yer verilmemesinden ileri gelmektedir.". Yargıtay 11 HD, 11571/7969, 09.06.2015 "Limited şirketlerin anonim şirketlerden farklı olarak ortakların kişiliklerinin önem arz ettiği ve kişisel unsurları da bünyesinde barındıran bir ortaklık türü olduğu, TTK'nın 551. maddesindeki hükmün bu unsurlar nazara alınarak düzenlendiğinden...".

<sup>8</sup> Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6183, Kabul Tarihi: 21.07.1953, RG 28.07.1953/8469.

şirketin haklı sebeple feshini talep edebilme imkânı tanınması (TTK m. 636/3) , 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu<sup>9</sup> (SerPK) m. 3/1-e hükmü karşısında limited şirket esas sermaye paylarının borsada işlem görme imkânının bulunmaması ve az sayıda ve birbirine güvenen kişiler arasında kurulan bir şirket türü olması gösterilebilir.

## B. Sermaye Şirketlerine Benzeyen Yönleri

Limited şirketlerin sermaye şirketi olma niteliği, ortağın getirmiş olduğu sermaye unsurunun kişisel özelliklerine göre ön planda olduğunu, dolayısıyla şirketin iç ve dış organizasyon yapısının belirlenmesinde ortakların kişisel özelliklerinin ikinci planda tutulduğu anlamına gelmektedir<sup>10</sup>. Sermaye şirketlerinin saf bir şeklini oluşturan anonim şirketlerden farklı düzenlemelerin bulunması<sup>11</sup>, sermaye şirketi olma niteliğine aykırılık teşkil etmemekle birlikte, kanun koyucu bu yolla limited şirket türünün amacına ulaşmasını sağlamayı hedeflemektedir<sup>12</sup>. Bu doğrultuda limited şirketlerin sermaye şirketi niteliğini ortaya koyan özelliklere<sup>13</sup> örnek olarak; sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olması (TTK m. 573/2), çoğunluk ilkesinin benimsenmesi (TTK m. 620 ve m. 621/1), seçilmiş organ ilkesinin kabul edilmesi (TTK m. 623/1), esas sermayenin itibarı değere sahip olması (TTK m. 576/1-c) ve paylara bölünebilmesi (TTK m. 583/3), esas sermayenin belirli (TTK m. 573/1) ve şirket sözleşmesinde gösterilmesinin zorunlu olması (TTK m. 576/1-c), sermaye olarak getirilemeyecek değerlerin anonim şirketler ile aynı olması (TTK m. 581/1 2. cümle) ve emredici hükümler ilkesinin geçerli olması (TTK m. 579) gösterilebilir.

<sup>9</sup> Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG 30.12.2012, 28513.

<sup>10</sup> Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Şirketler Hukuku*, Cilt 1 (On İki Levha Yayıncılık 2021) 25; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, Cilt 1 (15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021) 20.

<sup>11</sup> Limited şirketlerin anonim şirketlerden farklılaştığı hususların karşılaştırmalı bir tablosu için bkz. Rüknettin Kumkale, 'Anonim ve Limited Şirketlerin Karşılaştırılması' (2015) 10(101) THD 175, 175-176.

<sup>12</sup> Ömer Teoman, *Tüm Makalelerim (1971-2001)*, Cilt 1-2 (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012) 51-53; Karakılıç, *Sözleşme* (n 4) 11.

<sup>13</sup> Şener, *Limited* (n 4) 9-11; Kendigelen ve Kırca, C. 3 (n 4) 11-12; Çeker ve Karahan (n 4) 827-828; Alışkan (n 5) 213 vd.; Karakılıç, *Sözleşme* (n 4) 11.

## II. LİMİTED ŞİRKETLERE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ VE NİTELİKLERİ

### A. Uygulanacak Hükümlerin Tespiti

TTK m. 1/2, ticari işlere uygulanacak hükümlerin uygulanma sırasını göstermektedir. Bu düzenleme aynı zamanda tabii olarak hangi hükümlerin ticari işlere uygulanacağını da işaret etmektedir. Hükme göre, "*Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.*"<sup>14</sup>. İlgili hüküm limited şirketlere tatbik edildiğinde; limited şirketlere ilişkin TTK'da yer alan hükümler, ticari örf ve âdet ve genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Ancak, TTK m. 1/2'de emredici hükümlere ve sözleşme hükümlerine değinilmemiştir. Uygulanacak hükümler tespit edilirken bu düzenlemelerin de göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>15</sup>.

'Uygulanacak Kanun Hükümleri' başlığını içeren TTK m. 126, diğer ticaret şirketleriyle birlikte limited şirketlere hangi hükümlerin uygulanacağını daha ayrıntılı bir şekilde göstermektedir. Hükme göre, "*Her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medenî Kanununun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanununun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır.*". Anılan hüküm, TTK m. 1/2 ile birlikte göz önünde bulundurulduğunda limited şirketlere ilişkin konularda uygulanacak hükümler ve uygulanma sırası şu şekilde ifade edilebilir: İlk olarak limited şirketlere ilişkin emredici hükümler ve bu emredici hükümlere aykırı olmayan şirket sözleşmesi hükümleri uygulanır<sup>16</sup>. Limited şirketlere ilişkin yedek hükümler de emredici ve şirket sözleşmesindeki hükümlere aykırı değilse birlikte uygulama alanı bulur. Söz konusu hükümlerden sonra TTK m. 573-644 arasında atıf yapılan anonim şirket hükümleri yer alır. Bu hükümler de emredici veya yedek hüküm niteliğinde olabilir. Eğer emredici ve yedek hüküm niteliğindeki düzenlemeler uygulanamıyorsa TTK m. 124 vd. yer alan ticaret şirketleri için geçerli olan genel hükümlere başvurulur. Sonra şirket yapısına uygun düşen 4721 sayılı Türk

<sup>14</sup> Ticari hüküm ile ne anlaşılması gerektiğine dair bkz. İsmail Kırcı, 'Ticarî İş ve Ticarî Hükme Dair' (2018) 34(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 5, 15-16.

<sup>15</sup> Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (30. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2024) 100; Gönen Eriş, *Açıklamalı - İçtihatlı 6335-6552-6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler*, Cilt 2 (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017) 1407-1408.

<sup>16</sup> TTK m. 126'da açıkça belirtilmemesine karşın, şirket sözleşmesi hükümleri iç ve dış ilişki bakımından emredici kanun hükümlerinde sonra gelmektedir, bkz. Hamamcıoğlu (n 4) 8-9; Karaahmetoğlu (n 4) 690-691.

Medeni Kanunu<sup>17</sup> (TMK) m. 47 vd. yer alan tüzel kişilere ilişkin genel hükümler uygulanır. Daha sonra ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>18</sup> (TBK) m. 620 vd.'da yer alan adi şirketlere ilişkin hükümler uygulama alanı bulunur. Bu hususta son olarak sırasıyla diğer ticari hükümler, ticari örf ve âdet ve TTK m. 1/2 atfıyla uygulanması uygun düşen TMK m. 1 anlamındaki genel hükümlerdir<sup>19</sup>.

## B. Limited Şirketlere İlişkin Kanun Hükümlerinin Niteliği

Kanun koyucu tarafından, anonim şirketlerde emredici hükümler ilkesinin düzenlendiği TTK m. 340 ile benzer şekilde limited şirketler için TTK m. 579'da söz konusu ilke düzenlenmiştir. Hükme göre, "*Şirket sözleşmesi, bu Kanunun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapabilir. Diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı nitelikteki şirket sözleşmesi hükümleri, o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.*". Limited şirketlere ilişkin hükümlerden farklı düzenlemeler getirebilmek için o hususta kanunun aksinin düzenlenebileceğini açıkça belirtmesi gerektiği anlaşılmaktadır<sup>20</sup>. Ayrıca TTK m. 579'un gerekçesinde TTK m. 340'ın gerekçesine atıf yapılarak aksinin düzenlenebilmesi konusunda ek bir imkâna daha işaret edilmektedir. Gerekçeye göre, aksinin düzenlenebileceği açıkça belirtilmemiş olsa dahi "*hakkaniyet ilkesi*" ve "*menfaatler dengesi*" göz önünde bulundurulduğunda söz konusu hükümden farklı düzenleme getirmek uygun görülebiliyorsa bu hususta kanuni düzenlemeden farklı bir hükmün şirket sözleşmesi ile düzenlenebilmesi de mümkündür<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Türk Medeni Kanunu, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

<sup>18</sup> Türk Borçlar Kanunu, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

<sup>19</sup> Eriş (n 15) 1408; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 5) 128-129; Alışkan (n 5) 205-206. Ayrıca, öğretilde limited şirketlerde TTK'nın emredici hükümleri, bu hükümlere aykırı olmayan şirket sözleşmesi hükümleri ve TTK'nın ikincil nitelikteki düzenlemeleri şeklinde bir normlar hiyerarşisinin bulunduğuna dair, bkz. Karaahmetoğlu (n 4) 680.

<sup>20</sup> Emredici hükümler ilkesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2015) 27-28; İsmail Kırcı, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, C. 1 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 152 vd.; Şener, Limited (n 4) 67.

<sup>21</sup> Gerekçe (TTK m. 340) 157. Bu imkâna bir örnek olarak; limited şirketlerde müdürlerin işlem yapma yasağına ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması gösterilebilir. İlgili konuya, TTK m. 395'te yer alan anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin işlem yapma yasağına ilişkin düzenlemenin kıyasen uygulanabileceği ifade edilebilir. Yasağın limited şirketlere uygulanması sonucu, müdür genel kuruldan izin almadan kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapamaz sonucu doğmaktadır. Bununla birlikte, işlem yapma yasağının şirket sözleşmesiyle kaldırılabilmesine dair herhangi bir kurala hükümde yer verilmemiştir. Ancak hakkaniyet ilkesi ve menfaatler dengesi göz önünde bulundurulduğunda aksi yönde bir düzenleme yapılmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır.

TTK m. 340 ile m. 579 düzenlemeleri kavram itibariyle birebir aynı olmasına karşın kapsamı itibariyle bazı noktalarda farklılaşmaktadır<sup>22</sup>. Şöyle ki, kanun koyucu tarafından TTK m. 577’de limited şirketlerde şirket sözleşmesinin hangi konularda sapabileceğine ilişkin bir liste yapılmış ve bundan sapılabilecek konular açık bir şekilde gösterilmiştir<sup>23</sup>. Böylelikle, ortaklara şirket yapısının oluşmasında ve şirketin işleyişi hususlarında kendi iradeleri doğrultusunda şahıs şirketlerine veya anonim şirketlere yaklaştırma imkânı tanınmıştır<sup>24</sup>.

### III. LİMİTED ŞİRKETLERE İLİŞKİN HÜKÜMLERDE YER ALAN DÜZENLEME EKSİKLİKLERİN TESPİTİ VE BU EKSİKLİKLERİN DOLDURULMASI

#### A. Genel Olarak

Kanun koyucu, limited şirketlere ilişkin kuralları TTK m. 573-644 arasında kendi yapısına özgü hükümler ve anonim şirketlere atıfta bulunan hükümlerle birlikte düzenlemiştir. Anonim şirketlere atıf yapılan hükümler iki farklı şekilde ele alınmıştır: İlk olarak TTK m. 644’te tek bir madde içerisinde dört farklı bentte uygulanacak anonim şirket hükümleri gösterilmiştir. İkincisi ise TTK m. 573-643 arasında dağınık bir şekilde ele alınan atıf hükümleridir. İkinci düzenleme şeklinde kanun koyucu konuya ilişkin düzenlemeler getirmek yerine bazen uygulanacak kanun hükümlerini göstererek bazen de sadece ilgili konu ismini zikrederek ve atıfta bulunarak konuya ilişkin kurallar öngörmüştür<sup>25</sup>. Şahıs şirketlerine ilişkin hükümlere ise açık bir atıfta

---

Genel kurul izniyle dahi kaldırılabilen işlem yapma yasağının şirket sözleşmesiyle kaldırılabilmesi evleviyetle kabul edilebilir, bkz. Şener, Limited (n 4) 68-69.

<sup>22</sup> Tekinalp (n 4) 523; Karaahmetoğlu (n 4) 693.

<sup>23</sup> Limited şirketlerde yer alan hükümlerden sapmaya ilişkin izin kanununun lafzından açık bir şekilde anlaşılmadığı takdirde hükmün emredici nitelikte olduğu, dolayısıyla şirket sözleşmesiyle aksinin kararlaştırılmayacağı kabul edilmelidir, bkz. Hamamcıoğlu (n 4) 43. TTK m. 577’de yapılan açık bir şekilde yapılan sayım hükümde sayılan hak ve yükümlülüklerin zımnen kabul edilemeyeceğini göstermektedir, bkz. Şener, Limited (n 4) 52.

<sup>24</sup> Ortaklara şirket yapısının oluşmasında bir kısmi serbesti tanınmış olduğu da ifade edilebilir, bkz. Çeker ve Karahan (n 4) 822; Cafer Eminoğlu, ‘Türk Ticaret Kanunu’nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu Mu?’ (2014) 9(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 4-5; Tayfun Ercan ‘Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi’, (2019) 14(154) Terazi Hukuk Dergisi 1244, 1245. Ortaklar açısından emredici hükümler ilkesinin esnetildiğine dair, bkz. Karakılıç, Sözleşme (n 4) 12-13; Hamamcıoğlu (n 4) 46.

<sup>25</sup> Anonim şirket hükümlerine yapılan atıfların ‘katalog atıf’, ‘doğrudan atıf’ ve ‘hüküm tekrarı’ şeklinde üç kategoride ele alınmasına ilişkin bkz. Bozkurt (n 4) 572. Anonim şirket hükümlerine yapılan atıflara gerekçe olarak anonim ve limited şirketler arasındaki “*doku ayniyeti*” gösterilmektedir, bkz. Çamoğlu, Limited (n 4) 8. Atıf yapılan anonim şirket hükümlerine ilişkin toplu bir değerlendirme için



bulunulmamıştır<sup>26</sup>. Bununla birlikte, atıf yapılan anonim şirket hükümleri dışında da limited şirketlerin yapısına uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulabilecek anonim ve şahıs şirketi hükümleri bulunmaktadır<sup>27</sup>. Kanun yapma tekniği açısından da isabetli olmayan bu düzenleme tarzı limited şirketlere uygulanacak hükümlerin kapsamının belirlenmesinde zorluklara yol açmaktadır<sup>28</sup>.

Tespit ettiğimiz anonim ve diğer şirket türlerine atıf yoluyla çözülmemiş konular; TTK m. 576/1-c'de düzenlenen imtiyazların uygulamasına ve aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar (karş. TTK m. 360, m. 454 ve m. 478), TTK m. 577/1-e hükmünde veto hakkının varlığından bahsedilmesine karşın nasıl kullanılacağıın

---

bkz. Sürücü (n 5) 118 vd. Anonim şirket hükümlerine yapılan atıf şekillerine örnek olarak; TTK m. 622'de genel kurul kararlarının butlanı ve iptaline ilişkin uygulanacak anonim şirket hükümlerinin madde numaraları belirtilmemişken, finansal tablolar ve yedek akçelere ilişkin anonim şirket hükümleri olan TTK m. 514-527 hükümlerinin madde numaralarına yer verilmesi gösterilebilir.

<sup>26</sup> Kendigelen ve Kırca, C. 3 (n 5) 14.

<sup>27</sup> Çamoğlu, Limited (n 4) 8; Kayıhan (n 4) 311-312. Atıf yapılan hükümlerin uygulanması ile bir hükmün kıyasen uygulanması arasında fark bulunmaktadır. Atıf hükümlerinde kanun koyucu doğrudan kendisi ilgili konuya uygulanacak hükmü göstermektedir. Ancak, kıyasen uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde bu görev hakime aittir, bkz. M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medenî Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar* (30. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2024) 129.

<sup>28</sup> Kendigelen ve Kırca, C. 3 (n 5) 14. İlgili konuya örnek olarak; TTK m. 629 gereğince müdürlerin temsil yetkilerinin kapsamına, yetkinin sınırlandırılmasına, imzaya yetkili olanların belirlenmesine, imza şekli ile bunların tescil ve ilanına anonim şirketlere ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanması gösterilebilir (TTK m. 629/1). Bu doğrultuda, TTK m. 371/2'de yer alan kural limited şirketler için de geçerli olur. Üçüncü kişilerin işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden bilebilecek durumda bulunduğu ihtimali dışında, temsile yetki olanların işletme konusu dışında yaptığı işlemler üçüncü kişileri bağlar (TTK m. 371/2 1. cümle). Ayrıca, şirket sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından tek başına yeterli değildir (TTK m. 371/2 2. cümle). Ancak, TTK m. 587/1-c hükmünde işletme konusunun TTK m. 36/1'de yer alan tescilin olumlu etkisinin geçerli olduğu hususlar arasında sayılmıştır. Bu durum TTK m. 629 atfı sebebiyle limited şirketlere uygulanan TTK m. 371/2'nin ikinci cümlesi ile çelişmektedir. Dolayısıyla, bu husus bir çatışma boşluğu teşkil etmektedir. Kanun koyucunun anonim şirketlere ilişkin hüküm olan TTK m. 354'te böyle bir hususa yer vermezken, limited şirketlerde öngörülmesi iradesi dışında bir özensizlikten kaynaklandığını göstermektedir, bkz. İsmail Kırca, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi' (2011) 79 *Bankacılar Dergisi* 71, 72; Murat Alışkan 'İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili', (2012) 18(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 207, 213; Burçak Yıldız, 'Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukukî Niteliği', (2011) 27(3) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 111, 131. Anonim şirket hükümlerine yapılan atıfların aslında her iki şirket türü arasındaki farklılıkların özellikle limited şirketlerde TTK m. 577 hükmü ile sağlanan esnekliğin göz önünde bulundurulması bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Yapılan atıfların hangi ölçüde geçerli olacağı ve limited şirketlere uygunluğu hususları özel bir denetime tabi tutulmalıdır, bkz. Karaahmetoğlu (n 4) 677-678.



gösterilmemesi [karş. İsvBK 807, 776/a/1), TTK m. 600/3'te esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı kurulması halinde oy hakkının kime ait olacağı hususunda şirket sözleşmesinde aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılmaması (karş. TTK m. 432/2), TTK m. 605'te düzenlenen ek ödeme yükümlülüklerinin iadesinin nasıl yapılacağı (karş. m. 473/2), TTK m. 613/2'de düzenlenen ortakların rekabet yasağına aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar (karş. TTK m. 231), TTK m. 614'te ortakların bilgi alma hakkının engellenmesi halinde hangi süre içerisinde dava açılacağına (karş. TTK m. 437/5), TTK m. 617/3 son cümlede yer alan ortakların genel kurulda temsiline ilişkin kuralların eksikliği (karş. TTK m. 425/1, m. 426/1, m. 427/1), TTK m. 618'de oy hakkının ne zaman doğacağına ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması (karş. TTK m. 435), genel kurul toplantılarının ertelenmesine ilişkin azınlık hakları özellikle örtülü ibra (karş. TTK m. 420 vd.), müdürlerin görev süresi (karş. TTK m. 362), gerçek değer<sup>29</sup> söz konusu hallerden biri olan ayrılma akçesinin hesaplanma anı (karş. TTK m. 493/5) ve önemli miktarda şirket malvarlığının toptan satışına (karş. TTK m. 408/2) ilişkin herhangi bir düzenlemenin yer almamasıdır.

Yukarıda anılan konularda kanun koyucu herhangi bir düzenleme öngörmediği için bu hususta ilk olarak kanun koyucunun iradesinin incelenmesi gerekmektedir. İlgili konuya ilişkin düzenleme getirilmeme sebebinin iradi veya ihmali bir davranıştan mı kaynaklandığının tespiti, uygulanacak hükmün veya kanun koyucunun bilinçli susarak olumsuz bir düzenleme getirme iradesinin olup olmadığının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır<sup>30</sup>. Dolayısıyla, ilgili inceleme aynı zamanda bir metodoloji sorunu olup uygulanabilecek hükümlerin tespitinde hukuk metodolojisinde yer alan kuralların da göz önünde bulundurulması bir

<sup>29</sup> Gerçek değer ne olduğuna ilişkin herhangi bir tanıma kanunda yer verilmemekle birlikte, TTK m. 641/1'in gerekçesinde bu değerden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin yorumun öğretisi ve yargı kararları tarafından yapılacağı ve en azından bilanço değerini ifade ettiği belirtilmiştir, bkz. Gereke (TTK m. 641/1) 277. Ayrılma akçesinin düzenlendiği diğer ticaret şirketlerine ilişkin hükümler içerisinde yer alan TTK m. 141/1, m. 493/5 ve ilgili hükümlerin gerekçeleri dikkate alındığında ise gerçek değeri, yaşayan bir şirketin değerini ifade ettiği anlaşılmaktadır, bkz. Gereke (TTK m. 141/1) 116. Bu yönde ayrıca bkz. Çamoğlu, Limited (n 4) 90; Kendigelen ve Kırca, C. 3 (n 5) 247-248; Şener, Limited (n 4) 347 vd.; Emine Özdamar, 'Ayrılma Akçesinin Hesaplanması Bakımından Gerçek Değer Kavramı', (2023) 27(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141, 146-149. Yargıtay 11 HD, 2826/13941, 17.9.2014 "[M]ahkemeye, ayrılma payının hesaplanmasında taahhüt edilen sermaye oranının değil, ödenmiş sermaye oranının dikkate alınması gerektiğinden bahisle davacıların davalı şirketteki paylarının ödenmiş sermaye oranına göre %0,28 olduğu gerekçesiyle yapılan hesaba göre yazılı şekilde karar verilmiştir. Ancak; ayrılma payının hesabında davacıların davalı şirketteki taahhüt ettikleri pay oranının dikkate alınması gereklidir."

<sup>30</sup> Çiğdem Kırca, 'Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)' (2001) 50(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91, 92; Osman Gökhan Antalya, *Hukuk Metodolojisi*, Cilt 2 (Yetkin Yayıncılık 2021) 233 vd.

değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir<sup>31</sup>. Kanun koyucunu bilinçli bir susma içerisinde olmadığı kanaatine varılıp bir kanun boşluğunun varlığı tespit edilirse, bu sefer boşluğun anonim şirkete ilişkin hükümlerle mi yoksa şahıs şirketlerine ilişkin hükümlerle mi doldurulacağı sorunu doğacaktır<sup>32</sup>. Bu noktada ise söz konusu diğer şirket türlerine ilişkin hükümlerin limited şirketlerin yapısına uygun düşüp düşmediğinin ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Son olarak belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun limited şirketlere ilişkin kuralları öngördüğü hükümlerde atıf yapılan anonim şirket hükümleriyle birlikte herhangi bir düzenleme getirmediği konularda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine ilişkin sorun sadece TTK m. 573-644 arasında yer almamaktadır. Aynı sorun, TTK'nın Üçüncü Kitabı olan Kıymetli Evrak'ta bono ve çeke uygulanacak poliçeye ilişkin hükümler konusunda da ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacak poliçeye ilişkin hükümlerin belirlenmesi hususunda yol göstermesi açısından aşağıda TTK m. 778 ve TTK m. 818'de yer alan düzenlemeler incelenmiştir.

## **B. Kıymetli Evrak Hukukunda Yer Alan Düzenlemelerin Kıyasen Uygulama Bakımından İncelenmesi**

Kanun koyucu, kambiyo senetlerinden olan bonoya ilişkin hükümlere TTK m. 776-779 arasında sadece dört maddede yer vermiştir. Ancak, bonolar hakkında uygulanacak hükümler bunlarla sınırlı olmayıp, TTK m. 778/1, 2 ve 3'te atıf yapılan poliçeye ilişkin hükümler "*niteliğine uygun düştüğü ölçüde*" uygulama alanı bulacaktır. TTK m. 778'de poliçeye atıf yapılan hükümler yakından incelendiğinde ise poliçelere ilişkin toplam yüz beş maddenin seksen altı tanesine atıf yapıldığı görülmektedir<sup>33</sup>. Atıf yapılmayan maddelerin tamamı ise sadece poliçede yer alan, bonoda uygulanması mümkün bulunmayan kurumlara ilişkindir. Bu hükümler, TTK m. 697 hariç olmak üzere m. 691-699, 728, 735-737'te yer alan kabul kurumu, TTK m. 733'te yer alan poliçe karşılığının devri ve TTK m. 743-745 arasında düzenlenen poliçe nüshaları ile ilgili konuları düzenlemektedir<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Antalya (n 30) 160-161.

<sup>32</sup> Anonim şirket hükümlerine atıf yapılmayan konularda, ilgili şirket türüne ilişkin hükümlerin uygulanmasının tartışmalı olduğuna dair bkz. Bozkurt (n 4) 572. Buna karşın; öğretilde TTK m. 573-643 arasında şahıs şirketlerine ilişkin bir özel hüküm bulunmadığı ve TTK m. 644'te de anonim şirketlere bir atıf bulunmayan konularda somut olaya yine anonim şirket hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade eden bir görüşte bulunmaktadır, bkz. Pulaşlı, C. 5 (n 4) 3745.

<sup>33</sup> Atıf yapılan hükümler içerisinde kısmi kabule ilişkin TTK m. 718'de yer almaktadır. Ancak, bonolarda kabul kurumu bulunmadığı için anılan hükmün uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

<sup>34</sup> Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku* (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2024) 162-163.

Her ne kadar poliçeye atıf yapılan konularda ilgili hükümlerin bonolara uygulanacağı ifade edilse de söz konusu hükümlerin bonolara doğrudan uygulanacağı sonucuna varılması mümkün değildir. Nitekim, kanun koyucu bu hususa TTK m. 778/1'de "[b]ononun niteliğine aykırı düşmedikçe" ifadesine yer vererek işaret etmektedir. Dolayısıyla, atıf yapılan hükümler uygulanırken poliçenin havale, bononun ise ödeme vaadi niteliği dikkate alınarak bir yorum yapılması gerekmektedir. Özellikle, poliçeye ilişkin hükmün uygulanması aşamasında bononun ödeme vaadi niteliğine aykırı bir unsurun bulunmamasına dikkate edilmelidir<sup>35</sup>. Başka bir deyişle, atıf yapılan poliçeye ilişkin hükümler sadece lafzı itibarıyla bir değerlendirmeye tabi tutulmayacak, bununla birlikte bononun ödeme vaadi niteliği de dikkate alınarak bir sonuca varılacaktır<sup>36</sup>. Ayrıca, TTK m. 778'de atıf yapılan hükümlerin dışında yer alan poliçeye ilişkin diğer hükümlerin bonoya uygulanıp uygulanmayacağı sorunu da akla gelmektedir. Ancak, değinildiği üzere kanun koyucunun atıf yapmadığı poliçeye ilişkin hükümlerin tamamı poliçenin havaleye benzer bir kurum olma niteliğinden kaynaklanmakta, özellikle muhatabın kabulü ile ortaya çıkan durumlara ilişkin kuralları içermektedir. Bu bakımdan, ödeme vaadi niteliği taşıyan bonolarda kabul kurumu bulunmadığından atıf yapılmayan poliçeye ilişkin diğer hükümlerin kıyasen uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

Konu, kambiyo senetlerinin bir diğer türünü oluşturan çekler açısından ele alındığında, kanun koyucunun TTK m. 780-823 arasında sadece çeklere özgü düzenlemelere yer verdiği, çeklere ilişkin hükümler içerisinde düzenlenmeyen konularda TTK m. 818'de poliçelere ilişkin hükümlere atıf yapmış olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, TTK m. 778/1'de olduğu gibi atıf yapılan poliçeye ilişkin hükümlerin çekin niteliğine uygun düşmesi şartı aranmamıştır. Bu eksikliğin, poliçe ve çeklerin niteliğinin aynı olmasından başka bir deyişle her iki kambiyo senedinin temelinde nitelikli bir havale ilişkisinin bulunmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir<sup>37</sup>. Ayrıca, TTK m. 818'de sayılmayan konular hususunda ise kanun

<sup>35</sup> Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli* (n 32) 163; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (27. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2024) 216; Ersin Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2023) 112; Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku* (11. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2024) 227-229.

<sup>36</sup> Öztan (n 35) 216. Bu duruma örnek olarak; TTK m. 778'de, düzenleyenin aynı zamanda muhatap veya lehtar olmasına imkân tanıyan TTK m. 673'e atıf yapılmamış olması gösterilebilir. Bonoda düzenleyen, kendi lehine veya üçüncü bir kişi hesabına bono düzenleyemez. Düzenleyeni ve lehtarını aynı olan bonolarda geçerli bir ödeme vaadinden bahsedilemez. Dolayısıyla, böyle bir senet bono vasfını da kazanamayacaktır, bkz. Ebru Tüzemen Atik, 'Bonoda Lehtarın Düzenleyen Lehine Aval Verip Veremeyeceği Hususunda Bir Değerlendirme' 2020 6(2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuk Dergisi 311, 314-315.

<sup>37</sup> Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli* (n 34) 282-283; Öztan (n 35) 315-316.

koyucunun bilinçli bir tercihinin söz konusu olduğu ve bu sebeple hakkında düzenleme bulunmayan konularda poliçeye ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Örneğin; rehin cirosunun düzenlendiği TTK m. 689'un çeklere uygulanma ihtimali bulunmamaktadır<sup>38</sup>. Çeklerde kısa ibraz sürelerinin öngörülmesi ve görüldüğünde ödenecek vadeli bir kambiyo senedi olması rehin cirosunun getirilmesinde güdülen amaçla bağdaşmamaktadır. Çünkü, rehin cirosu ile ciranta ileri tarihli bir vade belirlemekte, borçlunun borcu vadeye kadar ötelenmektedir. Bu durum ise esasen bir ödeme aracı niteliği bulunan çeklerin niteliğine aykırı düşmektedir<sup>39</sup>.

Kıymetli evrakta yer alan düzenlemeler de göz önünde bulundurulduğunda, TTK m. 573-644 arasında düzenlenmeyen konularda anonim ve diğer şirket türlerine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabilmesi için kanun koyucunun bilinçli bir şekilde düzenleme eksikliğine sebebiyet vermemesi gerekmektedir. Bununla birlikte, "niteliğine uygun düştüğü ölçüde" şartı açık bir şekilde gösterilmese dahi yazılı olmayan bu prensibin, limited şirketlerde düzenleme eksikliği bulunan konularda kıyasen uygulanacak anonim ve diğer şirket türlerine ilişkin hükümlerin yorumlanmasında dikkate alınması gerektiği anlaşılmaktadır<sup>40</sup>.

## C. Sermaye Şirketlerine İlişkin Hükümlerin Kıyasen Uygulamasına Örnek

### 1. İmtiyazlı Paylara İlişkin Anonim Şirket Hükümlerinin (TTK m. 360, m. 454 ve m. 478) Limited Şirketlere Kıyasen Uygulanması

#### a. Düzenleme Eksikliğinin Bulunduğunun Tespit Edilmesi

Limited şirketlerde imtiyazlı payların varlığına işaret eden hükümler kanun koyucu tarafından farklı madde başlıkları altında ele alınmıştır. İlk olarak, şirket sözleşmesinin zorunlu unsurlarını düzenleyen TTK m. 576/1-c'de "...varsa imtiyazlar" ifadesi ile imtiyazlı payların limited şirketlerde bulunabileceğine işaret edilmiştir. Hükmün kaleme alınış tarzından, söz konusu payların çıkarılmasının mecburi olmadığı, yalnızca imtiyazlı paylar çıkarıldığı takdirde şirket sözleşmesine ilgili paylara ilişkin

<sup>38</sup> Yargıtay 11 HD, 1804/5522, 03.10.2023 "2.Poliçeye ait olup çek hakkında da uygulanması mümkün bulunan 6102 sayılı Kanun'un 818 inci maddesinde, rehin cirosu ile ilgili aynı Kanun'un 689 uncu maddesine yapılmış bir atıf bulunmadığından çekte rehin cirosu caiz olmayıp, rehin veya bunun sonucu elde etmeye yönelik olarak teminat amacıyla çekin ciro ile elde edilmesi halinde çeki devir alan kişi çeki dayalı hakları kullanamaz."

<sup>39</sup> Çamoğlu, Kıymetli (n 35) 123; Kendigelen ve Kırca, Kıymetli (n 35) 310. Çeke uygulanamayacak poliçeye ilişkin diğer hükümlere örnek olarak; araya girme kurumunun düzenlendiği TTK m. 734-738 ve poliçe sureti ile ilgili düzenlemelerin yer aldığı TTK m. 746 gösterilebilir.

<sup>40</sup> Karaahmetoğlu (n 4) 694.

hususların yazılmasının zorunluluk teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Diğer bir düzenleme, şirket sözleşmesinin tescil ve ilan edilecek unsurları arasında imtiyazların da yer alabileceğini gösteren TTK m. 587/1-j'de yer almaktadır. Ayrıca, oy hakkının esas sermaye payının itibari değerinden bağımsız olarak her esas sermaye payına bir oy hakkı tanınması suretiyle oyda imtiyazın oluşturulabilmesine imkân tanıyan TTK m. 618/2 ve oyda imtiyazlı payların öngörülmesini genel kurulun önemli kararları arasında sayan TTK m. 621/1-b hükümleri limited şirketlerde imtiyaza işaret eden düzenlemeler arasındadır. Anılan hükümlerden TTK m. 576/1'in gerekçesinde "(b) imtiyazlı esas sermaye payı olup olmadığı sorusuna olumlu cevap verilip tartışma sona erdirilmiştir." denilerek eTTK zamanında limited şirketlerde imtiyazlı esas sermaye payının bulunup bulunmayacağı yönündeki tereddütlerin ortadan kaldırıldığı ifade edilmiştir<sup>41</sup>. TTK m. 618/1'in gerekçesinde ise "Ayrıca oy hakkının esas sözleşme ile sınırlandırılmasına, dolayısıyla da oyda imtiyaza da müsaade edilmiştir." ifadesi ile imtiyazlı payların bir çeşidini oluşturan oyda imtiyazlı payların limited şirketlerdeki varlığına işaret edilmiştir<sup>42</sup>.

Kanun koyucu tarafından limited şirketlerde imtiyazlı payların bulunabileceğine işaret edilmesine karşın, söz konusu payların uygulamasına başka bir deyişle imtiyazlı pay çıkarıldıktan sonra bu payların kullanımına ve özellikle imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını korumaya yönelik herhangi bir düzenlemeye TTK m. 573-644 arasında yer verilmemiştir. İlgili konularda, anonim şirket hükümlerine de herhangi bir atıfta bulunulmamıştır. Buna karşın; imtiyazlı pay çıkarma imkânının bulunduğu ancak zorunluluk teşkil etmediği anonim şirketlerde imtiyazlı payların nasıl çıkarılacağı (TTK m. 478/1), imtiyazlı pay sahiplerinin hangi haklara sahip olabileceği (TTK m. 478/2) ve bu pay sahiplerinin hakları ihlal edildiği takdirde imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanmasına ve alacağı kararlara ilişkin esaslar (TTK m. 454) açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Öğretide, anonim şirketlerdeki düzenlemeler dikkate alındığında, limited şirketlerde imtiyazlı payların uygulamasına ve korunmasına ilişkin konularda yer alan düzenleme eksikliğinin kanun boşluğuna sebebiyet verdiği ifade edilmektedir<sup>43</sup>. Öncelikle bir kanun boşluğundan bahsedilebilmek için "gerekli kanuni düzenlemenin yapılmamış olduğu hallerin" bulunması gerekmektedir. Bu hallerin tespitinde ise gereklilik<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Gerekçe (TTK m. 576) 265.

<sup>42</sup> Gerekçe (TTK m. 618/1) 272.

<sup>43</sup> Kendigelen ve Kırca, C. 3 (n 5) 321; Kayıhan (n 4) 302; Hamamcıoğlu (n 4) 73.

<sup>44</sup> Yürürlükteki hukuk düzeni açısından; olaya uygulanacak kuralın kanun veya örf ve âdet hukukunda yer almasının beklendiği hallerde, bir düzenlemeye yer verilmemişse olaya ilişkin bir kuralın gereklilik arz ettiğinden söz edilir, bkz. Kırca Ç. (n 30) 92.

terimi belirleyici bir rol oynamaktadır. Şöyle ki, kanunlarda yer alan her düzenleme eksikliği bir gereklilik teşkil etmeyebilir. Kanun koyucu gereklilik teşkil etmeyen bu düzenleme eksikliklerini hukuk dışı alana bırakmış veya bilinçli olarak olumsuz bir düzenleme yapmak istemiş olabilir<sup>45</sup>. Konuya bu bağlamda bakıldığında, limited şirketlere ilişkin TTK m. 573-644 içerisinde imtiyazlı payların uygulanması ve korunmasına yönelik düzenlemeler getirmenin bir gereklilik teşkil edip etmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu hususta ise anonim şirketlerde imtiyazlı paylara ilişkin temel ilkelerin belirlendiği TTK m. 478'in gerekçesi yol gösterici olmaktadır. Gerekçede, imtiyazlı paylara ilişkin düzenlemelerin getirilmesinde, eTTK zamanında uzun zamandır geçerli olan uygulamanın sağladığı katkıların göz önünde bulundurulduğu ve bu düzenlemelerin TTK sisteminden çıkarılmasının ortaya çıkaracağı boşluğun yol açacağı sakıncaların dikkate alındığı ifade edilmiştir<sup>46</sup>. Anonim şirketler için öngörülen bu gerekçelerin limited şirketler açısından da geçerli olmaması için haklı bir sebep bulunmamaktadır. Kanun koyucunun TTK ile limited şirketleri yapısal özellikler açısından anonim şirketlere yaklaştırmak istediği ve imtiyazlı payların şirketin kurumsal bir kimlik kazanmasına sağlayacağı katkılar dikkate alındığında, imtiyazlı paylara ilişkin kurallara yer vermesinin bu anlamda bir gereklilik teşkil ettiği söylenebilir. Dolayısıyla, kanun koyucunun limited şirket hükümleri içerisinde bu yönde düzenlemeler getirmemesi bilinçli bir tercih olmayıp, kanun yapma tekniği açısından ise bir "özensizliğine" işaret etmektedir<sup>47</sup>.

## **b. İmtiyazlı Payların Uygulanmasına ve Korunmasına Yönelik Kanun Boşluğunun Doldurulması**

Limited şirketlerde imtiyazlı payların uygulanması ve korunmasına yönelik kanun boşluğunun doldurulmasında, ilk olarak ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler içerisinde yer alan TTK m. 126'nın incelenmesi gerekmektedir. Anılan hüküm gereğince, limited şirketlere özgü hükümler içerisinde ilgili konuya ilişkin bir düzenleme bulunmadığı takdirde niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK m. 620 vd.'da yer alan adi şirket hükümleri uygulanacaktır<sup>48</sup>. Ancak, adi şirket hükümleri içerisinde

<sup>45</sup> Kirca Ç. (n 30) 91-93; Antalya (n 30) 210; Oğuzman ve Barlas (n 27) 104-105; Sururi Aktaş, 'Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı', (2010) 14(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 10.

<sup>46</sup> Gerekçe (TTK m. 478) 225.

<sup>47</sup> Kendigelen ve Kirca, C. 3 (n 5) 321.

<sup>48</sup> Yargıtay vermiş olduğu bir kararında TBK m. 620 vd.'da yer alan adi şirketlere ilişkin hükümlerin ticaret şirketlerine uygulanabilmesi için gerekli olan şartlara işaret etmiştir, bkz. Yargıtay HGK 211/120, 25.2.1987 "Borçlar Kanununun âdi şirkete ait bir hükmünün ticaret şirketlerine uygulanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan birincisi, ticaret şirketine mahsus hükümler arasında konuya ilişkin bir hükmün bulunmaması; ikincisi, Borçlar Kanununun âdi

imtiyazlı paylara ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için diğer şirket türlerine ilişkin hükümlerde yer alan düzenlemeler incelenmelidir.

Öğretide, limited şirketlerde imtiyazlı payların uygulaması ve korunması hususundaki kanun boşluğunun, şirket yapısına uygun düştüğü ölçüde anonim şirketlerin imtiyazlı paylara ilişkin hükümlerine yapılacak kıyasla giderilebileceği ifade edilmektedir<sup>49</sup>. Öncelikle, konuya hukuk metodolojisi kuralları açısından bakıldığında; kıyasen uygulamadan bahsedilebilmesi için hakkında hüküm bulunmayan konuya, konuyla bağlantılı olan ortak noktalarından ötürü başka bir hükmün uygulanabilmesi gerekmektedir<sup>50</sup>. Esasen kanun boşlukların doldurulmasında başvuru bu yöntemde, ilgili konuda korunmak istenen değer ile kıyasen uygulanacak hükmün korumayı hedeflediği değer arasında bir benzerlik aranmaktadır<sup>51</sup>. Anonim ve limited şirketlerin imtiyazlı paylara ilişkin kurallar ile korumayı hedeflediği değerlerin benzer olduğu ifade edilebilir. Şöyle ki, imtiyazlı payların sağladığı haklar ortakların şirketin faaliyetlerine olumlu katkılarının artırılmasını sağlarken; bu hakların ihlali halinde şirketin iç ve dış işleyişi aleyhine sonuçlar doğma ihtimali yüksektir. Dolayısıyla, şirket içerisindeki faaliyetlerin devamlılığın sağlanabilmesi açısından gerekli olan koruyucu tedbirlerin varlığı Bu

---

*şirkete ilişkin 520-541. maddelerinde konuya uygulanabilecek bir hükmün mevcut olması; üçüncüsü de, Borçlar Kanununda mevcut olan bu hükmün ticaret şirketinin mahiyetine aykırı düşmemesidir."*

<sup>49</sup> Şener, Limited (n 4) 192; Kendigelen ve Kırca, C. 3 (n 5) 321; Kayıhan (n 4) 302; Hamamcıoğlu (n 4) 74; Hülya Çoştan, 'Limited Şirkette Oyda İmtiyazlı (!) Paylar ve İmtiyazlı Paylar', (2012) 4 Ankara Barosu Dergisi 77, 88; Ali Haydar Yıldırım ve Ertan Demirkapı, 'İsviçre Borçlar Kanunu'nda Limited Ortaklıklar Hukuku Alanında Yapılan Yeni Düzenleme', (2008) 24(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 435, 445-446.

<sup>50</sup> Antalya (n 28) 317; Oğuzman ve Barlas (n 25) 128-129. Kıyasa hangi hallerde başvurulacağına dair, bkz. Yargıtay 11 HD, 12794/6290, 16.11.2017 "...özel hukukta yasa hükümlerinin ve sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında kıyas yapmanın mümkün olduğu gözetilerek yapılan değerlendirmede, ...". Benzer yöndeki bir karar için bkz. Yargıtay 11 HD, 65/3848, 10.6.1988. Kıyas, sadece bir kanun veya hüküm içerisinde yapılabileceği gibi diğer kanunlar arasında ya da diğer hukuk dalları arasında da yapılabilir. Zira, kıyas boşluk bulunan hallerde kanun koyucunun açıkça uygulanacağını bahsettiği konularda veya açıkça bahsetmeyip hakimın önüne gelmesi sonucu başvuru bir yöntemdir, bkz. Ahmet Mithat Güneş, *Hukuk Metodolojisi* (5. Baskı, Ekin Yayıncılık 2023) 176-177; Narmanlıoğlu Ü, 'Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması' (2001) Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE'ye Armağan 93, 118. Kanun koyucunun açıkça kıyasen uygulanacağını ifade ettiği konularda esasen herhangi bir kıyastan söz edilemeyeceğine ilişkin aksi yönde bkz. Oğuzman ve Barlas (n 27) 129.

<sup>51</sup> Kırca Ç. (n 30) 97; Narmanlıoğlu (n 50) 118; Aynur Yongalık 'İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi', (2011) 60(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 15. Amaçların birebir aynı olmasına gerek olmadığına, belirli noktalarda uyuşmasının yeterli olduğuna dair bkz. Fuat Altuntaş, 'Kıyasın (Analojinin) Diğer Akıl Yürütme Yöntemleri ile Karşılaştırılması ve Hukuk Alanındaki Yansıması' (2021) 25(2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 237, 243.



doğrultuda, aynı amacı taşıyan ve ayrıntılı düzenlemeleri içeren anonim şirketlerde imtiyazlı paylara ilişkin temel ilkelerin gösteren TTK m. 478, imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin esasları belirleyen TTK m. 454 ve halka açık anonim şirketlere ilişkin kuralları hariç olmak üzere belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesini ifade eden grup imtiyazına<sup>52</sup> ilişkin TTK m. 360 kıyasen uygulaması yoluna başvurulması gerekmektedir<sup>53</sup>. Oyda imtiyaza ilişkin kuralların gösterildiği TTK m. 479 ve m. 618 hükümleri esasen aynı konuları düzenlemesine karşın, her iki şirket türü açısından farklı amaçlar doğrultusunda getirilmiş olduğu için düzenleme eksikliği bulunan hususlarda kıyasen uygulamanın kapsamına giremeyecektir<sup>54</sup>. Zira, oyda imtiyazı düzenleyen TTK m. 618'de limited şirketlere ilişkin TTK m. 479'dan farklı kurallar yer almakta ve limited şirketlere özgü bu hükmün uygulanması gerekmektedir<sup>55</sup>.

Anonim şirketlerde imtiyazlı payların uygulanması ve korunmasına ilişkin hükümlerin limited şirketlerin yapısına uygunluğu hususunda şunlar ifade edilebilir: Öncelikle, imtiyazlı pay oluşturmanın temelinde diğer paylara başka bir adıyla adi paylara göre üstünlük tanınması yatmaktadır<sup>56</sup>. Böylelikle, şirkete yatırım yapmak isteyen kişiler için şirketi cazip hale getirmek veya önceki pay sahiplerinin konumunu iyileştirmek mümkün olacaktır. Bu kimseler, imtiyazlı paylara tanınan üstünlükler sayesinde ekonomik kazanç elde etmeyi ve bu doğrultuda anonim veya limited şirketlerde

<sup>52</sup> TTK m. 360'ın gerekçesinde, belirli pay gruplarının yönetim kurulunda temsili konusunda tanınan hakkın TTK m. 478'e istisna teşkil ettiği ifade edilmiştir. TTK m. 478/1 gereğince imtiyazdan doğan hak paya bağlı olarak ortaya çıkar. Buna karşın, TTK m. 360'ta yer alan imtiyaz belirli pay sahipleri grupları veya belirli pay grupları ya da azınlığa bir bütün olarak tanınmaktadır, bkz. Gerekçe (TTK m. 360) 166. Grup imtiyazına kapsamında yer alan hakkın tek bir ortağa dahi tanınabileceğine ilişkin bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, C. 1 (n 10) 427.

<sup>53</sup> TTK'da yer alan limited şirket hükümlerine de kaynaklık eden İsvBK'da konu özel olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte İsvBK 799'da imtiyazlı paylara ilişkin anonim şirket hükümlerinin, açık bir şekilde limited şirketlere de uygulanacağı ifade edilmiştir, bkz. Şener, Limited (n 4) 193; Kendigelen ve Kırca, C. 3 (n 5) 321; Yıldırım ve Demirkapı (n 49) 446.

<sup>54</sup> Sürücü (n 5) 113.

<sup>55</sup> Limited şirketlerde imtiyazlı paylar kuruluş aşamasında yaratılabileceği gibi daha sonradan şirket sözleşmesinin değiştirilmesi suretiyle de oluşturulabilir. Sözleşme değişikliği yoluyla imtiyazlı pay oluşturulurken TTK m. 589'da yer alan yeter sayıların; buna karşın, istisnai olarak oyda imtiyazlı pay yaratılmak isteniyorsa TTK m. 621/1-b gereğince yine aynı düzenlemedeki yetersayıların aranması gerektiği ifade edilmektedir, bkz. Şener, Limited (n 4) 194-195, Çoştan (n 49) 88. Kanun koyucunun farklı yeter sayılar aramasının bir tutarsızlık yaratacağı, bu yönde bir iradesinin bulunmadığı ve dolayısıyla oyda imtiyaz dışında kalan imtiyazlara da TTK m. 621/1-b'deki yetersayıların aranması gerektiği yönünde bkz. Kendigelen ve Kırca, C. 3 (n 5) 322.

<sup>56</sup> Gerekçe (TTK m. 478) 225-226. TTK'nın ticaret şirketlerine ilişkin düzenlemeleri içerisinde şirket paylarının eşitliğine işaret eden bir kural veya ilke de bulunmamaktadır, bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, C. 1 (n 10) 634.



ortak/pay sahibi olarak şirketin faaliyetlerine daha fazla katkı sağlayabilme imkânına kavuşmaktadırlar. Ayrıca, güven ilişkilerinin şirketin işleyişine etkisinin yüksek olduğu limited şirketlerde, ortak olmak isteyen üçüncü kişiler imtiyazlı paylara sahip olarak bu ilişkinin önem derecesinin azaltılabilmektedir. Böylelikle, şirket yapısının şekillenmesinde sermaye unsurunun kişisel unsurlara göre ağırlığı artırılabilen ve anonim şirketlerdeki kurumsallaşma etkileri limited şirketler için de söz konusu olabilmektedir<sup>57</sup>. Kanun koyucunun TTK'da getirdiği hükümler ile limited şirketleri daha kurumsal bir yapıya kavuşturmak istemesi, imtiyazlı pay oluşturmak için duyulan ihtiyaçlar ve eski bir uygulamanın devamlılığı gibi sebepler birlikte göz önünde bulundurulduğunda TTK m. 360, m. 454 ve m. 478'de yer alan düzenlemeler limited şirketlerin yapısına da uygun düşmektedir. Limited şirketler ile anonim şirketler arasındaki "doku ayniyeti" ise bu durumu destekler nitelik taşımaktadır.

## 2. Limited Şirket Ortaklarının Rekabet Yasağına Aykırılıklarının Sonuçlarına ve Uygulanacak Yaptırımlara İlişkin Kollektif Şirket Hükümlerinin (TTK m. 231) Kıyasen Uygulanması

### a. Düzenleme Eksikliğinin Bulunduğunun Tespit Edilmesi

Limited şirketlerde müdürler ve ortaklar için rekabet yasağı konusu ayrı hükümlerde ve farklı şekillerde düzenlenmiştir. Bu düzenleme tarzı, müdürlerin ortaklar arasından seçilmesinin zorunlu olmamasından kaynaklanmaktadır<sup>58</sup>. Konu müdürler açısından TTK m. 626/2'de düzenlenmiştir. Hükme göre, "Şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemiş veya diğer tüm ortaklar yazılı olarak izin vermemişse, müdürler şirketle rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamazlar. Şirket sözleşmesi ortakların onayı yerine ortaklar genel kurulunun onay kararını öngörebilir.". Kanun koyucu tarafından, müdürlerin rekabet yasağına tabi olması noktasında ortak sıfatını haiz olma veya temsil yetkisine sahip olma şartları aranmamış; müdür sıfatına sahip olmak yeterli görülmüştür. Ayrıca, müdürler için öngörülen bu yasağın, aksi kararlaştırılmamış olmadıkça kanuni bir zorunluluk arz ettiği görülmektedir<sup>59</sup>. Dolayısıyla, müdürler için

<sup>57</sup> Ortaklar arası ilişkilerin yoğun olarak görüldüğü limited şirketlerde, üçüncü kişilerin şirkete ortak olmasına ve özellikle getirecekleri sermayeye değer atfeden imtiyazlar ile bu ilişkilerin önem derecesi azaltılabilir ve bu yolla anonim şirketlerdeki kurumsal yapıya yaklaştırılabileceği kanaatindeyiz.

<sup>58</sup> Gerekçede bu hususa "üçüncü kişi yöneticiler de dahil" ifadesi ile işaret edilmiştir, bkz. Gerekçe (m. 626) 274. Ayrıntılı açıklama için bkz. Karakılıç, Sözleşme (n 4) 320-322.

<sup>59</sup> Müdürlere ilişkin rekabet yasağı düzenlemelerinin, İsviçre hukukundan farklı olarak emredici nitelikte olmadığına dair bkz. Gerekçe (TTK m. 626/2) 275. Müdürlerin şirketin ticari sırlarına kolay bir şekilde ulaşabilmesi ve bu sırları kendi menfaatleri doğrultusunda kullanabilme tehlikesinin ortaklara göre daha yüksek olması sebebiyle ortaklar için öngörülen düzenlemelerden farklı esaslar

rekabet yasağına tabi olmaları olağan, yasağın kapsamı dışında tutulmaları ise istisnai nitelik taşımaktadır.

Ortaklar için rekabet yasağına ilişkin düzenleme ise TTK m. 613/2 son cümlede yer almaktadır. Hükme göre, "*Şirket sözleşmesiyle, ortakların, şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları öngörülebilir.*". Hükümden de anlaşıldığı üzere, ortaklar için rekabet yasağı öngörülmesi noktasında herhangi bir kanuni zorunluluk bulunmamaktadır. Dolayısıyla, müdürlere ilişkin hükümde yer alan esasın aksine, limited şirket ortaklarının rekabet yasağına tabi olmaları istisnai, yasak kapsamında olmamaları ise olağan bir nitelik taşımaktadır<sup>60</sup>. Bu durum, sermaye şirketi niteliğinde olan limited şirketlerde ortakların sınırlı sorumluluk ilkesine tabi olmasının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır<sup>61</sup>. Hükümün gerekçesinde açık bir şekilde ortakların sınırlı sorumlu olmasının rekabet yasağına tabi tutulması hususunda bir zorunluluk arz etmeyeceğini, ortaklar söz konusu yasağın kapsamına alınmak isteniyorsa sözleşmesel bir zeminin aranması gerektiği ifade edilmektedir<sup>62</sup>. TTK m. 577/1-g hükmü de kanuni düzenden ayrılan rekabet yasağına ilişkin hükümlerin ancak şirket sözleşmesinde öngörüldüğü takdirde bağlayıcı olacağını göstermektedir.

Kanun koyucu, limited şirketlerde ortakların tabi olabileceği rekabet yasağına ilişkin sadece ilgili yasağın varlığına dair bir kural getirirken; söz konusu yasağın ihlali halinde bunun sonuçlarına dair herhangi bir düzenlemeye TTK m. 573-644 arasında

---

benimsenmiştir, bkz. Oruç Hami Şener, *Limited Ortaklıklara İlişkin Emsal Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024) 347.

<sup>60</sup> Ezgi Başak Demirayak Ünal, 'Limited Şirketlerde Ortakların Şirkete Karşı Bağlılık Yükümlülüğü', (2018) 76(3) Ankara Barosu Dergisi 24, 39.

<sup>61</sup> Anonim şirketlerde yer alan tek borç ve sınırlı sorumluluk ilkeleri pay sahiplerinin rekabet yasağına tabi olmamaları hususunda önemli bir gerekçe oluşturmaktadır. Bununla birlikte, rekabet yasağı süreklilik arz edeceği için ikincil yükümlülük kapsamına da alınmaz, bkz. Hasan Karakılıç, *Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 94-96; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, C. 2 (15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021) 103-105. Ayrıca, ticaret şirketleri içerisinde daha çok şahıs şirketlerinin ortakları bakımından söz konusu olan rekabet yasağının limited şirket ortakları için de öngörülebilmemesinin bir tezatlık oluşturduğu söylenebilirse de kanun koyucu bu yöndeki düzenleme ile limited şirketlerin kişisel özelliklerine vurgu yapmaktadır, bkz. Karakılıç, *Sözleşme* (n 4) 327-328.

<sup>62</sup> Gerekçe (TTK m. 613/2) 271. Ortaklar açısından bağlılık yükümlülüğünün sınırını şirket sözleşmesinde öngörülen rekabet yasağı oluşturmaktadır. Bu sebeple, şirket sözleşmesinde ortak/ortakların açık bir şekilde rekabet yasağına tabi tutulacağına ilişkin bir hüküm öngörülmediyse yalnızca bağlılık yükümlülüğü bulunduğu gerekçesiyle ortakları rekabet yasağına ilişkin kurallara tabi tutmak mümkün değildir, bkz. Murat Şahin, 'Limited Şirket Müdürlerinin Rekabet Yasağına Aykırı Davranışlarında Dava Haklarının Kullanılması', (2021) 42 Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 334, 337-338.

yer vermemiştir<sup>63</sup>. Buna karşın; bir şahıs şirketi olan kolektif şirketlerde (TTK m. 124/2) ortaklar için rekabet yasağına ilişkin temel ilkeler TTK m. 230'da düzenlendikten sonra, yasağa aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar TTK m. 231'de gösterilmiştir. Rekabet yasağına ilişkin kolektif şirketlerde öngörülen bu düzenleme tarzı anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için de benimsenmiş olup; yönetim kurulu üyelerinin tabi olduğu rekabet yasağına TTK m. 396/1 birinci cümlede işaret edildikten sonra, aynı fıkranın ikinci cümlesinde yasağa aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlara yer verilmiştir.

Limited şirket ortaklarının rekabet yasağını ihlal ettiği takdirde uygulanacak yaptırımlara ilişkin düzenleme eksikliğinin bir kanun boşluğu teşkil edip etmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu hususun belirlenebilmesi için kanun koyucunun ortakları rekabet yasağına tabi tutma yönündeki iradesi ortaya konulmalıdır. Öncelikle, limited şirket ortaklarının yükümlülüklerinden biri olan bağlılık yükümlülüğünün en somut halini rekabet yasağı oluşturduğu ifade edilmektedir<sup>64</sup>. Ortakların, şirketin faaliyet konusu dışında yürüttükleri ticari faaliyetleri esasen şirket açısından herhangi bir sorun teşkil etmezken; yürütülen bu faaliyetler şirketin işleyişine ve özellikle menfaatlerine zarar verme ihtimalinin söz konusu olduğu durumlarda önemini göstermektedir<sup>65</sup>. Anılan zarar tehlikesini bertaraf etmenin en

---

<sup>63</sup> Şener, Limited (n 4) 487; Karakılıç, Yasak (n 61) 324; Sürücü (n 5) 103. Ortaklar açısından var olan düzenleme eksikliği limited şirket müdür/müdürleri açısından da geçerlidir. Ancak, müdürler açısından bu eksiklik TTK m. 644/1-a'da atıf yapılan TTK m. 553'ün limited şirketlere uygulanması yoluyla giderilebilmektedir. Bu doğrultuda, rekabet yasağına aykırı davranan yönetim kurulu üyelerine uygulanacak yaptırımları gösteren TTK m. 396/1 ikinci cümlede limited şirket müdürleri açısından geçerli olacağı ifade edilmektedir, bkz. Çamoğlu, Limited (n 4) 203-204; Karakılıç, Yasak (n 61) 325; Şener, Emsal Kararlar (n 59) 349. İsviçre hukukunda da rekabet yasağına aykırılığa ilişkin uygulanacak yaptırımlar konusunda herhangi bir düzenleme yer almadığına ilişkin açıklama için bkz. Demirayak Ünal (n 60) 43.

<sup>64</sup> Şener, Limited (n 4) 479; Karakılıç, Yasak (n 61) 17; Demirayak Ünal (n 60) 40. Hükmün gerekçesinde de bağlılık yükümlülüğünün bir görünüm biçimi olarak ele alınan rekabet yasağı ile temelde şirketin zararını ortaya çıkaracak her türlü davranışın engellenmek istendiği ifade edilmiştir, bkz. Gerekeç (TTK m. 613/2) 271. Ayrıca, rekabet yasağının asıl amacının şirketlerin güvenli bir şekilde gerçekleştirdikleri iş ve işlemler sonucu ortaya çıkan ticari düzeninin güvence altına alınması olduğuna dair bkz. Pınar Aşık 'Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı (TTK M. 396)', (2017) 4 Ankara Barosu Dergisi 163, 167.

<sup>65</sup> Ortağın şirket dışında gerçekleştirdiği faaliyetlerden hangilerinin rekabet yasağına aykırılık oluşturacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide limited şirketlerin kişisel öğeleri barındıran ve genelde az sayıda ve birbirine güvenen kişiler arasında kurulan bir şirket türü olduğu göz önünde bulundurularak kolektif şirketlere ilişkin TTK m. 230/1'den faydalanabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca, anılan hükümde yer alan kurallar çerçevesinde dahi ortağın davranışının rekabet yasağı oluşturup oluşturmadığı belirlenemiyorsa ilgili davranış rekabet yasağının koruyucu amacı dikkate alınarak bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır, bkz. Karakılıç, Yasak (n 61) 299-301.

etkili yöntemi ise ortakların şirket dışında gerçekleştirdikleri ticari faaliyetlerin rekabet yasağı ile sınırlandırılmasıdır<sup>66</sup>. İlgili yasak ile TTK m. 614'te geniş bir bilgi alma ve inceleme hakkına sahip olan ortakların, bu çerçevede öğrenmiş oldukları ticari sırları, şirket faaliyetleri sonucu edinmiş oldukları tecrübeleri ve sahip oldukları bilgileri kullanarak şirkete zarar vermesinin engellenmesi amaçlanmaktadır<sup>67</sup>. Özellikle ortağın şirketle rekabet eden faaliyetlerde bulunmasını, müşteri çevresini kendi menfaatlerine yöneltmesini, şirketin gelecekte sahip olabileceği iş fırsatlarını olumsuz etkilememesini önlemek ve/veya engellemek rekabet yasağı ile öngörülen temel koruma tedbirleri olarak ifade edilmektedir<sup>68</sup>.

Anılan amaçların güvence altına alınabilmesini sağlaması hususunda, rekabet yasağının ortaklar için varlığına işaret eden TTK m. 613/2'de uygulanacak yaptırımlara ilişkin düzenleme eksiklik bulunduğu ve yeterli korumayı sağlamadığı görülmektedir. Bu bakımdan, rekabet yasağına aykırılık halinde ortaya çıkan zararı tazmin edici kurallar öngörülmesinin bir gereklilik teşkil ettiği ve ortaklara uygulanacak yaptırımlara ilişkin düzenleme eksikliğinin kanun boşluğuna sebebiyet verdiği anlaşılmaktadır<sup>69</sup>. Ayrıca, yasağı aykırılığa ilişkin herhangi bir yaptırım öngörülmemiş olmamasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu ifade etmek de oldukça güçtür. Şöyle ki, rekabet yasağı ile güdülen amaç kapsamında şirketin işleyişinin aksamamasını temin etmek ve dışsal sebepler bir etkisi olmaksızın faaliyetleri sonucu zarar görme tehlikesini bertaraf etmek şirkette yer alan diğer ortakların lehinedir. Limited şirketlerin uygulamada geniş bir yer edindiği hususu da dikkate alındığında rekabet yasağına aykırılık halinde ortaklara uygulanacak yaptırımlar konusunda suskun kalması düşünülemez. Anılan düzenleme eksikliği, ortaklar için rekabet yasağı kurumunu dahi işlevsiz kılabilir.

## **b. Rekabet Yasağına Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırımlara İlişkin Kanun Boşluğunun Doldurulması**

Limited şirketlerde, ortakların rekabet yasağına aykırılığı halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin kanun boşluğu doldurulması noktasında ilk olarak TBK m. 620 vd.'da yer alan adi şirket hükümlerine başvurulması gerekmektedir. Adi şirketlerde

<sup>66</sup> Şener, Limited (n 4) 479.

<sup>67</sup> ibid 482-483. Ortaklar için öngörülebilecek rekabet yasağının ihlalinin sonuçlarıyla korunmak istenen asıl menfaatin, şirketin faaliyetlerine devam edebilmesini sağlamak başka bir ifadeyle şirketin zarar etmesini engellemektir. Böylelikle hem şirket işleyişi aksamamış olacak hem de ortaklar olası bir rekabet yasağı ihlali halinde şirket ortaya çıkan olumsuz durumlara karşı korunmuş olacaktır, bkz. Şener, Limited (n 4) 461-462.

<sup>68</sup> Şener, Limited (n 4) 479; Karakılıç, Yasak (n 61) 31-32.

<sup>69</sup> Kanun boşluğuna ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. yuk. III. C. 1. a.

ortaklar için rekabet yasağı TBK m. 626'da öngörülmüştür. Ancak; kanun koyucu, TTK m. 613/2'deki düzenlemeye benzer şekilde ortaklar için rekabet yasağına işaret etmekle yetinmiş, rekabet yasağına aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu sebeple, ilgili konuda TTK m. 573-644 arasında uygulanabilecek yaptırımların bulunup bulunmadığı tespit edildikten sonra diğer şirket türlerine ilişkin hükümlere başvurulması gerekmektedir.

Öğretide çoğunluk görüşü tarafından, limited şirketlerde ortaklar için şirket sözleşmesiyle rekabet yasağı öngörüldüğü takdirde, bu yasağa aykırı davranan ortağa karşı kollektif şirketlerde uygulanacak yaptırımları düzenleyen TTK m. 231 hükmünün kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir<sup>70</sup>. Bir görüş ise ortakların rekabet yasağına ilişkin sınırların ve sonuçların şirket sözleşmesiyle belirlenebileceğini veyahut bu hususlarda TTK m. 626'ya atıfta bulunularak müdürler için öngörülen sonuçlara tabi tutulabileceğini söylemektedir. Ayrıca, aynı görüş uyarınca, şirket sözleşmesinde bir belirleme yapılmadığı takdirde ise TTK m. 396'da anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri için öngörülen kurallara başvurulabileceği ifade edilmektedir<sup>71</sup>. Yukarıda yer alan yaptırımların yanı sıra şirket sözleşmesiyle öngörülmüşse cezai şartın ödenmesi (TTK m. 577/1-f), ortağın rekabet yasağına uygun davranmasını dava yoluyla talep edebilme, rekabet yasağına aykırı davranıldığına ilişkin tespit davası açabilme ve yasağı ihlal eden ortağa karşı çıkartma davasının açılmasına (TTK m. 640) ilişkin yollara da başvurulabileceği ifade edilmektedir<sup>72</sup>.

Bu noktada, öncelikle TTK m. 573-644 arasında başvurulabilecek yaptırımların incelenmesi gerekmektedir<sup>73</sup>. Bunlardan ilki, TTK m. 640'ta düzenlenen ortağın limited şirketten çıkarılmasıdır. Hükmün ilk fıkrasında, şirket sözleşmesinde bir ortağın genel kurul kararıyla şirketten çıkarılabileceğine ilişkin sebeplerin

<sup>70</sup> Kendigelen ve Kırca, C. 3 (n 5) 292; Şener, Limited (n 4) 487; Karakılıç, Yasak (n 61) 325; Rauf Karasu, 'Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı', (2004) 22(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 141, 165-166; Demirayak Ünal (n 60) 44; R. Gülmisal Akkale Çelebi, *Limited Şirkette Ortakların Bağıllık Yükümlülüğü* (Seçkin Yayıncılık 2022) 200; Gözde Günay Yıldırım, 'Limited Şirkette Müdürlerin Rekabet Yasağının Kaldırılması ve Yasağa Aykırılığın Hukuki Sonuçları'nın Sibel Özel, Hatice Selim Pürselim ve Hanife Doğrusöz Koşut (eds) (On İki Levha Yayıncılık 2024) 529.

<sup>71</sup> Çamoğlu (n 4) 120-121.

<sup>72</sup> Şener, Limited (n 4) 487-488; Karakılıç, Yasak (n 61) 325-326. İsviçre hukukunda da rekabet yasağına aykırılık halinde ihlalin tespiti, aykırılığın sonuçlarının ortadan kaldırılması, şirketin uğradığı zararın tazmini, şirket sözleşmesiyle öngörülmüşse cezai şart ödenmesi ve yasağa aykırı davranan ortağın haklı sebeple çıkarılması için dava açılabilmesine ilişkin yaptırımlara başvurulabileceği ifade edilmektedir. Açıklama için bkz. Demirayak Ünal (n 60) 43-44.

<sup>73</sup> Şener, Limited (n 4) 487.

öngörülebileceği ifade edilmiştir (TTK m. 640/1). Bu doğrultuda, rekabet yasağına aykırı davranan ortağın şirketten çıkarılabileceğine ilişkin bir hükme şirket sözleşmesinde yer verilmesi suretiyle çıkartılması mümkündür. Nitekim, TTK m. 577/1-1'de de şirket sözleşmesinde öngörüldüğü takdirde bağlayıcı olacak hükümler arasında ortağın çıkarılmasına ilişkin özel sebeplerin bulunabileceğine işaret edilmiştir<sup>74</sup>. Bununla birlikte, ortağın rekabet yasağına aykırı davranışı bir haklı sebep oluşturuyor ise TTK m. 640/3 gereğince mahkemeden karar alınması şartıyla çıkarılması yine mümkündür<sup>75</sup>. Öğretide de ortağın rekabet yasağına aykırı davranmasının ortağın çıkarılması bakımından haklı sebep teşkil edebileceği ifade edilmektedir<sup>76</sup>. Anılan kurum, esasen limited şirketlerin kişisel özelliklerini ön plana çıkaran bir yaptırım olarak düzenlenmiştir<sup>77</sup>. Diğer sermaye şirketlerine kıyasla limited şirketlerde ortaklar arası ilişkilerin etkileri yoğun bir şekilde görüldüğü için yasağı ihlal eden ortakla şirket faaliyetlerine birlikte devam edilmek istenilmeyebilir<sup>78</sup>. Bu şekilde diğer ortaklar açısından ortaya çıkan haklı sebep, yükümlülüğe aykırı davranan ortakla artık şirket ilişkilerinin devam etmemesi yönündeki irade ile somutlaşır. Ancak, bu yol son çare olarak dikkate alınmalıdır. Yasağa aykırılığın sonuçları daha hafif yaptırımlar uygulanarak giderilebiliyorsa ortağın haklı sebeple çıkarılması kurumuna başvurulmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>79</sup>. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, rekabet yasağına aykırı davranan limited şirket ortağının genel kurul kararıyla çoğunluk ortaklar tarafından çıkarılmasının uygun bulunduğu ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır<sup>80</sup>.

<sup>74</sup> Rekabet yasağının ihlali halinde ortağın şirket sözleşmesiyle çıkarılmasına ilişkin karar, TTK m. 621/1-h'de gereğince genel kurulun önemli kararları arasında yer almaktadır. Dolayısıyla, ortağın çıkarılmasına ilişkin karar, hükümde gösterilen temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunduğu toplantıda alınabilecektir.

<sup>75</sup> Ortağın haklı sebeplere dayanarak mahkeme kararıyla çıkarılmasına ilişkin alınacak karar da TTK m. 621/1-h'de genel kurulun önemli kararları arasında yer aldığı için anılan fıkrada gösterilen yeter sayılar aranacaktır.

<sup>76</sup> Şener, Limited (n 4) 488; Kendigelen ve Kırca (n 5) 292; Karakılıç, Yasak (n 61) 365-366. Haklı sebep, "somut koşullarda ortağı çıkarılmasını âdil gösteren nedenlerdir.". Çıkarılma kurumu kapsamında yapılan bu tanım için bkz. Çamoğlu, Limited (n 4) 76.

<sup>77</sup> Karakılıç, Yasak (n 61) 365; Sürücü (n 5) 74. Ancak haklı sebeple çıkarma kurumuna son çare olarak başvurulması gerektiği ifade edilmektedir. Eğer rekabet yasağına aykırı davranışın ortaya çıkardığı olumsuzluklar daha hafif yaptırımlar veya diğer önleyici tedbirler ile giderilebiliyorsa bu yola başvurulmaması gerekmektedir, bkz. Şener, Limited (n 4) 903.

<sup>78</sup> Şener, Limited (n 4) 472; Karasu, Rekabet (n 70) 165-169; Demirayak Ünal (n 60) 47.

<sup>79</sup> ibid 472.

<sup>80</sup> Yargıtay 11 HD, 6223/23144, 18.12.2013.

Limited şirket hükümleri içerisinde yer alan bir diğer yaptırım cezai şarttır. TTK m. 577/1-f'de ortaklar için öngörülen yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde uygulanacak cezai şarta ilişkin hükümlerin, şirket sözleşmesinde öngörülme koşuluyla bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir. Böylelikle, ortaklar şirket sözleşmesinde kararlaştıracakları bir hükümlerle rekabet yasağına aykırı davranan ortaktan cezai şart talep edebilecektir. Bu noktada, sözleşmede öngörülen cezanın talep edilebilmesi için herhangi bir zarar şartı aranmamaktadır<sup>81</sup>. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, ortakların şirket sözleşmesinde rekabet yasağına aykırılık olarak nitelendirdiği bir davranışı gerçekleştiren ortak hakkında sözleşmede yazılı olan cezai şartın dikkate alınmaksızın verilen bölge adliye mahkemesi kararını bozmuştur<sup>82</sup>.

Görüldüğü üzere, öğreti ve Yargıtay kararlarında limited şirketlerde ortakların rekabet yasağına aykırı davranışları halinde hangi yaptırımların uygulanacağı konusunda bir belirlilik bulunmamaktadır. Bu hususta öğretideki çoğunluk görüşe katılmakla birlikte, limited şirketlerin yapısına uygun düştüğü için ortağın çıkarılması ve cezai şarta ilişkin yaptırımların da uygulanabileceği kanaatindeyiz. Şöyle ki, rekabet yasağının ihlali halinde, sonucundan bağımsız olarak uygulanacak yaptırımların belirlenmesinde limited şirketlerin yapısının dikkate alınması gerekmektedir. Bu sonuca TTK m. 613'ün gerekçesinde yer alan "*Tasarı ortaklar için hem bağlılık yükümüne hem de rekabet yasağına yer vererek limited şirketlerin kişisel yönüne uygun bir düzenleme yapmıştır.*" ifadesi ile ulaşılmaktadır. Ayrıca, rekabet yasağına ilişkin yükümlülüğün her bir şirket için ortaklar arasında hangi yoğunlukta bulunduğu da önem arz ettiği öğretide ifade edilmektedir<sup>83</sup>. Şirkette kişisel öğelere ne derecede yer verildiği veya hangi açılardan sermaye unsurunun ön planda tutulduğu, rekabet yasağına ilişkin yükümlülüğün önemini belirlemede rol oynamaktadır<sup>84</sup>. Dolayısıyla, bu yoğunluk farkı uygulanacak yaptırımların belirlenmesinde ve ölçüsünde değişkenlik gösterecektir.

Kollektif şirketlere ilişkin TTK m. 231/1'de üç ayrı yaptırımın limited şirket ortakları için geçerli olduğu kabulü halinde, ilk olarak yasağı aykırı davranan ortaktan tazminat talep edilebilir. Şirket bu talebini mahkeme yoluyla ileri sürmek zorundadır. Tazminat talep edilebilmesi için şirketin bir zararının ortaya çıkması ve ortağın

<sup>81</sup> Demirayak Ünal (n 60) 46.

<sup>82</sup> Yargıtay 11 HD, 3864/996, 06.02.2020.

<sup>83</sup> Şener, Limited (n 4) 464; Demirayak Ünal (n 60) 37.

<sup>84</sup> ibid 464 dn 169. Rekabet yasağına ilişkin yükümlülüğün ölçüsü limited şirketler ortakları arasında dahi farklılık gösterebilmektedir. Ortağın şirketin iş ve işlemlerine ilişkin ne ölçüde bilgiye sahip olduğu ve bu bilgileri kullanmasının şirkete vereceği zararlar değişkenlik gösterecektir, bkz. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt 4 (2015, 4. Baskı Adalet Yayınevi 2022) 3195.



kusurunun bulunması gerekmektedir<sup>85</sup>. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, şirketin ortaya çıkan zararının dolaylı zarar olduğu, bu sebeple diğer ortakların tazminatın doğrudan kendilerine ödenmesini talep edemeyeceğine ifade etmiştir<sup>86</sup>. Şirket, ayrıca, tazminat yerine rekabet yasağına aykırı davranan ortağın yapmış olduğu işlemin şirket adına yapılmış sayılmasını veya ortağın üçüncü kişiler hesabına yapmış olduğu işlemlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılması talep edilebilir<sup>87</sup>. Anılan yaptırımlardan birini seçme konusunda şirket serbesttir (TTK m. 231/1). Ancak, şirketin bu yaptırımlardan birine başvurması, hakları ihlal edilen diğer ortakların şirketin feshini isteme hakkını etkilemez (TTK m. 231/3).

## SONUÇ

Kanun koyucu limited şirketlere ilişkin hükümleri düzenlerken belirli konularda bir sermaye şirketi olması sebebiyle anonim şirket hükümlerine atıfta bulunurken, birtakım konularda şahıs şirketlerine benzer düzenlemeler getirmiştir. TTK m. 573-644 arasında düzenlenmesi gereken ancak kanun koyucunun ihmali sonucu ele alınmayan hususların da bulunduğu görülmektedir. Bu hususta ilk olarak, limited şirket hükümleri içerisindeki düzenleme eksikliğinin bir kanun boşluğu teşkil edip etmediği hususun belirlenmesi gerekmektedir. Kanun boşluğunun bulunduğu ise ilgili konuda düzenleme yapılması noktasındaki "gereklilik" işaret etmektedir. Söz konusu gereklik terimi öğretide plana aykırı bir eksiklik olarak da nitelendirilmektedir.

Limited şirket hükümleri içerisinde kanun boşluğu bulunan konularda diğer şirket türlerine özellikle aynı sınıflandırma içerisinde bulunan anonim şirkete ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla çözülebilir. Kıyasen uygulamanın söz konusu olduğu hallerde, hakkında hüküm bulunan konu ile düzenleme eksikliği

<sup>85</sup> Şener, Limited (n 4) 472, Karakılıç, Yasak (n 61) 327; Demiryak Ünal (n 60) 44-45; Şahin (n 62) 345. Tazminat talep edilmese dahi şirket sözleşmesinde öngörülen cezai şart talep edilebilir, bkz. Demiryak Ünal (n 60) 46 dn 75.

<sup>86</sup> Yargıtay 11 HD, 7949/1472, 27.2.2018, karar için bkz. Şener, Emsal Kararlar (n 59) 349-350. TTK m. 644/1-a atfı sonucu limited şirketlerde de uygulama alanı bulacak TTK m. 555 hükmü çerçevesinde doğrudan-dolaylı zarar ayırımı yapıldığı ifade edilmektedir. Bu hüküm sorumluluk hallerinde başvurulabilecek 'ortak hükümler' olarak nitelendirilmektedir, bkz. Tekinalp (n 4) 421. Tazminat davası açılabilmesi için genel kurulun bu yönde karar alması gerekmektedir. Buna karşın, genel kuruldan dava açılmayacağı yönünde karar çıkması ihtimalinde her ortağın bu davayı açabileceği ifade edilmektedir, bkz. Karakılıç, Yasak (n 61) 531.

<sup>87</sup> TTK m. 231/1'de uygulanacak yaptırımlar esasen TTK m. 396/1'de yer alan anonim şirket yönetim kurulu üyelerine uygulanacak yaptırımlar ile birebir aynı niteliktedir.



bulunan olay arasında uygulanmak ve korunmak istenen değer yargılarının benzer nitelikte olması aranmaktadır. TTK ile limited şirketlerin yapısı şahıs şirketlerinden ziyade anonim şirketlere yaklaştırıldığı için boşluğun anonim şirket hükümleri ile doldurulması limited şirket yapısına daha uygun olacaktır. Ancak, bu durum şahıs şirketlerine ilişkin hükümlerin arka plana atılacağı anlamına gelmemektedir. Korunmak istenen değer yargıları arasındaki benzerliğin daha yüksek olduğu bir şahıs şirketi düzenlemesinin limited şirketlerin bir sermaye şirketi türü olması sebebiyle uygulanmasına engel teşkil etmemektedir.

Çalışmada incelendiği üzere, limited şirketlere hem bir sermaye şirketi olan anonim şirketlerin hem de bir şahıs şirketi türü olan kollektif şirketlere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması mümkündür. Bu hususta ilk olarak ele aldığımız imtiyazlı payların uygulanmasına ve korunmasına ilişkin limited şirketlerde yer alan düzenleme eksikliğidir. Kanun koyucu, limited şirkette imtiyazlı payların varlığına TTK m. 576/1-c, m. 587/1-j, m. 618/1 ve m. 621/1-b'de işaret etmiştir. Ancak, imtiyazlı paylar çıkarıldıktan sonra bu paylara uygulanacak ve payların korunmasına yönelik herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Kanun koyucunun herhangi bir düzenleme getirmemesinin bir kanun boşluğuna sebep verip vermeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir. Bu noktada imtiyazlı payların uygulamasına ve korunmasına yönelik bir düzenlemenin gerekliliğinin tartışılması gerekmektedir. Kanun koyucu gerek anonim şirketlerde gerek limited şirketlerde imtiyazlı paylar ile diğer paylara göre daha fazla imkân sunan bir pay yaratmak istemektedir. Bu tür payların bulunması şirkete yatırım yapmak isteyen kimseler için bir teşvik edici unsur olarak şirket bünyesinde yer almaktadır. Kanun koyucu da bu doğrultuda anonim şirketlerde ilgili kurumun hem varlığına hem de uygulaması ve korunmasına yönelik hükümler getirmiştir (bkz. TTK m. 454, m. 478 ve m. 479).

Yukarıda anonim şirketler için kabul edilen gerekçelerin limited şirketler için kabul edilmemesini haklı gösterecek bir sebep bulunmamaktadır. Limited şirketler ile anonim şirketler arasındaki "*doku ayniyeti*" anonim şirket hükümlerinin kıyasen uygulanmasını haklı gösteren bir sebep olarak dahi kabul edilebilir. Bu hususta, limited şirketler ile anonim şirketler arasında şöyle bir fark bulunmaktadır: Limited şirketler uygulamadaki şekliyle az sayıda ve birbirine güvenen kişiler arasında kurulan bir şirket türü olduğundan imtiyazlı pay kurumuna duyulan ihtiyaç anonim şirketlerdeki kadar olmayabilir. Ancak, bu sebep de söz konusu kurumun uygulanmasına ve korunmasına yönelik düzenleme eksikliğini haklı kılmaz. Dolayısıyla, öğretide kabul edildiği gibi biz de limited şirketlerde imtiyazlı payların uygulanmasına ve korunmasına yönelik konularda somut olayın niteliğine uygun düştüğü ölçüde anonim şirket hükümleri olan halka açık anonim şirket

düzenlemeleri hariç TTK m. 360, m. 454 ve m. 478 kıyasen uygulama alanı bulabileceğini düşünmekteyiz.

Çalışma kapsamında ele alınan bir diğer örnek şahıs şirketlerinden olan kolektif şirketlerde ortakların tabi olduğu rekabet yasağının hüküm ve sonuçlarına ve ilgili yasağa aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin TTK m. 231'de yer alan düzenlemelerin, limited şirket ortakları için öngörülen rekabet yasağına kıyasen uygulanmasıdır. Limited şirketlerde rekabet yasağı müdürler ve ortaklar için ayrı ayrı ele alınmıştır. Müdürlere ilişkin düzenleme TTK m. 626/2'de, ortaklar için ise TTK m. 613/2'de yer almaktadır. Müdürlerin rekabet yasağına tabi olmaları kanuni bir zorunluluk arz ederken, ortaklar için şirket sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmadığı sürece herhangi bir zorunluluk bulunmamaktadır.

İncelenen örnek kapsamında, kanun koyucu limited şirket ortakları için rekabet yasağının varlığına TTK m. 613/2'de "*Şirket sözleşmesiyle, ortakların, şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları öngörülebilir.*" ifadesi ile işaret edilmiştir. Ancak 'Bağlılık yükümlülüğü ve rekabet yasağı' başlığı altında söz konusu yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar gösterilmemiştir. Ayrıca, limited şirketlere ilişkin diğer hükümler içerisinde de rekabet yasağının ihlali halinde uygulanabilecek yaptırımlara ilişkin herhangi bir düzenleme de yer almamaktadır. Bu düzenleme eksikliğinin bir kanun boşluğuna sebebiyet verip vermediği incelenmelidir.

Rekabet yasağına aykırılığın hüküm ve sonuçlarına ilişkin bir kanun boşluğu bulunduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki, rekabet yasağının şirketin işleyişine önemli bir etkide bulunabilecek olması bu yönde gerekli ve ayrıntılı düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Somutlaştırmak gerekirse ortakların şirket ile aynı faaliyet kolu içerisinde ve şirketle rekabet eden bir şirketin yöneticisi olması, şirkete ait işletme bilgilerinin ve sırlarının başkalarıyla paylaşılma tehlikesini ortaya çıkaracaktır. Bu durum ise şirketin ekonomik olarak zarara uğramasına hatta şirketin faaliyetlerine son vermesine dahi sebep olabilir. Dolayısıyla, rekabet yasağına aykırılığının sonuçlarına ilişkin hususlarda limited şirketlerde bir düzenleme yapılması gereklilik teşkil etmektedir.

Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre; limited şirketlerdeki bu düzenleme eksikliği, kolektif şirketlerde ortakların rekabet yasağına aykırılığı halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin TTK m. 231 hükmünün kıyasen uygulanması ile giderilebilir. Bu noktada, ilgili hükmün kıyasen uygulanabilirliği ifade edilirken limited şirketlerin yapısı göz önünde bulundurulmuştur. Söz konusu yasağına ilişkin anonim şirketlerde herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu durum esasen anonim

şirketlerin bir sermaye şirketi türü olması ve böyle bir yasağa ihtiyaç duymamasından kaynaklanmaktadır. Anonim şirketlerin çok ortaklıktan oluşan bir yapıya sahip olması ve ortakların limited şirketlere kıyasla şirketin iş ve işlemleri hakkında daha az bilgiye sahip olabilmemesinin bu duruma sebebiyet verdiği ifade edilmektedir. Ancak, limited şirketlerin az sayıda ve birbirine güvenen kişiler arasında kurulan bir şirket türü olması, ortakların rekabet yasağına aykırı davranışları şirketin işleyişine daha fazla etki edecektir. Bu bağlamda, bir şahıs şirketi türü olan kollektif şirketlerinde az sayıda ve birbirine güvenen kişiler arasında kurulan bir şirket türü olduğu düşünüldüğünde TTK m. 231 hükmünün limited şirketlere kıyasen uygulanması daha uygun olacaktır.

---

#### **Araştırma ve Yayın Etiği Beyanı**

Bu çalışma bilimsel araştırma ve yayın etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

#### **Yazarların Makaleye Olan Katkıları**

Yazar 1'in makaleye katkısı %100'dür.

#### **Destek Beyanı**

Araştırmada herhangi bir kurumdan destek alınmamıştır.

#### **Çıkar Beyanı**

Bu çalışmada herhangi bir çıkar çatışması bulunmamaktadır.

#### **Statement Regarding Research and Publication Ethics**

The study has been composed on the basis of the scientific research and the publication ethics rules.

#### **Authors' Contributions**

Author 1 has contributed %100 to the study.

#### **Statement Regarding Financial Support**

Author states no funding involved.

#### **Statement Regarding Conflict of Interest**

Author states no conflict of interest.

---

## **KAYNAKÇA**

Akkale Çelebi R G, *Limited Şirkette Ortakların Bağlılık Yükümlülüğü* (Seçkin Yayıncılık 2022).

Aktaş S, 'Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı' (2010) 14(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-28

Alışkan M, 'İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili' (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 207-220

—, *Limited Şirket Tarihçe Niteliği* (Legal Yayıncılık 2013)

Altaş S, 'Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirket Kurmanın Koşulları' (2012) 7(73) *Terazi Hukuk Dergisi* 39-42

Altuntaş F, 'Kıyasın (Analojinin) Diğer Akıl Yürütme Yöntemleri ile Karşılaştırılması ve Hukuk Alanındaki Yansıması' (2021) 25(2) *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 237-279

Antalya O G, *Hukuk Metodolojisi*, Cilt 2 (Yetkin Yayıncılık 2021)

Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (30. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2024)

Aşık P, 'Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı (TTK M. 396)' (2017) 4 *Ankara Barosu Dergisi* 163-202

Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (5. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2023)

Baştuğ İ, *Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri* (Ege Üniversitesi Yayınları 1974)

Bozer A ve Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku* (11. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2024)

Bozkurt T, *Şirketler Hukuku* (15. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2023)

Can M E, 'Limited Şirketin Kamu Borçlarından Dolayı Ortakların ve Yöneticilerin Sorumluluğu' (2017) 7(1) *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61-80

Çamoğlu E, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2023)

—, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2023)

Çebi H, *Limited Şirketler Hukuku* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2023)

Çeker M, 'Limited Şirketler'in Karahan S (ed), *Şirketler Hukuku* (2. Baskı, Mimoza Yayıncılık 2015)

Çevik O N, *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması* (2. Baskı, Yetkin Yayıncılık 1984)

Çoştan H, 'Limited Şirkette Oyda İmtiyazlı (!) Paylar ve İmtiyazlı Paylar', (2012) 4 *Ankara Barosu Dergisi* 77-90

Demirayak Ünal E B, 'Limited Şirketlerde Ortakların Şirkete Karşı Bağlılık Yükümlülüğü', (2018) 76(3) *Ankara Barosu Dergisi* 23-54

Eminoğlu C, 'Türk Ticaret Kanunu'nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu Mu?', (2014) 9(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-25

Ercan T, 'Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi', (2019) 14(154) Terazi Hukuk Dergisi 1244-1248

Eriş G, *Açıklamalı – İçtihatlı 6335-6552-6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler*, Cilt 2 (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017)

Güneş A M, *Hukuk Metodolojisi* (5. Baskı, Ekin Yayıncılık 2023)

Hamamcıoğlu E, *Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi* (Yetkin Yayıncılık 2022)

Karaahmetoğlu İ Ö, 'Limited Şirketler Hukukunda Geçerli Yazılı Olmayan Prensipler' (2022) 24(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 673-715

Karakılıç H, *Limited Ortaklık Sözleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2024)

—, *Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı* (On İki Levha Yayıncılık 2019)

Karasu R, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2015)

—, 'Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı (2004) 22(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 141-174

Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku – Şirketler Hukuku* (2. Baskı, Sevinç Matbaası 1973)

Kayıhan Ş, *Şirketler Hukuku* (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024)

Kendigelen A ve Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku* (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2024)

—, *Şirketler Hukuku*, Cilt 1 (On İki Levha Yayıncılık 2021)

—, *Şirketler Hukuku*, Cilt 3 (On İki Levha Yayıncılık 2022)

Kırca Ç, 'Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)' (2001) 50(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91-119

Kırca İ, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi' (2011) 79 Bankacılar Dergisi 71-79

—, 'Ticarî İş ve Ticarî Hükme Dair' (2018) 34(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 5-17

Kırca İ, Şehirli Çelik F H ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku*, C. 1 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013)

Kumkale R, 'Anonim ve Limited Şirketlerin Karşılaştırılması', (2015) 10(101) Terazi Hukuk Dergisi 175-176

Narmanlıoğlu Ü, 'Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması', (2001) Prof. Dr. Turhan Tûfan YÜCE'ye Armağan 93-118

Oğuzman M K ve Barlas N, *Medenî Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar* (30. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2024)

Özdamar E, 'Ayrılma Akçesinin Hesaplanması Bakımından Gerçek Değer Kavramı', (2023) 27(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141-168

Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (27. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2024)

Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku*, Cilt 1 (15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021)

—, *Ortaklıklar Hukuku*, C. 2 (15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021)

Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt 4 (2015, 4. Baskı Adalet Yayınevi 2022)

—, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt 5 (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2024)

Sürücü C, 'Anonim Ortaklık Hükümlerinin Limited Ortaklıklara Uygulanması' (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015)

Şahin M, 'Limited Şirket Müdürlerinin Rekabet Yasağına Aykırı Davranışlarında Dava Haklarının Kullanılması', (2021) 42 Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 334-349

Şener O H, *Limited Ortaklıklara İlişkin Emsal Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024)

—, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku* (Yetkin Yayıncılık 2017)

Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020)

Teoman Ö, *Tüm Makalelerim (1971-2001)*, Cilt 1-2 (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012)

Tüzemen Atik E, 'Bonoda Lehtarın Düzenleyen Lehine Aval Verip Veremeyeceği Hususunda Bir Değerlendirme' 2020 6(2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuk Dergisi 311-327

Yıldırım A H ve Demirkapı E, 'İsviçre Borçlar Kanunu'nda Limited Ortaklıklar Hukuku Alanında Yapılan Yeni Düzenleme', (2008) 24(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 435-466

Yıldırım G G, 'Limited Şirkette Müdürlerin Rekabet Yasağının Kaldırılması ve Yasağa Aykırılığın Hukuki Sonuçları'ın Sibel Özel, Hatice Selim Pürselim ve Hanife Doğrusöz Koşut (eds) (On İki Levha Yayıncılık 2024) 519-554

Yıldız B, 'Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukukî Niteliği', (2011) 27(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 111-134

Yıldız Ş, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku* (Arıkan Basım Yayın 2007)

Yongalık A, 'İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi', (2011) 60(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-15





## TÜRK VE ALMAN HUKUKLARINDA ORTAKSIZ SERMAYE ŞİRKETİ (\*)

### *No-Man Capital Company in Turkish and German Law*

  **Aydın Alber YÜCE (\*\*)**

#### ÖZET

Anonim ve limited şirketler, bir ya da daha fazla ortak tarafından kurulabilir. Ortaksız şirkette ise, şirketin kendisinden başka, gerçek ya da tüzel kişi, tek bir pay sahibi dahi bulunmaz. Ortaksız şirkete yol açan olgulara genel olarak bakıldığında, bunların tamamının çeşitli sebeplerle, şirket paylarının şirkete geçmesine sebep olan hususlar olduğu görülür. Şirketin bütün payları şirkette toplandığında, şirket tüzel kişiliğinden başka gerçek ya da tüzel kişi ortak bulunmaz. Hiçbir ortağın bulunmadığı şirket kavramının, son derece sınırdaki bir hukuki tartışmayı gerektirdiği şüphesizdir. Nitekim hem Türk hem Alman hukuku öğretilerinde, bir şirketin ortaksız olup olamayacağı ve şirketin ortaksız olmasına yol açan işlemlerin nelere sebep olacağı uzun yıllar tartışılmıştır. Bu çalışmada da ortaksız şirkete kavramsal çerçevede temas edildikten sonra, bir şirketi ortaksız bir pay sahipliği yapısına nelerin getireceği üzerinde durulacak ve ardından öğretilerdeki görüşlere değinilerek, kendi tespitlerimiz sunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Anonim şirket ortağı, Limited şirket ortağı, Şirketin kendi paylarını iktisabı, Payların miras yoluyla intikali, Ortaksız şirket.

\* Araştırma makalesi  
(Research Article).

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir  
(This article has been checked for plagiarism and peer reviewed).

Gönderim Tarihi (Submitted): 16.01.2025. Kabul Tarihi (Accepted): 10.02.2025.

\*\* Doç. Dr., Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

## ABSTRACT

Joint-stock and limited liability companies can be established by one or more shareholders. However, in a company without shareholders, there is no individual or legal entity holding even a single share, aside from the company itself. Examining the circumstances leading to a shareholder-less company reveals that all such instances are typically situations in which company shares have, for various reasons, reverted to the company. When all shares are consolidated within the company, no individual or legal entity exists as a shareholder outside of the company's legal personality. The concept of a company with no shareholders undoubtedly requires an intensely nuanced legal debate. Indeed, both Turkish and German legal doctrines have long discussed whether a company can exist without shareholders and the implications of transfers that lead to shareholder-absent companies. This study will first address the conceptual framework of shareholder-less companies, then examine the conditions that might lead a company to adopt such a structure, and subsequently provide our own assessments by referencing perspectives within the legal literature.

**Key Words:** Shareholder of a joint-stock company, Shareholder of a limited liability company, Acquisition of its own shares by the company, Transfer of shares by inheritance, Shareholder-less company.

## GİRİŞ

Anonim ve limited şirketler, en az bir gerçek ya da tüzel kişi tarafından kurulabilirler. Ortaksız şirketler ise, pay sahipliği kompozisyonunda, şirket tüzel kişiliğinden başka hiçbir gerçek ya da tüzel kişinin yer almadığı şirketleri ifade eder. Esasında, burada ifade edilmek istenen, şirketin bütün paylarının şirket bünyesinde toplanmış olması ve tek pay sahibi olarak da şirketin var olmasıdır. Ortak ve şirket kavramlarıyla, tek kişilik şirketlerin dahi tartışılabilir olduğu bir ortamda, hiç ortağı olmayan şirketlerin de bu yöndeki tartışmalara ilave edilmesi, elbette merak uyandırıcıdır.

Tatbikatta ve yapılan araştırmalar neticesinde ortaya çıkan sonuçlarda görülmektedir ki bir şirketin ortaksız olarak hukukî hayatını sürdürmesi, çok karşılaşılan bir sorun değildir. Dolayısıyla öğretilerde de birçok yazar bu sorunun aslında teorik düzlemde yürütülebilecek bir tartışmadan ibaret olduğunu dile getirmişlerdir. Fakat, yine mahkeme kararları ve istatistiksel araştırmalar göstermektedir ki bir şirketin ortaksız hale gelmesi, hiçbir surette karşılaşılmayacak bir durum da değildir. Konuyla ilgili yapılan ilk çalışmalara göz atıldığında, ortaksız şirketin çok uzun yıllardan beri, hem

Alman hem de Türk hukuku öğretilerinde tartışıldığı görülmektedir. Ortaksız şirkete yaklaşım açısından, her iki hukuk sisteminde de varılan ortak noktalar ve hukuk sistemlerinin belirli konular için kabul ettiği farklı çözüm tarzları sebebiyle farklılaşan hususlar da bulunmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki her iki hukuk sisteminde de ortaksız şirketin kalıcı bir yapı olarak düşünülmemeyeceği, neredeyse istisnasız olarak kabul edilmektedir.

Bu çalışmanın amacı, öncelikle ortaksız şirketi kavramsal olarak ortaya koymak ve ardından, ortaksızlığa sebep olabilecek olguları hem Alman hem Türk hukuku açısından açıklayarak konuya karşılaştırmalı bir bakış açısıyla yaklaşmaktır. Bu bağlamda, öncelikle anonim ve limited şirketlerde ortaksız şirket kavramına kavramsal çerçevede yaklaşılabilecektir. Bu yapılırken, tanımlama yanında tanımdaki olgunun tarifi yanında bu olguya yol açan sebeplere de değinilecektir. Ayrıca, bu durumun ne sıklıkta ortaya çıkabilen bir durum olduğu yanında, tamamen teorik bir sorun mu yoksa uygulama boyutu da olabilecek bir sorun mu olduğuna da işaret edilecektir. Ardından, ortaksız şirkete sebep olan olgular hem Türk hem de Alman hukukuna özgü ve ortak haller bağlamında incelenecek, sonrasında, bir şirketin ortaksız kalmasına sebep olacak hukuki işlemlerin akıbeti Türk hukuku açısından tartışılacaktır. Son olarak, ortaksız hale gelmenin şirket açısından sonuçlarına da temas edilecek ve sonra da öğretilerdeki görüşlere işaret edilmek suretiyle konuya ilişkin kendi değerlendirmemiz sunulacaktır.

## **I. KAVRAM**

Anonim ve limited şirketlerin en az bir gerçek ya da tüzel kişi ortağı olmalıdır. Bundan dolayı, bir şirketin ortaksız olarak kurulması (*Keinmann-Gründung*) mümkün olmasa da<sup>1</sup>, bu şirketin sonradan bazı sebeplerle ortaksız hale gelmesi (*Keinmann-Gesellschaft, Keinpersonen Gesellschaft, gesellschafterlose Gesellschaft, Keinmann AG, Keinmann GmbH*) mümkündür<sup>2</sup>. Alman ve Türk hukuklarındaki bütün ihtimaller bir

<sup>1</sup> Markus Geißler, 'Die Bedeutung Und Funktion Des Gesellschaftszwecks Und Des Unternehmensgegenstands in Der GmbH' (2021) 19 Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht (GmbHR) 1023 ff., s. 1024.

<sup>2</sup> Rolf Steding, 'Die Gesellschaftlose GmbH - Eine Rechtlich Zulässige Unternehmensvariante?' [2003] Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 57, s. 59; Jessica Schmidt, 'GmbHG § 1 [Zweck; Gründerzahl]', *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz*, vol I (4th edn, Verlag C H Beck 2023) para 40; Holger Fleischer, 'GmbHG § 1 [Zweck; Gründerzahl]', *Münchener Kommentar GmbHG*, vol I (4th edn, Verlag C H Beck 2022) para 83; Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (14th edn, Vedat Kitapçılık 2019) para 1640b.

arada düşünülürse, şirketin ortaksız kalması iki halde gerçekleşir<sup>3</sup>: Birinci hal, bu çalışmada da ağırlıklı olarak üzerinde durulacak olan, payların varlığını koruduğu, ancak pay sahipliği sıfatının son bulduğu ortaksızlık halidir (*Keinmann Gesellschaft*). İkinci hal, pay sahipliği ve payın birlikte varlığını kaybettiği (*anteillöse Gesellschaft*) ortaksızlık halidir. Bu ihtimal daha çok limited şirketlerde ve Alman hukukundaki, aşağıda ayrıca değinilecek, ek ödeme yükümlülüğü bağlamındaki özel bir hükme istinaden ortaya çıkabilir.

Şirketler açısından ortaksız hale gelmek genellikle, şirket paylarının şirket dışında biri tarafından elde tutulan son parçasının da şirkete intikal etmesiyle gerçekleşir<sup>4</sup>. Böylece ortaksız şirket, bir şirketteki bütün payların (aşağıda değinilecek bazı sebepler dolayısı ile) tüzel kişi olarak şirketin elinde bulunduğu ve böylece, şirketin kendisinden başka kimsenin pay sahibi olmadığı şirketi ifade eder<sup>5</sup>. Bu durum, birçok yazar tarafından<sup>6</sup>, uygulama boyutu dar olan ancak teorik düzlemde önemli bir geçmişe sahip bir sorun olarak görülmektedir<sup>7</sup>. Fakat, nadiren ortaya çıkabilecek bir

<sup>3</sup> Philipp S Weinmann, 'Die Gesellschafterlose GmbH' [2024] *Recht der Familienunternehmen* [RFamU] 293 ff., s. 293; Hanno Merkt, 'GmbHG § 13 [Juristische Person; Handelsgesellschaft]', *Münchener Kommentar GmbHG*, vol I (4th edn, Verlag C H Beck 2022) paras 6–7; Jan Lieder, 'GmbHG § 13 [Juristische Person; Handelsgesellschaft]', *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz*, vol I (4th edn, Verlag C H Beck 2023) para 11.

<sup>4</sup> Holger Altmepfen, *Gesetz Betreffend Die Gesellschaften Mit Beschränkter Haftung - Kommentar* (11th edn, Verlag C H Beck 2023) paras 29, GmbHG § 60; Hendrik Schindler, 'GmbHG § 33 Erwerb Eigener Geschäftsanteile', *BeckOK GmbHG, Ziemons/Jaeger/Pöschke* (61. Edition, Verlag C H Beck 2024) para 80; Klaus Berner, 'GmbHG § 60 [Auflösungsgründe]', *Münchener Kommentar GmbHG* (4th edn, Verlag C H Beck 2022) para 296.

<sup>5</sup> Weinmann (n 3) s. 293; Steding (n 2) s. 58; Jens Koch, 'AktG § 262 [Auflösungsgründe]', *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, vol IV (5th edn, Verlag C H Beck 2021) para 103; Olaf Sosnitza, 'GmbHG § 33 [Erwerb Eigener Geschäftsanteile]', *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz, Begründet von Prof. Dr. Lutz Michalski)*, vol I (4th edn, Verlag C H Beck 2023) para 52; Christian Kersting, 'GmbHG § 33 [Erwerb Eigener Geschäftsanteile]', *Noack/Servatius/Haas, GmbH-Gesetz* (23rd edn, Verlag C H Beck 2022) para 19; Schindler (n 4) para 80; Christof Wagner, 'Aktuelles Zur Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen Und Abfindungsbeschränkungen in Der Notariellen Praxis' [2022] *Rheinische Notar-Zeitschrift* 181, s. 184; Fatih Aydoğan, *Tek Kişi Ortaklığı* (1st edn, Vedat Kitapçılık 2012) s. 139; Merkt (n 3) para 6.

<sup>6</sup> Schmidt (n 2) para 40; Sosnitza (n 5) para 52; Kersting (n 5) para 19; Koch (n 5) para 103; Matthias Hohlfeld, 'Der Gesellschafter Einer Mehrpersonen-GmbH Ist Zur Übernahme Des Notgeschäftsführeramtes Nicht Verpflichtet. Die Gegen Seinen Willen Erfolgte Bestellung Zum Notgeschäftsführer Ist Aufzuheben. [KG Berlin Beschluß v. 04.04.2000 – 1 W 3052/99]' (2000) 13 *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht (GmbHR)* 660 ff., s. 664.

<sup>7</sup> Örnek bir olay için bkz. Jan Lieder, 'Rechtstatsachen Zu Eigenen Geschäftsanteilen Bei Der GmbH' (2024) 10 *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht (GmbHR)* 517 ff., s. 519.

olasılık da olsa, bir şirketin ortaksız kalması ihtimali hiç gerçekleşmeyecek bir şey değildir. Nitekim, aşağıda miras hukuku bağlamındaki bahiste de örnek bir olaya vurgu yapılmıştır.

Şirketlerin ortaksız olması durumuyla kastedilen, ne gerçek ne de tüzel kişi, hiçbir ortağın bulunmamasıdır<sup>8</sup>. Bu sebeple, Alman hukukunda "Keinmann" teriminin kullanılması, gerçek kişilere ve eril bir dille referans olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>9</sup>. Hatta bu yüzden Alman hukukunda "Keinmann AG-GmbH" yerine "Keinpersonen" teriminin yerleşmeye başladığı da görülmektedir. Sonuç olarak bu yapıdaki şirketlerin tamamı aynı durumdadır. Bu şirketler, "kendi kendine yürüyen", "kendi kendine çalışan", "kendi kendine işleyen" sistemler („Selbstfahrende" *juristische Personen*), yani, bir gerçek ya da tüzel kişinin iradesine dayanmayan ve aslında hukuk sistemlerinin kabul etmediği yapılar olarak görülmektedir<sup>10</sup>. Bundan dolayı, bir şirketin ortaksız kalmasını *istenmediği* konusunda, öğretisi ve yargı kararlarında ittifak vardır.

## II. ORTAKSIZ ŞİRKETE SEBEP OLAN OLGULAR

Bir şirketin ortaksız kalmasına sebep olan olgulara aşağıda temas edilmektedir. Yer verilen ihtimallerin tamamının bir arada düşünülmesi sonucunda görülecektir ki aslında gerçekleşen şey, şirket paylarının *çeşitli sebeplerle* ortaklardan şirkete doğru akışıdır. Bu akış çoğu zaman kendi paylarını iktisap ile yaşansa da miras, iskat ya da Alman hukukuna özgü başka sebepler de şirket tüzel kişiliğinin tek pay sahibi olmasına sebep olabilmektedir.

### A. Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesi Sonucu Ortaksız Hale Gelmesi

Bir anonim veya limited şirket, kendi paylarını edinmek amacıyla yaptığı işlemler sonucunda, şirketin kendisinden başka pay sahibi kalmayacak şekilde yaptığı iktisaplar ile ortaksız hale gelebilir<sup>11</sup>. Şirketin pay iktisabı yoluyla ortaksız hale gelmesi

<sup>8</sup> Andreas Pentz, 'AktG § 42 [Einpersonen-Gesellschaft]', *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, vol I (6th edn, Verlag C H Beck 2024) para 8; Thomas Fleischer, 'GmbHG § 33 [Erwerb Eigener Geschäftsanteile]', *Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht* (6th edn, Verlag C H Beck 2024) para 24; Weinmann (n 3) s. 294; Wolfgang Servatius, 'GmbHG § 1 Zweck; Gründerzahl', *Noack/Servatius/Haas, GmbH-Gesetz* (23rd edn, Verlag C H Beck 2022) para 49.

<sup>9</sup> Weinmann (n 3) s. 294.

<sup>10</sup> Alexander Schall, 'Offene Zurechnungsfragen in Der Lieferkette – Zur Auslegung Des § LKSG § 2 LKSG § 2 Absatz VI 3 LkSG' [2022] *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 1235, s. 1239.

<sup>11</sup> Steding (n 2) s. 59; Geißler (n 1) s. 1024.

(az sonra temas edilecek gerekçeler sebebiyle hükümsüz olsa da) düşünülebilirken; şirketin kendi paylarını rehin olarak kabul etmesi durumunda, pay sahipliği değişmediğinden şirketin ortaksız olması gündeme gelmez<sup>12</sup>. Kendi paylarını rehin olarak kabul eden bir şirketin ortaksız kalması konusunda bir tehlike yoktur.

Şirketler için kendi paylarını iktisap ederek ortaksız kalmak tehlikesi, ivazsız iktisaplar açısından da olsa ancak Alman hukukuna tabi şirketler açısından vardır. Çünkü, her ne kadar TTK m. 383/1 hükmüne göre, bir şirket, bedellerinin tamamı ödenmiş olmak şartıyla, kendi paylarını ivazsız iktisap edebilirse de, TTK m. 338/3 ortaksız kalma konusunda bir engeldir. Bu hükme göre şirket, tek pay sahibi olacak şekilde kendi payını iktisap edemez; ettiremez. Limited şirketlerde de şirketin tek ortağının kendisinin olacağı şeklinde kendi paylarını iktisap etmesi yasak olup, bu yolla ortaksız limited şirketin ortaya çıkmasına cevaz verilmemiştir<sup>13</sup>. TTK m. 574/3 hükmü de bu sonucu desteklemektedir ki orada da limited şirketin, tek ortağının kendisinin olacağı bir şirkete dönüşeceği sonucunu doğuracak şekilde esas sermaye payını iktisap edemeyeceği belirtilmiştir. Ancak, Alman hukuku açısından TTK m. 338/3 ve m. 574/3 benzeri bir hüküm kurucu sayılarına dair hükümlerde<sup>14</sup> ya da kendi paylarını iktisaba dair hükümlerde<sup>15</sup> yer almamaktadır. Ortaksız şirket fenomeninin Alman hukukunda yaygın olarak tartışılmasının sebebi bu olsa gerektir.

Alman hukuku açısından ifade etmek gerekirse, şirketin kendi paylarını iktisap ederek ortaksız hale gelmesi, ancak ivazsız iktisaplar açısından söz konusu olabilir. Çünkü, AktG § 71/2 hükmü, ivazsız iktisapları dışlamıştır. Bu hukukî statü, TTK m. 379 hükmüyle benzerdir. TTK m. 379/1 hükmüne göre, bir şirket kendi paylarını, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda aşacak olan miktarda, ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak kabul edemez. Bu hüküm, bir üçüncü kişinin kendi adına, ancak şirket hesabına iktisap ya da rehin olarak kabul ettiği paylar için de geçerlidir. İvazlı iktisaplar açısından geçerli olan yüzde onluk bu eşik, hukuka uygun bir kompozisyonda her zaman şirketin tüzel kişiliğinden başka pay sahiplerinin de olacak olması anlamına gelir.

<sup>12</sup> Weinmann (n 3) s. 295.

<sup>13</sup> Abuzer Kendigelen, 'Sermaye Şirketleri/Limited Şirket-Kavram, Unsurlar ve Kuruluş', *Kendigelen-Kurca: Şirketler Hukuku - Cilt III (Sermayesi Paylara Bölünmüş [Paylı] Komandit Şirket ile Limited Şirket)* (1st edn, Oniki Levha Yayınları 2022) para 42; İsmail Özgün Karaahmetoğlu, *Limited Şirketin Temsili* (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2018) s. 59.

<sup>14</sup> AktG § 2 (Gründerzahl), GmbHG § 1 (Zweck; Gründerzahl).

<sup>15</sup> AktG § 71 (Erwerb eigener Aktien) vd, GmbHG § 33 (Erwerb eigener Geschäftsanteile).

Her ihtimalde önemli olan bu payların bedellerinin tamamen ödenmiş olması ve iktisap edilen payların ancak geçici olarak elde tutularak, tekrar elden çıkarılmasıdır<sup>16</sup>. Paylar şirkete hibe edilmiş olabilir. O zaman da şirkete yapılacak hibenin (teberrunun) mükellefiyetli olmasının, şirketin kendi paylarını iktisap ederek ortaksız hale gelmesinin önünde engel olduğunu ifade etmek gerekir<sup>17</sup>.

Bedeli tamamen ödenmemiş payların şirkete hibe edilmesi, diğer yandan taahhüt edilen sermayenin ödenmeyen kısmının şirket tarafından ödenmesi sonucunu doğurur, bu şartlarda bir ivazsız iktisap mümkün değildir<sup>18</sup>. Çünkü, şirket kendi kendine borçlu olamaz<sup>19</sup>. Fakat, yine "kendi paylarını iktisaba" dair kurallara bakıldığında, ortaksız şirket vakasının da ancak belirli bir zaman için geçerli olabileceği görülmektedir. AktG § 71c TTK m. 384'te olduğu gibi üç yıllık bir elden çıkarma süresi tanınmaktadır. Gerçekten de TTK m. 384'e göre, iktisap edilen paylar, şirket için herhangi bir kayba yol açmadan devirleri mümkün olur olmaz ve herhâlde iktisaplarından itibaren üç yıl içinde elden çıkarılırlar. AktG § 71c hükmüne göre, en geç üç yıl içinde şirketin (tüzel kişiliğinden başka) bir pay sahibi daha olmak zorundadır.

## **B. Pay Bedelini Ödemede Temerrüde Düşmüş Ortağın Iskat Edilmesi**

Anonim ve limited şirketlerde, pay bedelini ödemede temerrüde düşmüş olan ortak, yönetim kurulu (ya da müdürler) tarafından iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmî ödemelerden yoksun bırakılmak ile karşı karşıyadır (TTK m. 482/1 ve TTK m. 585 atfı). Iskat ile bir şirket ortaksız duruma gelebilir<sup>20</sup>. Öncelikle belirtilmelidir ki (ortaksız hale gelmek üzere olan şirkette) iskat edilen pay sahibinin, pay sahipliği sıfatı sona erer<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması [III]* (Birinci Basından 2 Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2011) 585; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (4th edn, Yetkin Yayıncılık 2022) 283; Murat Can Atakan, 'Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabının Sonuçları' (2021) 12 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 363, 368; Özge Ayan, 'Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı ile Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları (TTK 379)' (2013) 17 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185, 223.

<sup>17</sup> Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler I - Umumi Hükümler* (2nd edn, Fakülteler Matbaası 1959) s. 126.

<sup>18</sup> Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku* (3rd edn, Sevinç Matbaası 1970) s. 225.

<sup>19</sup> Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku (Ders Kitabı)* (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2019) s. 397.

<sup>20</sup> Aydoğan (n 5) s. 139.

<sup>21</sup> Arslanlı (n 15) s. 121; Aytekin Çelik, 'Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma' (2009) 17 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171, s. 187. Iskat edilen ortağın pay sahipliği haklarından yoksun kalmakla birlikte, şirketin idare organının paylar üzerinde tasarruf (örn. payın bir başkasına satılması) edeceği ana kadar *şeklen* pay sahibi olarak kalmaya devam edeceği yönünde bkz. Kemal Şenocak, 'Anonim Ortaklıkta Iskat Kararının Sonuçları' (2007) 11 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 279, s. 289.

Bir anonim ya da limited şirkette gerçek ya da tüzel kişi birden fazla ortak varsa, ıskat prosedürünün tamamlanmasının şirketin ortaksız hale gelmesi sonucunu doğurması mümkün değildir<sup>22</sup>. Hatta, bir ortak sadece belirli bir payı için ıskat edilmiş, kalan payları için temerrüt halinde değilse, şirket yine ortaksız kalmaz. Ancak, bir anonim ya da limited şirkette tek bir pay varsa ya da ıskat edilecek pay sahibinin dışındaki paylar şirket tüzel kişiliğine aitse, ıskat sonucu şirket ortaksız hale gelir<sup>23</sup>. Elbette, tatbikatta, şirket içinde tek başına bulunduğu bir pay sahipliği kompozisyonunda, yönetimde de etkili olabilecek bir kişinin kendisini ıskat ettirmesi düşünülemeyebilir; ancak, şirketin iflâs durumunda olması halinde bu işlem pek tabiidir ki iflâs idaresi tarafından da gerçekleştirilebilir<sup>24</sup>. Bu durumda da şirket belirli bir zaman dilimi için de olsa ortaksız hale gelebilir.

### C. Ortağın Tek Ortağı Olduğu Şirketi Mirasçısı Olarak Ataması

Hukukumuzda tüzel kişiler (ve bu arada anonim ve limited şirketler de) atanmış mirasçı sıfatıyla mirasçı olabilmektedir<sup>25</sup>. Zaten, bir anonim ya da limited şirketin tek kişi ortağının ölmesi, kural olarak şirketi ortaksız hale getirmez, bu durumda, miras hukukuna dair kurallar uygulanır<sup>26</sup>. Fakat, bir anonim ya da limited şirket ortağının, tek pay sahibi ya da şirket tüzel kişiliği yanında kişi sıfatını taşıyan (ve yasal mirasçısı bulunmayan) tek pay sahibi olduğu bir zamanda ortak, şirketi mirasçısı olarak atar ve ölürse, şirket, bütün payların sahibi konumunda olur ve bu halde şirketin ortaksız bir şirket haline gelmesi gerçekleşir<sup>27</sup>. Belirli bir malın (şirket paylarının) vasiyet edilmesi durumunda da aynı sonuca ulaşılabilir. Aslında, ivazlı iktisaplar açısından dahi, küllî halefiyetle payların iktisabı, kendi paylarını iktisaba dair sınırlamaların bir

<sup>22</sup> Lutz Michalski and Volker Schulenburg, 'Pfändung von Kaduzierungsansprüchen Und Kaduzierung Bei Einmann-Gesellschaften' [1999] Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 431, s. 432.

<sup>23</sup> Weinmann (n 3) s. 295; Michalski and Schulenburg (n 20) 432; Helmar Fichtelmann, 'Die Fortsetzung Einer Aufgelösten GmbH' (2003) 02 Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht (GmbHHR) 67 ff., s. 72; Merkt (n 3) para 6.

<sup>24</sup> Weinmann (n 3) s. 296; Michalski and Schulenburg (n 20) s. 432.

<sup>25</sup> Ayşe Arat, 'Medeni Kanunumuza Göre Kişi Topluluklarının Mirasçılığı' (2016) 5 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99, s. 102.

<sup>26</sup> Aydoğan (n 5) s. 139.

<sup>27</sup> Richard Wimmer, 'Gründung Und Beendigung von Juristischen Personen (Teil I)' [1995] Deutsches Steuerrecht 1838, s. 1840; Johann Mayr, 'Partnerschaft Oder GmbH? Überlegungen Zur Wahl Der Rechtsform Bei Zusammenschlüssen von Angehörigen Freier Berufe' [1996] Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern 61, s. 68; Jochen Thiel and Eversberg Horst, 'Die Privatsphäre Der Kapitalgesellschaft – Das Atlantis Des Körperschaftsteuerrechts– Zugleich Besprechung Des BFH-Urteils Vom 24. 3. 1993 – I R 131/90' [1993] Deutsches Steuerrecht 1881, s. 1884; Aydoğan (n 5) s. 139; Weinmann (n 3) s. 295; Fichtelmann (n 21) s. 72; Merkt (n 3) para 6; Pentz (n 8) para 8.



istisnası olarak belirlenmiştir<sup>28</sup>. Bu durumda da, diğer ihtimallerde olduğu gibi şirketin sona ermesi söz konusudur<sup>29</sup>.

Bir şirketin, bir gerçek kişinin mirasçısı olması, çok uzak bir ihtimal gibi görünse de uygulamada bu tür mirasçılık vakıalarının gerçekleştiği bilinmektedir. Örneğin, Hamburg Bölgesel Yüksek Mahkemesi'nin 2023 tarihli bir kararına konu olan olayda şunlar yaşanmıştır<sup>30</sup>: H. W. isimli kişi hayatını kaybetmiş ve mirasbırakan sıfatını taşımaktadır. H. W. dava konusu şirketin tek ortağı ve aynı zamanda tek yöneticisidir. H. W. yaşamı boyunca bu şirketi, ömrünün en kıymetli eseri olarak görmüş ve değerlendirmiştir. Şirket onun için maddî olduğu kadar manevî bir anlam da taşımaktadır. Gerçekten şirket faaliyetlerine bakıldığında, şirketin bir kısım faaliyet alanının da sanatın ve sanatçıların desteklenmesi olarak belirlendiği görülmektedir. H. W., 30.3.2022 tarihinde el yazısı ile bir vasiyetname düzenlemiş ve bu vasiyetnamede, hayatının en önemli eseri olarak gördüğü bu şirketi tek mirasçısı olarak atamıştır. Mahkeme, yargılama sonucunda verdiği hükmünde, ilgili limited şirketin tek mirasçı olarak atanabileceğine, çünkü, tüzel kişilerin de mirasçı olabilmek yeteneğine sahip olduğuna temas etmiştir. Mahkeme, H. W.'nin ölümü anında, mirasçı olarak atanmış şirketin bir tüzel kişilik olarak "var" olmasını aramıştır. Mahkeme hükmünün gerekçesinde, bir şirketin ortaksız olarak kurulamayacağını, ancak, bazı sebeplerle ortaksız hale gelebileceğini ve bu durumun ise ancak geçici bir zaman dilimi için sürdürülebilir olduğunu belirtmiştir. Sadece geçici olarak hissedarsız kalabilecek olan şirketin bu durumunun kalıcı olacağını anlaşılması halinde tasfiye edilmesi gerekir. Mahkeme, bu kararında ilginç bir noktaya daha temas etmiştir. Şöyle ki, mahkeme, bir şirketin ortaksız hale gelmesinin onun tüm organsal işlevlerinden de yoksun kalmış olacağı anlamına gelmediğini vurgulamaktadır. Mahkeme, bu kararında, şirketin ortaklarının bulunmuyor olması sebebiyle ortakların toplanacağı bir genel kurul olmasa da, şirketi dışarıya karşı temsil eden yönetimin halen mevcut olduğunu ve kalıcı olmaması gereken bu durumun da ancak bu yönetimin yapacağı pay devirleriyle ortadan kalkabileceğini ifade etmiştir<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 14) s. 284.

<sup>29</sup> Mayr (n 25) s. 68; Thiel and Horst (n 25) s. 1884.

<sup>30</sup> *OLG Hamburg, 2772023 - 2 U 2/23 - GmbH wird Erbin der eigenen Gesellschaftsanteile und damit mitgliedlos* [2023] OLG Hamburg 2 U 2/23, 2024 NZG 252, 252.

<sup>31</sup> Benzer başka bir olay için bkz. *Lieder, 'Rechtstatsachen Zu Eigenen Geschäftsanteilen Bei Der GmbH'* (n 7) 519.

## D. Alman Hukukuna Özgü Olarak Limited Şirketlerde “Payın Çekilmesi”

Alman Limited Şirketler Kanunu<sup>32</sup>’nin 34. maddesine göre, esas sermaye paylarının geri çekilmesi (*Die Einziehung [Amortisation] von Geschäftsanteilen*) sadece, şirket sözleşmesinde buna izin verilmişse mümkün olabilir. Pay üzerinde hak sahibi olan kişinin rızası olmaksızın bu işlemin gerçekleşebilmesi yalnızca, payın geri çekilmesine izin veren şirket sözleşmesi hükümlerinin, esas sermaye payının sahibinin o payı iktisabından önce şirket sözleşmesinde yer bulmuş olması halinde mümkündür. Sermayenin iadesi yasağına dair hükümler saklıdır. Alman hukukunda savunulduğu üzere, bir limited şirketin payın geri çekilmesi suretiyle ortaksız hale gelmesi, GmbH § 34’e göre ortayça çıkabilecek bir ihtimaldir<sup>33</sup>. GmbH § 34 hükmünde payların geri çekilmesine dair bir sınır bulunmamaktadır; o halde, bir şirket bütün paylarını ya da kendisi haricindeki son gerçek ya da tüzel kişi pay sahibinin elindeki payı geri çekerek ortaksız hale gelebilir<sup>34</sup>. Fakat bu durumun sermaye şirketlerindeki payın kolaylıkla devredilebilirliği prensibiyle bağdaşmadığı açıktır<sup>35</sup>. Zira pay ve ortak yoksa, ortada devredilecek bir unsur da bulunmamaktadır ki bu, şirket şeklinde örgütlenmenin mantığına terstir. Üstelik, şirket ortağı yokluğunun bu türünde, şirkete yeni ortak alınması suretiyle geçici ve istenmeyen ortaksızlık durumundan kurtulması da imkânsızdır<sup>36</sup>. Çünkü, paylar geri çekilerek yok edilmiştir. Bu yüzden, aslında hukuken cevaz verilmeyen bir prosedürü işleten şirketin feshedilmesi gerekir<sup>37</sup>.

## E. Alman Hukukuna Özgü Olarak Limited Şirketlerde Ek Ödeme Yükümlülüğü Talep Edildiğinde “Payın Şirkete Tahsisi”

Alman Limited Şirketler Kanunu’nun 27. maddesinin ilk fıkrasına göre, şirket ortaklarından istenen ek ödeme yükümlülüğü belirli bir tutarla sınırlı değilse, her

<sup>32</sup> GmbHG, “Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 22. Februar 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 51) geändert worden ist”, <https://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/BJNR004770892.html>, E.T. 28.10.2024.

<sup>33</sup> Olaf Sosnitza, ‘GmbHG § 34 [Einziehung von Geschäftsanteilen]’, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz, Begründet von Prof. Dr. Lutz Michalski)*, vol I (4th edn, Verlag C H Beck 2023) para 27; Weinmann (n 3) 293; Geißler (n 1) 1024; Andreas Zeilinger, ‘Die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen Als Instrument Zum Ausschluß Einzelner Gesellschafter Aus Der GmbH’ (2002) 16 Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht (GmbHR) 772, 775; Fichtelmann (n 23) 72; Merkt (n 3) para 7.

<sup>34</sup> Weinmann (n 3) 293.

<sup>35</sup> ibid 293.

<sup>36</sup> ibid 294.

<sup>37</sup> Lutz Strohn, ‘GmbHG § 34 [Einziehung von Geschäftsanteilen]’, *Münchener Kommentar GmbHG*, vol I (4th edn, Verlag C H Beck 2022) para 102.

ortak, aynı zamanda esas sermaye payı taahhüdünden doğan bir borcu bulunmamak şartıyla, payıyla ilgili olarak kendisinden talep edilen ek ödeme yükümlülüklerinin yerine getirilebilmesi için payı şirkete tahsis ederek bu borçtan kurtulabilir. Payın şirkete tahsisi, şirketin ek ödeme talebinden itibaren bir ay içinde gerçekleşmiş olmalıdır. Ortak tarafından bu süre içinde herhangi bir tahsisat ya da ek ödeme için bir tediyede bulunulmamışsa, şirket, pay sahibine yapacağı bir bildirimle payın şirkete tahsis edildiğini bildirebilir. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre şirket, ortağının tahsisat açıklaması ya da kendisinin tahsisat bildirimini takip eden bir ay içinde tahsis edilen ya da edilmiş sayılan payı açık arttırma ile satmak zorundadır. Şirketin ortaksız kalmasına dair ihtimali barındıran kural ise, 27. maddenin üçüncü fıkrasıdır. Buna göre, satış sonunda şirket ek ödeme yükümlülüğünün itfası açısından tatmin edilememişse, pay şirkete geçer. Sonrasında şirket, kendisine geçen bu payı satırma yetkisine sahiptir. İlgili hükümlerde, tahsis edilen payın, şirket tüzel kişiliği dışında bir gerçek ya da tüzel kişiye ait olamayacağı yönünde bir sınırlama bulunmadığından, payın şirkete tahsisi sonucunda, şirketin ortaksız kalması da mümkündür<sup>38</sup>.

### **III. BİR ŞİRKETİN ORTAKSIZ OLMASINA SEBEP OLAN İŞLEMİN HUKUKİ AKİBETİ**

İvazlı ve bedeli ödenmemiş payların tamamen iktisabına konu olan hukukî işlemler, kanunun emredici hükümlerine aykırılık (TTK m. 340 ve TBK m. 27) dolayısıyla hükümsüzdür. Bu nitelikteki hukuki işlemler hükümsüz olabileceği gibi, bu hukuki işlemlerin hazırlığı niteliğindeki şirket içi özellikte, yönetim kurulu ya da genel kurul kararı gibi korporatif karakterdeki hukuki işlemler de hükümsüz olabilir. Örneğin bu manadaki bir yönetim kurulu kararının hükümsüz olmasının hukuki gerekçesi olarak, TTK m. 391 gereğince yönetim kurulu kararının sermayenin korunması ilkesine aykırılık gerekçesiyle batıl olduğu hususu gösterilebilir. Böyle bir durumda, şirket dışındaki bir gerçek ya da tüzel kişi tarafından pay devrine yönelik olarak gerçekleştirilen son devir işleminin hükümsüzlüğü sebebiyle, eski pay sahipliği yapısının devam ettiği savunulabilir<sup>39</sup>. Çünkü böyle bir durumda, geçersiz bir hukukî işleme dayanılarak gerçekleştirilen diğer hukukî işlemler de geçersiz olarak değerlendirilecektir. Pay iktisabına temel olan hukukî işlem geçersiz olunca, pay sahipliği görünümünün değişmemiş olması da anlaşılabilir.

<sup>38</sup> Weinmann (n 3) 296.

<sup>39</sup> Kendigelen (n 13) para 42; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (6th edn, Adalet Yayınevi 2020) 606; Aydoğan (n 5) 143; Karaahmetoğlu (n 13) 59.

Şirketin ortaksız hale gelmesine yol açan ve aslında geçersiz olan hukukî işlemin bir kendi paylarını iktisap işlemi olması ihtimaline dayanan bu düşünceye göre, geçersiz pay devri dolayısıyla şirketin ortaksız kalmasına sebep olan hukukî işlemi gerçekleştiren şirket yöneticilerinin şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumluluğu da gündeme gelebilir<sup>40</sup>. Çünkü geçersiz de olsa sadece belirli bir dönem için pay sahiplerinden ve dolayısıyla onların oluşturduğu organlardan yoksun kalan şirket tüzel kişiliği, bazı ticarî aksiyonları almakta zorluk ya da gecikme yaşamış olabilir. Veya payını şirkete devretmiş olan pay sahibi bu sıfatından yoksun olduğu dönemde pay sahipliğinin olumlu getirilerinden mahrum kalmış olabilir. Alacaklılar da geçersizliğin tespitine kadar sürmüş dönem için şirketin kendi paylarını iktisap etmiş olması dolayısıyla sermayenin iadesi yasağının olumsuz sonuçlarına muhatap olabilir. Aslında bu görüş, dolaylı olarak, öğretilerde de ifade edildiği üzere, ortaksız şirketin hukuken geçerli olarak ortaya çıkamayacağı anlamına gelmektedir<sup>41</sup>.

Şirketin ortaksız hale gelmesinin kabul edilebilir olmadığı yönündeki bu kabul, payın şirkete bir devir işlemiyle geçtiği ihtimali için geçerlidir. Ortaksız kalma, bir iskat işlemine dayanıyorsa, iskat kararının hükümsüzlüğüne dair kurallar ve mirasçı olarak atamaya dayanıyorsa da miras hukukuna dair kurallar geçerlidir. Dolayısıyla, örneğin iskat kararı hukuka uygun ise, şirketin ortaksız kalması durumu bir yana, yönetim kurulunun aldığı hukukî tedbire dair yerindelik açısından bu kararın isabetli olup olmadığı dışında söylenecek bir şey yoktur. Fakat, iskat kararı hükümsüz ise, o vakit iskat edilen son pay sahibi bu sıfatını kaybetmemiş olacağından, hukuken geçersiz kendi paylarını iktisap işlemi açısından savunulan düşünceler doğrultusunda karar vermek gerekir. Yine, mirasçı olarak atanmanın bir şirketi ortaksız bırakması, atamaya dair miras hukukundaki maddî hukuk kurallarına uyulmasının yanı sıra, ancak bu kişinin başka bir yasal mirasçısı olmaması durumunda ortaya çıkabilir. Çünkü, mirasbırakanın bir ya da birden fazla mirasçısının varlığı, atanmış mirasçı olan anonim ya da limited şirket tüzel kişiliği yanında başka bir kişinin ya da kişilerin daha şirket ortağı olarak değerlendirilmesini gerektirir.

---

<sup>40</sup> Pulaşlı (n 39) 606.

<sup>41</sup> Fichtelmann (n 23) 72.

## IV. BİR ŞİRKETİN ORTAKSIZ HALE GELMESİNİN SONUÇLARI

### A. Şirketin Sona Ermesi

Bir anonim ya da limited şirketin ortaksız hale gelmesinin en önemli sonucu, öğretide hâkim görüş uyarınca, şirketin sona ermesidir<sup>42</sup>. Aksi yönde bir görüşe göre, şirketin ortaksız hale gelmesinin şirketin tüzel kişiliği ya da olası tasfiyesinin gerekmesi üzerinde hiçbir etkisi yoktur<sup>43</sup>. İkinci görüşün azınlık görüşü olduğunu ifade etmek gerekir. Öğretide üzerinde anlaşılamayan husus, şirketin ne zaman sonra ereceğidir<sup>44</sup>. Bazı yazarlar bu konuda şirketin derhal sona ereceğini ve hatta tüzel kişiliğin dahi hemen ortadan kalkacağını ifade ederler<sup>45</sup>. Sona erme üzerinde ittifak olsa da, ağırlık kazanan görüşün şirketin bir süre daha bu şekilde "hayatta kalmaya çalışacağı" yönünde olduğu belirtilmelidir<sup>46</sup>. Buna göre, şirkete yeni bir pay sahibi bulabilen tüzel kişilikler yaşam şansı bulabilecekken, ortaksız durumu istikrar kazanan tüzel kişilikler tasfiye edilerek sicilden terkin edilecektir. Aksi takdirde, ortaya vakıf benzeri ancak vakfa dair hukukî sınırlamalara tabi olmayan bir yapı çıkacaktır<sup>47</sup>. Böylece, vakıflara dair kanun hükümlerinin ortaksız şirketler yoluyla dolanılması ihtimali de vardır<sup>48</sup>. Sonuç olarak, ortaksızlık *hemen* etkisini göstermez, aksine, şirketin hukuk dünyasından silinmesi için belirli tasfiye işlemlerinin tamamlanması gerekir<sup>49</sup>.

Bir şirketin ortaksız kalması sebebiyle sona erme tehdidi altına girmesine karşı akla gelen ve önerilen ilk çözüm, bu şirkete yeni bir ortak almaktır<sup>50</sup>. Şirkete yeni bir ortağın alınması, şirketin elinde tuttuğu payların tamamını ya da bir kısmını, bir ya

<sup>42</sup> Dieter Leuring and Daniel Rubner, 'Nachschusspflicht Und Abandonrecht Nach §§26, 27 GmbHG' [2021] Neue Juristische Wochenschrift Spezial 143, 144; Michalski and Schulenburg (n 22); Geißler (n 1) 1024; Jan Lieder, 'Die Österreichische Flexible Kapitalgesellschaft – Kein Vorbild Für Deutschland' [2024] Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 915, 917.

<sup>43</sup> Pulaşlı (n 39) 606.

<sup>44</sup> Fichtelmann (n 23) 72.

<sup>45</sup> Bu hususta detaylar için bkz. aşa. "V" numaralı başlık.

<sup>46</sup> Holger Fleischer, 'Die Erfolgsgeschichte Der Limited Liability Company in Den Vereinigten Staaten' (2022) 22 Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht (GmbHR) 1179 ff., 1190; Andreas Schlüter, 'Die Gemeinnützige GmbH (II)' (2002) 12 Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht (GmbHR) 578 ff., 580.

<sup>47</sup> Fichtelmann (n 23) 72; Lieder, 'GmbHG § 13 [Juristische Person; Handelsgesellschaft]' (n 3) para 11.

<sup>48</sup> Merkt (n 3) para 6; Lieder, 'GmbHG § 13 [Juristische Person; Handelsgesellschaft]' (n 3) para 11.

<sup>49</sup> Dirk A Verse, 'GmbHG § 13 Juristische Person; Handelsgesellschaft', *Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht* (6th edn, Verlag C H Beck 2024) para 3.

<sup>50</sup> Fichtelmann (n 23) 69.

da birden fazla gerçek ya da tüzel kişiye devretmesiyle gerçekleşir. Bu şekilde bir temlik, şirketin devamı konusunda bir irade olarak yorumlanır<sup>51</sup>.

## B. Şirketin Organlarının İşlevini Kaybetmesi

Bir anonim ya da limited şirketin ortaksız hale gelmesi kendi paylarını iktisaba dayanıyorsa, şirket organlarından genel kurul (ya da ortaklar genel kurulu) fonksiyonel olarak anlamını yitirmiş demektir. Çünkü, anonim ve limited şirketlerde genel kurul, gerçek ya da tüzel kişi olsun şirket ortaklarının iradelerini ortaya koyarak, şirketin kaderi üzerinde söz sahibi olduğu bir organ hüviyetindedir. Fakat, şirket kendi paylarını iktisap etmişse, TTK m. 389'a göre, şirketin iktisap ettiği kendi payları ile yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirketin payları, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bedelsiz payların iktisabı hariç, şirketin devraldığı kendi payları hiçbir pay sahipliği hakkı vermez<sup>52</sup>. Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar donar. Bu hükmün uygulanması gerekliliği, hiçbir pay sahibinin olmadığı bir görünümde genel kurulun da artık hiçbir surette toplanamayacağı anlamına gelir. Burada tek pay sahipli şirketten de öte ve farklı bir durum vardır. Şirket tek pay sahipli de olsa bu tek pay sahibi, genel kurulun toplanması ve karar almasına dair gerekliliklere uyararak, geçerli bir şekilde toplanabilir ve karar alabilir. Ancak, şirketin elinde tuttuğu paylar toplantı nisabının hesaplanmasında hesaba alınmaz. Bütün paylar şirkette ise, genel kurul hiçbir surette toplanamayacaktır. Bu aynı zamanda organ yokluğu anlamına da gelir<sup>53</sup>.

## C. Şirketin Amacının Gerçekleşmesinin İmkânsızlaşması

Anonim ve limited şirketler, kanunen yasak olmayan her türlü amaç ve konu için kurulabilirler (TTK m. 331 ve m. 573/3). Gerçek ya da tüzel kişilerin bir araya gelerek bir organizasyon içinde bu ortak amaca ulaşmak için çalışmaları, şirket mefhumunun temel unsurudur<sup>54</sup>. Bu amaca ulaşma konusunda "kişi"lerin duyduğu istekten kaynaklanan itici güç, bir insan ürünü olan "şirket" in yaratılmasını gerektirmiştir ki

<sup>51</sup> Lieder, 'Rechtstatsachen Zu Eigenen Geschäftsanteilen Bei Der GmbH' (n 7) 518.

<sup>52</sup> Limited şirketlere dair ve aynı yöndeki TTK m. 612/4: "Şirketin iktisap ettiği kendi esas sermaye paylarından kaynaklanan oy hakları ile buna bağlı diğer haklar, paylar şirketin elinde bulunduğu sürece donar."

<sup>53</sup> Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (12th edn, Vedat Kitapçılık 2010) para 1640b; Lieder, 'GmbHG § 13 [Juristische Person; Handelsgesellschaft]' (n 3) para 11; Fleischer, 'GmbHG § 33 [Erwerb Eigener Geschäftsanteile]' (n 8) para 24.

<sup>54</sup> Friedrich Heinzmann, 'Die Neuordnung Der Kapitalverhältnisse Bei Sanierung Der GmbH Die Sanierungsklausel Im Gesellschaftsvertrag Der GmbH' [1994] Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg 118, 123.

kişilerin (çoğu zaman ekonomik olan) bireysel amaçları, şirket formu içinde ortak amaca dönüşür ve kişiler üstü bir nitelik kazanır<sup>55</sup>. Şirkette gerçek ya da tüzel kişi olsun hiçbir ortağın bulunmaması demek, artık sözü edilen itici gücün kaybedilmesi, dolayısıyla ortak amacın gerçekleşmesi için iradesini ortaya koyacak kimsenin kalmaması sebebiyle şirket amacının gerçekleşmesinin imkânsızlaşması demektir<sup>56</sup>. Çünkü, kendisini oluşturan kişi ya da mal topluluklarından bağımsız olarak bir kişilik taşıyan tüzel kişilerin dahi arkasında her zaman bir "gerçek" ya da "tüzel kişi" bulunur. Gerçek ya da tüzel kişi olsun, bir kişinin varlığı, düşünsel temelde bile olsa, bir ortaklığın varlık sebebidir.

## V. ORTAKSIZ ŞİRKET KONUSUNDA ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER VE DEĞERLENDİRMEMİZ

### A. Öğretideki Görüşler

#### 1. Alman Hukukunda

Ortaksız şirketin varlığı ve hukuken geçerliliği konusunda, Alman hukukunda öğretideki görüşler dört ayrı grupta sınıflandırılmaktadır<sup>57</sup>: a- ortaksız şirketi tamamen reddeden görüş, b- ortaksız şirketi istikrarlı ve kalıcı bir yapı olarak gören görüş, c- ortaksız şirketin kısa vadeli olarak yararlı olabileceğini savunan görüş, d- ortaksız şirketin limited şirketin ortaklık yapısına uymadığını savunan görüş. Bugün öğretide hâkim görüş, ortaksız şirketin ancak kısıtlı bir zaman dilimi için ve geçici olarak var olabileceği ve durumun süreklilik kazanması halinde şirketin sona ereceği yönündedir<sup>58</sup>. Çünkü, ortaksız şirkette şirketin organlarından birinin (genel kurul ya da ortaklar genel kurulu gibi) kendisinden beklenen fonksiyonu ifa etmesi imkânsızlaşmıştır<sup>59</sup>. Buna göre, ortaksız şirket olgusuna, ancak, şirketin kendi paylarını edindiği son işlemi geçici olarak ve bu payı bir başkasına devretmek üzere devraldığı hallerde cevaz verilebilir<sup>60</sup>. Aksi takdirde, şirket feshedilmeli ve tasfiye sürecine girmelidir<sup>61</sup>. Fakat, geçici bir süre<sup>62</sup> için ortaksız kalan şirket paylarını bir

<sup>55</sup> ibid.

<sup>56</sup> ibid.

<sup>57</sup> Fleischer, 'GmbHG § 1 [Zweck; Gründerzahl]' (n 2) para 84.

<sup>58</sup> ibid 85; Sosnitza (n 5) para 53; Kersting (n 5) para 19; Schmidt (n 2) para 41; Merkt (n 3) para 6.

<sup>59</sup> Kersting (n 5) para 19; Schindler (n 4) para 80.

<sup>60</sup> Sosnitza (n 5) para 53; Servatius (n 8) para 49.

<sup>61</sup> Sosnitza (n 5) para 53.

<sup>62</sup> Bu sürenin belirlenmesi konusunda zorluklarla karşılaşılabilirliği yönünde bkz. Fichtelmann (n 23) 72.

kişinin (şirketten) edinmesi durumunda, bu kişinin şirketin devamı yönünde irade göstermesi yeterli olacaktır<sup>63</sup>. Öğretide, payın sadece iktisap edilmiş olmasının dahi bu yönde bir örtülü irade beyanı olarak görülebileceği de belirtilmiştir<sup>64</sup>.

## 2. Türk Hukukunda

Türk hukukunda, ağırlıklı olarak, anonim şirketler açısından bir şirketin ortaksız olarak devam edemeyeceği, bir kişi birliği de olmasından bahisle, anonim şirketin kişiler olmaksızın organlarının teşekkül edemeyeceği ve bundan dolayı ortaksız hale gelen şirketin aslında sona ermiş bir şirket olduğu ifade olunmaktadır<sup>65</sup>. TTK m. 338/3 hükmü de bunu destekler niteliktedir. TTK m. 338/3'e göre, Şirket, tek pay sahibi olacak şekilde kendi payını iktisap edemez; ettiremez. Aynı konuda limited şirketler açısından ise, TTK m. 574/3 hükmünün bir gereği olarak, limited şirketin tek ortağının kendisi olacağı şekilde paylarını iktisap etmesinin, istisnalar kapsamında dahi mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır<sup>66</sup>. Öğretide aksi yönde bir başka görüşe göre ise, şirketin kendi paylarını iktisabıyla ilgili kurallar çerçevesinde bazı yaptırımlar öngörülmüş; fakat, bu bağlamda şirketin kendi paylarının tamamını iktisap etmesi bir sona erme sebebi olarak sayılmamıştır<sup>67</sup>. O halde, yasada yer almayan bir yaptırımın tatbik edilmesi, kanunilik ile bağdaşmaz ve ortada şirketin fesholunmasını gerektiren bir durum da yoktur<sup>68</sup>.

Türk hukukunda, ortaksız hale gelen şirketi bu durumda getiren son pay ediniminin şirketin ticaret sicilindeki kaydını hükümsüz kılacağı, bu duruma gelmiş bir şirketin sonradan sicilden terkin edilmesinin de ancak açıklayıcı bir etkisinin olacağı belirtilmiştir<sup>69</sup>. Türk hukukunda bazı yazarlara göre ise, ortaksız hale gelen şirketin,

<sup>63</sup> Sosnitza (n 5) para 53; Schindler (n 4) para 82.

<sup>64</sup> Berner (n 4) para 296; Altmepfen (n 4) paras 30, GmbHG § 60. Anonim şirketler açısından, AktG § 274 hükmüne göre, şirketin devamı için açık bir karar gerekmesi sebebiyle bu yorumu yapmanın mümkün olmadığı yönünde bkz. Gregor Bachmann, 'AktG § 262 [Auflösungsgründe]', *beck-online.GROSSKOMMENTAR (GesamtHrsg: Henssler, Hrsg: Stilz/Veil)* (Verlag C H Beck 2024) para 65.

<sup>65</sup> Poroy, Tekinalp and Çamoğlu (n 53) para 1640b; Emrullah Kervankıran, *Anonim Şirketlerin Tasfiyesi* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2015) 44.

<sup>66</sup> Ersin Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri* (1st edn, Vedat Kitapçılık 2020) para 47; Pulaşlı (n 39) 718.

<sup>67</sup> Pulaşlı (n 39) 606.

<sup>68</sup> ibid.

<sup>69</sup> Poroy, Tekinalp and Çamoğlu (n 53) para 1640b. Yazarlar, eserlerinin sonraki baskısında, 6102 sayılı Kanun'un da yürürlüğe girmesiyle, bu kanunun m. 574/3 hükmünü gerekçe göstererek, emredici hükümlere aykırılık sebebiyle şirketin batıl hale geleceğini belirtmişlerdir, Poroy, Tekinalp and Çamoğlu (n 2) para 1640b. Ancak bu görüşe katılmak, TTK m. 353/1 hükmünde açıkça geçen "anonim şirketin butlanına ve yokluğuna karar verilemez" kuralı gereğince mümkün görünmemektedir.



tüzel kişiliğinin de derhal sona ereceği, kanunda buna yönelik açık bir hüküm olmadığından savunulamaz<sup>70</sup>. Hiçbir pay sahibinin bulunmadığı bir şirkette, şirketin bu duruma gelmesini müteakip açılacak bir davada, ortaklığa durumu düzeltmesi için süre verilmesi gerekliliği ve bunun bir infisah değil fesih hali olduğu da savunulmuştur<sup>71</sup>. Ancak, sona eren şirketin tasfiye aşamasına geçmesi tabiidir. 6762 sayılı Kanun döneminde savunulan bir görüşe<sup>72</sup> göre ise, şirketin geri kalan payların tamamını iktisap ederek asgari zorunlu ortak sayısının (2) altında bir ortaklık yapısına dönüşen şirketlerde (limited), bu durum bir fesih sebebidir<sup>73</sup>. Bu görüşe göre, (limited) şirket tüzel kişiliğ(i) bundan etkilenmez. Aksine, bu halde de şirkete verilecek bir süre sonunda ortak sayısının tekrar asgari düzeye kavuşturulması, değilse şirketin feshine karar verilmesi gerekir<sup>74</sup>. Arslanlı ve Domaniç tarafından temsil edilen bu görüşe yakın, 6102 sayılı Kanun döneminde savunulmuş bir başka görüşe göre ise, ortaksız bir şirketin varlığı toptan reddedilemez; ancak, bu duruma kalıcı bir kurum gözüyle de bakılamaz<sup>75</sup>. Müdürler, kanunla veya şirket sözleşmesi ile genel kurula bırakılmamış bulunan yönetime ilişkin tüm konularda karar almaya ve bu kararları yürütmeye yetkilidirler (TTK m. 623/3). Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim de kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir (TTK m. 374). Ortaksız bir şirket için, şirketi yönetenlerin bu durumdan kurtulmak amacıyla pay devri konusunda da yetkili olduklarına kuşku yoktur<sup>76</sup>. Hatta, şirketin devamında özel menfaatleri bulunan yönetim kurulu üyeleri ya da müdürlerin bu paylardan bir kısmını ya da tamamını iktisap etmeleri, akla gelen ve ortaksızlık durumunu sona erdirecek bir çözümdür<sup>77</sup>.

<sup>70</sup> İsmail Cem Soykan, *Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu* (1st edn, Oniki Levha Yayınları 2012) 220'de dn. 313. Alman hukukunda da tüzel kişiliğin ortaksız hale gelmesiyle (kendiliğinden) ortadan kalkmayacağı savunulmuştur, Lieder, 'GmbHG § 13 [Juristische Person; Handelsgesellschaft]' (n 3) para 11.

<sup>71</sup> Soykan (n 70) 226.

<sup>72</sup> Halil Arslanlı and Hayri Domaniç, *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması [III]* (Birinci Basıdan Tıpkı 2 Bası, Vedat Kitapçılık 2011) 78.

<sup>73</sup> ibid.

<sup>74</sup> ibid.

<sup>75</sup> Aydoğan (n 5) 142.

<sup>76</sup> Fichtelmann (n 23) 73. Türk hukuku açısından TTK m. 595/2 göz önünde tutulmalıdır.

<sup>77</sup> ibid.

## B. Değerlendirmemiz

Ortaksız şirket mefhumu konusunda yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar ve öğretideki görüşlerin birlikte ele alınmasından sonra ulaştığımız kanaat, ortaksız şirketin varlığı, geçerliliği ve sona ermesiyle ilgili olarak yapılacak değerlendirmelerin, şirketi ortaksız hale getiren hukukî işleme göre değişecektir. Şirketin ortaksız hale gelip gelmediği, anonim ya da limited şirketin kendi paylarını iktisabı bağlamında değerlendiriliyorsa, TTK'nın ilgili hükümleri göz ardı edilmemelidir. Buna göre, TTK m. 338/3 ve TTK m. 574/3 şirketin kendi paylarını iktisabı yoluyla ortaksız kalmasının önünde engeldir. Dolayısıyla, bir anonim ya da limited şirket, tek pay sahibinin kendisi olacağı şekilde paylarını iktisap etmişse, bu hukukî işlem (TTK m. 340 ve TBK m. 27) hükümleri de göz önünde tutulduğunda hükümsüzdür. Böylece, Türk hukukunda aslında, kendi paylarını iktisaba dayanan pekçok ihtimalde "ortaksız şirket" in hiçbir surette ortaya çıkmayacağı söylenebilir. Buna dair hukukî işlem hükümsüz olacağı için, şirkette kalan son pay sahibinin şirkete yaptığı pay temliği geçersiz olacak, pay sahipliği kompozisyonunda hiçbir değişiklik olmayacak ve şirket esasında ortaksız kalmamış olacaktır. Burada yapılması gereken tek şey, şirketin kendi paylarına iktisabına dair hukukî işlemlerin batıl olduğunun tespiti yönünde bir dava yanında, eğer pay defterindeki sözde değişikliklerin gerçek durumu yansıtır hale gelmesi ya da iptal edilmiş pay senetleri için bir eda davası açmaktır.

Şirketin ortaksız hale gelmesi, mütemerit pay sahibinin yaptığı kısmî ödemelerden ve iştirak taahhüdünden doğan haklardan yoksun kalmasına dayanabilir. İskata dair TTK hükümlerine bakıldığında, şirketin tek gerçek ya da tüzel kişi mütemerit ortağının iskat edilemeyeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. O halde, iskat Türk hukuku açısından, şirketin ortaksız kalması konusunda bir ihtimaldir. Tabiidir ki yukarıda da temas edildiği üzere, şirketin tek gerçek ya da tüzel kişi ortağının, ancak bütün paylarından doğan haklarından yoksun kalması üzerine şirketin ortaksız kalması gerçekleşir. Anonim ya da limited şirket ortağının sadece bir payı için mütemerit olması, kalan paylarına ait sermaye borcunun tamamının ödenmiş olması durumunda, iskat gerçekleşse de şirket ortaksız kalmaz.

Anonim veya limited şirketin ortaksız kalması ölüme bağlı bir tasarrufa da dayanıyor olabilir. Örneğin, şirketin tek pay sahibi, kendisi açısından maddî ve manevî bir önem de taşıyan şirketini mirasçı atayarak, ölümünden sonra da şirketin bazı amaçlarının gerçekleşmeye devam etmesini hedefliyor olabilir. Yukarıda temas ettiğimiz somut olayda da gerçekleştiği üzere, böyle bir durumda şirket payları küllî halefiyet gereğince şirket tüzel kişiliğine geçer ve şirket haricinde gerçek ya da tüzel kişi bir ortak kalmaz. Bu sonucun Türk hukuku açısından da kabul edilebilir olduğu kanaatindeyiz.

Limited şirketlerin ortaksız kalmasına dair yukarıda temas edilen ve Alman hukukunda limited şirkete has (Türk hukukunda karşılığı olmayan) özellikler dolayısıyla ortaksız kalması, Türk hukukunda da yaşanabilecek ihtimaller değildir. Gerçekten de Türk hukukunda limited şirketin payını geri çekmesi ya da ortağın ek ödeme yükümlülüklerinden kurtulması için payını şirkete tahsis etmesi imkânları mevcut değildir. O halde, hukukumuzda bu şekilde ortaksız kalabilecek şirket de yoktur.

Bir anonim ya da limited şirket hangi sebeple ortaksız hale gelirse gelsin, konuyla üzerinde tüm yazarların ittifak ettiği nokta, bu durumun sürdürülebilir olmadığıdır. Biz de bu kanaati taşıyoruz. Ancak, konuyla ilgilenen yazarlar arasında en çok tartışma yaratan şey, sürdürülebilir olmayan bu durumun ne zamana kadar devam edeceği. Kanaatimizce, ortaksız hale gelen şirketin tüzel kişiliği sona ermez. Şirketin tüzel kişiliği, ancak, şirkete dair bir sona erme sebebi gerçekleştiğinde ve gerekli tasfiye işlemleri tamamlanıp da şirketin kaydı ticaret sicilinden terkin edildiğinde sona erer. Ancak, şirketin ortaksız kalması ne TTK m. 529'da ne de TTK m. 636'da özel olarak bir sona erme sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme eksikliği, ortaksız hale gelmenin anonim ve limited şirketin sona ermesi açısından bir sebep olmasına engel teşkil etmez. Zira yukarıda da temas edildiği üzere, ortaksız kalmak aslında her iki şirket türü açısından bir organ yokluğu anlamına gelir. Organ yokluğu ise hem TTK m. 530 gereğince hem de m. 636/2 gereğince bir sona erme sebebidir.

Anonim ve limited şirketlerde ortaksız kalma durumunun ne zamana kadar tolere edilebileceği ve sona eren şirketin ne zaman tasfiye edilerek tüzel kişiliğini de kaybedeceği, yazarlar arasında uyuşmazlık yaratan bir diğer husustur. Diğer bir anlatımla, ortaksız hale gelen şirketin her zaman yeni bir ortağa kavuşarak yola devam etmesi mümkün ise de bunun ne zamana kadar gerçekleşebileceği belirsizdir. Kanaatimizce, ortaksız kalan anonim ve limited şirketin durumunu organ yokluğu bağlamında düşünmek, bu sorunu da çözer. TTK m. 530 ve m. 636/2'de "uzun süreden beri kanunen gerekli organlarından biri olmayan şirket"ten söz edilmektedir. Buradaki "uzun süre", konumuz açısından şirketin ortaksız kaldığı süredir. Bu suretle, öğretide tartışma yaratan bir şirketin ne kadarlık bir müddet için ortaksız kalabileceği sorusuna, TTK m. 530 hükmünden yararlanılarak cevap verilebilir. Buna göre, bir anonim ya da limited şirket, TTK m. 530 ve m. 636/2'de yer alan "uzun süre" ve buna ilâve edilecek "mahkemenin durumun TTK'ya uygun hale getirilmesi için verilecek süre" kadar ortaksız kalabilir. Öğretide bir görüşe göre, kanunda bu konuda somut bir belirlemenin yapılmamasının yerinde olduğu, çünkü bu konudaki boşluğun

doldurulmasının bilinçli olarak hâkimin takdirine bırakıldığı ifade edilmektedir<sup>78</sup>. Bu görüşe göre haklı olarak, organ eksikliği hangi organın türüne dayanıyor ise, o organın çalışma prensiplerine göre bir değerlendirme yapılmalıdır<sup>79</sup>. *Tekinalp*'e göre, organ eksikliği sebebiyle fesih davası açılabilmesi için bu durumun en az üç yıl sürmesi gerekmektedir<sup>80</sup>. *Soykan* da 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 81. maddesinden hareketle yine üç yıllık bir sürenin uygulanmasını önermektedir<sup>81</sup>. Kanaatimizce üç yıllık bir süre, bir şirketin ortaksız kalmasının kabul edilebileceği bir zaman dilimi açısından makuldür. Gerçekten de ortaksızlık en kesin ihtimal ile genel kurulun toplanmasını engelleyecek olduğu için, ortaksızlık bağlamında yapılacak değerlendirme de buna göre yapılmalı ve bizce, ortaksızlık durumunun üç yıldan uzun sürdüğü haller şirketin devamı açısından kabul edilmemelidir. Çünkü, anonim şirket genel kurulu ve limited şirket ortaklar genel kurulu hiç değilse yılda bir kez olağan genel kurul toplantısını en geç faaliyet döneminin sona ermesinden sonraki üç ayın sonunda toplanmalıdır. Ortaksızlık durumu bu bakımdan süreklilik kazanmış ise artık şirketin sona ermesi için gerekli icraî işlemler yapılmalıdır.

Üzerinde duracağımız son husus, tüm bu konularda kimin harekete geçebileceğidir. TTK m. 530 ve m. 636/2'de şirket ortakları ve alacaklıların mahkemeye başvuru hakkından söz edilse de konumuz açısından, gerekli başvuruları yapabilecek tek kişi olarak şirket alacaklıları kalmaktadır. TTK m. 210 hükmünün uygulanması açısından, kamu düzenine ya da işletme konusuna aykırı işlemlerde bulunmanın ya da bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ya da faaliyetlerde bulunmanın şart olması; TTK m. 353 hükmünün uygulanması açısından ise hukuka aykırılığın "şirketin kuruluşunda" gerçekleşmiş olmasının şart olması sebebiyle, kanaatimizce bu hükümler dışlanmalıdır. Zira, ortaksız kalmak ve bunun yaşanabileceği zaman dilimi, ilgili hükümlerin uygulanmasını haklı kılmamaktadır. Zaten, şirketin ortağı da bulunmadığından, çoğu zaman şirketin ortaksız kalmasından en büyük zararı (belki sermayenin iadesi sonucunu doğurmuş transferler sebebiyle) şirket alacaklıları görecektir. Dolayısıyla, ortaksız kalan şirketin sona ermemesi ve faaliyetlerine devam ederek borçlarını ödeyecek kazancı sağlamasından en büyük faydayı şirket alacaklıları görecektir.

<sup>78</sup> Özge Karaege, 'Anonim Şirketlerde Tek Pay Sahibinin Genel Kurulu Toplantıya Çağrı Yetkisi (TTK m. 410/II)' (2015) 19 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71, 93. Benzer yönde bkz. İsmail Cem Soykan, *Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu* (1st edn, Oniki Levha Yayınları) 293.

<sup>79</sup> Karaege (n 78) 93.

<sup>80</sup> Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (4th edn, Vedat Kitapçılık 2015) 196.

<sup>81</sup> Soykan (n 78) 293.

## **SONUÇ**

Araştırma ve incelemelerimiz sonucunda şu sonuçlara ulaşmış bulunmaktayız:

- 1- Türk hukuku açısından anonim ve limited şirketlerin kendi paylarını iktisap etmeleri sebebiyle ortaksız kalmaları ihtimali yoktur. Çünkü, Türk hukukunda anonim ya da limited tek ortağının kendisi olacağı şekilde kendi paylarını iktisap etmesi ya da ettirmesi yasaklanmıştır. Alman hukukunda ise, özellikle ivazsız iktisaplar açısından bakıldığında Anonim ya da limited şirketlerin kendi paylarını iktisap ederek ortaksız kalmalarının bir risk olarak ortaya çıktığı görülmektedir.
- 2- Türk hukuku açısından yapılacak bir değerlendirmede, anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesine yol açan ya da bu amaca matuf işlemler yapılmışsa bu işlemlerin hükümsüz olduğu ifade edilmelidir. Türk hukukuna göre bu nitelikteki işlemler hükümsüz olduğundan pay sahipliği yapısı aslında değişmemiştir. Bu konuda bir tespit davası açılabilir. Ancak Alman hukukunda, şirketin tek ortağının kendisi olacağı şekilde paylarını iktisap edemeyeceği ya da ettiremeyeceği yönünde bir hüküm bulunmadığı için ivazsız iktisaplar açısından bu tartışmanın yapılmasına gerek yoktur.
- 3- Iskat ve anonim ya da limited şirketin kendisini mirasçı olarak ataması, Türk ve Alman hukukları açısından şirketin ortaksız kalması bağlamında bir ihtimaldir.
- 4- Ortaksız şirket kavramı ile ilgili olarak her iki hukuk sisteminde de yapılan açıklamalarda ortak nokta şudur ki şirketin ortaksız kalması sürdürülebilir değildir. Bir müddet sonra ya şirket tasfiyeye girmeli ya da yeni bir ortakla yoluna devam etmelidir.
- 5- Türk hukuku açısından yapılacak bir değerlendirmede, şirketin ortaksız kalabileceği sürenin en fazla, organ yokluğunun TTK m. 530 ve m. 636/2'yi uygulamayı gerektirecek ve bunun üzerine mahkemece verilecek sürenin toplamı kadar olabileceği savunulabilir. Sonrasında ya ortaksızlık durumu ortadan kalkar ya da şirket sona e-tasfiye sürecine girer.
- 6- Ortaksız kalan şirketin sürdürülebilir olmayan bu durumunun ortadan kaldırılması için ya şirket yönetimi ya da şirket alacaklıları harekete geçebilir. Yukarıda ileri sürdüğümüz gerekçeler doğrultusunda kanaatimiz odur ki bu çare her iki hukuk sistemi açısından da başvurulabilecek bir yoldur. Örneğin, şirket yönetimi, şirkete yeni bir ortak alarak ortaksızlığı bitirebilir. Şirket alacaklıları ise, organ yokluğu sebebiyle TTK m. 530 ve m. 636/2'deki süreci işletebilirler.

**Araştırma ve Yayın Etiği Beyanı**

Bu çalışma bilimsel araştırma ve yayın etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

**Yazarların Makaleye Olan Katkıları**

Yazar 1'in makaleye katkısı %100'dür.

**Destek Beyanı**

Araştırmada herhangi bir kurumdan destek alınmamıştır.

**Çıkar Beyanı**

Bu çalışmada herhangi bir çıkar çatışması bulunmamaktadır.

**Statement Regarding Research and Publication Ethics**

The study has been composed on the basis of the scientific research and the publication ethics rules.

**Authors' Contributions**

Author 1 has contributed %100 to the study.

**Statement Regarding Financial Support**

Author states no funding involved.

**Statement Regarding Conflict of Interest**

Author states no conflict of interest.

**KAYNAKÇA**

Altmeppen H, *Gesetz Betreffend Die Gesellschaften Mit Beschränkter Haftung - Kommentar* (11th edn, Verlag C H Beck 2023)

Ansay T, *Anonim Şirketler Hukuku* (3rd edn, Sevinç Matbaası 1970)

Arat A, 'Medeni Kanunumuza Göre Kişi Topluluklarının Mirasçılığı' (2016) 5 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99

Arslanlı H, *Anonim Şirketler I - Umumi Hükümler* (2nd edn, Fakülteler Matbaası 1959)

Arslanlı H and Domaniç H, *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması [III]* (Birinci Basıdan Tıpkı 2 Bası, Vedat Kitapçılık 2011)

Atakan MC, 'Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabının Sonuçları' (2021) 12 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 363

Ayan Ö, 'Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı ile Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları (TTK 379)' (2013) 17 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185

Aydoğan F, *Tek Kişi Ortaklığı* (1st edn, Vedat Kitapçılık 2012)

Ayhan R, Çağlar H and Özdamar M, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (4th edn, Yetkin Yayıncılık 2022)

Bachmann G, 'AktG § 262 [Auflösungsgründe]', *beck-online.GROSSKOMMENTAR (GesamtHrsg: Henssler, Hrsg: Stilz/Veil)* (Verlag C H Beck 2024)

Berner K, 'GmbHG § 60 [Auflösungsgründe]', *Münchener Kommentar GmbHG* (4th edn, Verlag C H Beck 2022)

Çamoğlu E, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri* (1st edn, Vedat Kitapçılık 2020)

Çelik A, 'Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma' (2009) 17 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171

Domaniç H, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması [II]* (Birinci Basından 2 Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2011)

Fichtelmann H, 'Die Fortsetzung Einer Aufgelösten GmbH' (2003) 02 Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht (GmbHR) 67 ff.

Fleischer H, 'Die Erfolgsgeschichte Der Limited Liability Company in Den Vereinigten Staaten' (2022) 22 Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht (GmbHR) 1179 ff.

—, 'GmbHG § 1 [Zweck; Gründerzahl]', *Münchener Kommentar GmbHG*, vol I (4th edn, Verlag C H Beck 2022)

Fleischer T, 'GmbHG § 33 [Erwerb Eigener Geschäftsanteile]', *Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht* (6th edn, Verlag C H Beck 2024)

Geißler M, 'Die Bedeutung Und Funktion Des Gesellschaftszwecks Und Des Unternehmensgegenstands in Der GmbH' (2021) 19 Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht (GmbHR) 1023 ff.

Heinzmann F, 'Die Neuordnung Der Kapitalverhältnisse Bei Sanierung Der GmbH Die Sanierungsklausel Im Gesellschaftsvertrag Der GmbH' [1994] Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg 118

Hohlfeld M, 'Der Gesellschafter Einer Mehrpersonen-GmbH Ist Zur Übernahme Des Notgeschäftsführeramtes Nicht Verpflichtet. Die Gegen Seinen Willen Erfolgte Bestellung Zum Notgeschäftsführer Ist Aufzuheben. [KG Berlin Beschluß v. 04.04.2000 – 1 W 3052/99]' (2000) 13 Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht (GmbHR) 660 ff.

- Karaahmetoğlu İÖ, *Limited Şirketin Temsili* (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2018)
- Karaege Ö, 'Anonim Şirketlerde Tek Pay Sahibinin Genel Kurulu Toplantıya Çağrı Yetkisi (TTK m. 410/II)' (2015) 19 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71
- Kendigelen A, 'Sermaye Şirketleri/Limited Şirket-Kavram, Unsurlar ve Kuruluş', *Kendigelen-Kırca: Şirketler Hukuku - Cilt III (Sermayesi Paylara Bölünmüş [Paylı] Komandit Şirket ile Limited Şirket)* (1st edn, Oniki Levha Yayınları 2022)
- Kersting C, 'GmbHG § 33 [Erwerb Eigener Geschäftsanteile]', *Noack/Servatius/Haas, GmbH-Gesetz* (23rd edn, Verlag C H Beck 2022)
- Kervankıran E, *Anonim Şirketlerin Tasfiyesi* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2015)
- Koch J, 'AktG § 262 [Auflösungsgründe]', *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, vol IV* (5th edn, Verlag C H Beck 2021)
- Leuering D and Rubner D, 'Nachschusspflicht Und Abandonrecht Nach §§26, 27 GmbHG' [2021] *Neue Juristische Wochenschrift Spezial* 143
- Lieder J, 'GmbHG § 13 [Juristische Person; Handelsgesellschaft]', *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, vol I* (4th edn, Verlag C H Beck 2023)
- , 'Die Österreichische Flexible Kapitalgesellschaft – Kein Vorbild Für Deutschland' [2024] *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 915
- , 'Rechtstatsachen Zu Eigenen Geschäftsanteilen Bei Der GmbH' (2024) 10 *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht (GmbHHR)* 517 ff.
- Mayr J, 'Partnerschaft Oder GmbH? Überlegungen Zur Wahl Der Rechtsform Bei Zusammenschlüssen von Angehörigen Freier Berufe' [1996] *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern* 61
- Merkt H, 'GmbHG § 13 [Juristische Person; Handelsgesellschaft]', *Münchener Kommentar GmbHG, vol I* (4th edn, Verlag C H Beck 2022)
- Michalski L and Schulenburg V, 'Pfändung von Kaduzierungsansprüchen Und Kaduzierung Bei Einmann-Gesellschaften' [1999] *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 431



Pentz A, 'AktG § 42 [Einpersonen-Gesellschaft]', *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, vol I (6th edn, Verlag C H Beck 2024)

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (12th edn, Vedat Kitapçılık 2010)

—, *Ortaklıklar Hukuku II* (14th edn, Vedat Kitapçılık 2019)

Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (6th edn, Adalet Yayınevi 2020)

Schall A, 'Offene Zurechnungsfragen in Der Lieferkette – Zur Auslegung Des § LKSG § 2 LKSG § 2 Absatz VI 3 LkSG' [2022] *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 1235

Schindler H, 'GmbHG § 33 Erwerb Eigener Geschäftsanteile', *BeckOK GmbHG, Ziemons/Jaeger/Pöschke* (61. Edition, Verlag C H Beck 2024)

Schlüter A, 'Die Gemeinnützige GmbH (II)' (2002) 12 *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht (GmbHR)* 578 ff.

Schmidt J, 'GmbHG § 1 [Zweck; Gründerzahl]', *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz*, vol I (4th edn, Verlag C H Beck 2023)

Şener OH, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku (Ders Kitabı)* (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2019)

Şenocak K, 'Anonim Ortaklıkta Iskat Kararının Sonuçları' (2007) 11 *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 279

Servatius W, 'GmbHG § 1 Zweck; Gründerzahl', *Noack/Servatius/Haas, GmbH-Gesetz* (23rd edn, Verlag C H Beck 2022)

Sosnitza O, 'GmbHG § 33 [Erwerb Eigener Geschäftsanteile]', *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz, Begründet von Prof. Dr. Lutz Michalski)*, vol I (4th edn, Verlag C H Beck 2023)

—, 'GmbHG § 34 [Einziehung von Geschäftsanteilen]', *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz, Begründet von Prof. Dr. Lutz Michalski)*, vol I (4th edn, Verlag C H Beck 2023)

Soykan İC, *Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu* (1st edn, Oniki Levha Yayınları 2012)

—, *Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu* (1st edn, Oniki Levha Yayınları)

Steding R, 'Die Gesellschaftlose GmbH - Eine Rechtlich Zulässige Unternehmensvariante?' [2003] *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 57

Strohn L, 'GmbHG § 34 [Einziehung von Geschäftsanteilen]', *Münchener Kommentar GmbHG*, vol I (4th edn, Verlag C H Beck 2022)

Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (4th edn, Vedat Kitapçılık 2015)

Thiel J and Horst E, 'Die Privatsphäre Der Kapitalgesellschaft – Das Atlantis Des Körperschaftsteuerrechts– Zugleich Besprechung Des BFH–Urteils Vom 24. 3. 1993 – I R 131/90' [1993] *Deutsches Steuerrecht* 1881

Verse DA, 'GmbHG § 13 Juristische Person; Handelsgesellschaft', *Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht* (6th edn, Verlag C H Beck 2024)

Wagner C, 'Aktuelles Zur Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen Und Abfindungsbeschränkungen in Der Notariellen Praxis' [2022] *Rheinische Notar-Zeitschrift* 181

Weinmann PS, 'Die Gesellschafterlose GmbH' [2024] *Recht der Familienunternehmen [RFamU]* 293 ff.

Wimmer R, 'Gründung Und Beendigung von Juristischen Personen (Teil I)' [1995] *Deutsches Steuerrecht* 1838

Zeilinger A, 'Die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen Als Instrument Zum Ausschluß Einzelner Gesellschafter Aus Der GmbH' (2002) 16 *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht (GmbHR)* 772

*OLG Hamburg, 2772023 - 2 U 2/23 - GmbH wird Erbin der eigenen Gesellschaftsanteile und damit mitgliederlos* [2023] *OLG Hamburg 2 U 2/23, 2024 NZG* 252

## **AİLE KONUTUNA İLİŞKİN TMK M. 194/I SINIRLAMASI VE AİLE KONUTU ŞERHİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ (\*)**

### ***The Limitation on Family Home Under TCC Art. 194/I and the Legal Nature of The Family Home Annotation***

  **Elif İdil ERTOP YAVUZ (\*\*)**

#### **ÖZET**

Türk Medeni Kanunu'nun "Aile Konutu" başlıklı 194. maddesi, aile konutu ile ilgili özel bir koruma getirmektedir. Eşlerden birinin aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedebilmesi, aile konutunu devredebilmesi veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlandırabilmesi diğer eşin açık rızasına bağlanmıştır. Ayrıca aynı maddenin üçüncü fıkrasında, aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eşe, tapu müdürlüğünden aile konutu şerhi talep edebilme imkânı getirilmiştir. Aile konutu ile ilgili getirilen bu düzenlemelerin hukuki niteliği öğretide görüş ayrılıklarına sebebiyet vermekte, Yargıtay kararlarında da bu hususta yeknesaklık bulunmamaktadır. Aile konutu düzenlemelerinin temel amacını oluşturan aile birliğinin ve eşlerin menfaatinin korunması ile üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunması arasındaki menfaat dengesi hassas bir şekilde gözetilmelidir. Bu hususta aile konutu niteliğinde olan ancak üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan taşınmazı tapuda malik eşten edinen karşı taraf bakımından iyiniyete ilişkin bir korumanın gündeme gelip gelmeyeceği ayrıca önem arz etmektedir. Çalışmamızda aile konutuna ilişkin sınırlama ve aile

\* Araştırma makalesi  
(Research Article).

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir  
(This article has been checked for plagiarism and peer reviewed).

Gönderim Tarihi (Submitted): 23.01.2025. Kabul Tarihi (Accepted): 19.02.2025.

\*\* Araştırma Görevlisi, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı; Doktora Öğrencisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı.

konutu şerhinin hukuki niteliği öğretideki görüşler ve yargı kararları çerçevesinde ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Aile konutu, Aile konutu şerhi, Eşin rızası, İyiniyetli üçüncü kişi, İşlem tarafı.

## ABSTRACT

The Article 194 of the Turkish Civil Code, titled "Family Home," provides an exclusive protection regarding the family home. The ability of one of spouses to cancel contract of rent regarding family home, transfer the family home, or restrict the rights over family home is contingent upon the explicit consent of the other spouse. Additionally, the third paragraph of the same Article provides the opportunity for the spouse who is not the owner of the real property which is designated as family home the right to request a family home annotation from the land registry office. The legal character of these regulations regarding family home causes disagreements in legal doctrine, and there is no uniformity in this regard in the decisions of the Supreme Court of Appeals. The balance of interests between the protection of the family unity and the interests of the spouses, which constitutes the main purpose of family home regulations, and the protection of the good faith of third parties, should be observed sensitively. In this regard, it is particularly important to consider whether there will be a protection of good faith for the other party who acquires the immovable property, which is a family home but does not a family home annotation on it, from the owner spouse in the title deed. In our study, the limitation on family home and the legal nature of the family home annotation were evaluated in detail within the framework of the opinions in the doctrine and judicial decisions.

**Key Words:** Family home, Family home annotation, Consent of the spouse, Third party in good faith, Transaction party.

## GİRİŞ

Aile konutu ile ilgili işlemlerde diğer eşin rızasının düzenlendiği TMK m. 194/I ve aile konutu şerhinin düzenlendiği TMK m. 194/III çalışmamızın ana konusunu oluşturmaktadır.

Çalışmamızda aile konutunun tanımı ve unsurlarına, eşlere tanınan hukuki işlem serbestisinin bir istisnası olarak değerlendirilen TMK m. 194/1 hükmünün hukuki niteliğine, bu konuda diğer eşin rızasının şekline ve zamanına değinildikten sonra, tartışmaların ana noktalarından birini oluşturan, eşin rızası alınmadan aile konutu üzerinde işlem yapılması ve işleme taraf olan kişilerin iyiniyetinin korunup korunmaması ile ilgili tartışmalara yer verilecektir.

Aile konutu şerhi, aileyi ve eşi korumak noktasında büyük öneme sahiptir. Aynı zamanda bu şerh, üçüncü kişilerin iyiniyetle hak kazanımını da engelleyici niteliği haizdir. Çalışmamızda aile konutu şerhi, şerhin konusu, etkisi, kurulması ve terkinin de ayrıntılı olarak incelenecektir.

## I. AİLE KONUTUNUN TANIMI VE UNSURLARI

### A. Aile Konutunun Tanımı

"Aile konutu", 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nde <sup>1</sup> (eMK) yer almayan, hukukumuzda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>2</sup> ile giren bir kavramdır. Aile konutuna dair düzenlemeler TMK m. 194'te yer almaktadır. Madde metninde aile konutunun tanımına yer verilmemiş olsa da gerekçede "*Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.*" şeklinde tanımlanmaktadır<sup>3</sup>.

Aile konutu ile ilgili ayrıca TMK m. 240, 254, 279 ve 652'de de düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler ağırlıklı olarak mal rejimleri ve miras hukuku ile ilgili düzenlemeler olup bu çalışmanın kapsamı dışında kaldığından bu çalışmada ayrıca üzerlerinde durulmayacaktır.

Aile konutu, öğretilerde yazarlar tarafından farklı şekillerde tanımlanmıştır.

Acar aile konutunu, "*Ailenin kullanımına özgülenmiş, dolayısıyla ailevi faaliyetlerin merkezini oluşturan ve bu bağlamda konut işlevine sahip, genellikle sabit nitelikte mekân*"<sup>4</sup>; Akıntürk/Ateş, "*eşlerin beraberce seçmiş oldukları ve varsa çocuklarıyla*

<sup>1</sup> Türk Kanunu Medenîsi, Kanun Numarası: 743, Kabul Tarihi: 4.4.1926, RG 4.4.1926/339 (Mülga).

<sup>2</sup> Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

<sup>3</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin gerekçesi (Erişim: <https://app.e-uyar.com/gerekce/index/2ae1e402-33a9-4f26-8347-6a0a9353f1bd> , 30.10.2023).

<sup>4</sup> Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı* (5. Bası, Seçkin 2016) 15.

*birlikte eylemli olarak içinde yaşadıkları ortak konut<sup>5</sup>*; Çabri, *“eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği ve fiili olarak oturdukları yer<sup>6</sup>”*; Dural/Öğüz/Gümüş, *“Eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında ortak yaşamı sürdürmenin gerekli kıldığı ‘bir yerde ortak olarak oturma ihtiyacının’ giderilmesinde kullanmak üzere sürekli olarak seçtikleri, kısaca aile yaşamlarının merkezi durumuna getirdikleri konut olarak kullanmaya elverişli taşınır veya taşınmaz yer<sup>7</sup>”*; Erdem, *“Eşlerin, evlilik birliğini sürdürme ve oturma ihtiyacını karşılama amacıyla edindikleri ve aynı zamanda üçüncü kişilere karşı, evlilik birliğinin mekânsal konumu olarak gösterdikleri yer<sup>8</sup>”*; Gençcan, *“sürekli olarak barınmak üzere kullanılan ve aile yaşamının yoğunlaştığı oturma yeri<sup>9</sup>”*; Kılıçoğlu, *“resmen evli karı kocanın birlikte yaşadıkları ortak konut<sup>10</sup>”*; Şıpka, *“eşlerin -varsa çocuklarıyla birlikte- yaşamsal faaliyetlerinin büyük bir bölümünü içinde geçirdikleri ortak mekan<sup>11</sup>”* olarak tanımlar.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2006 tarihli bir Kararında<sup>12</sup> aile konutu, *“eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, buna göre yaşantısına yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı alan”* olarak tanımlanmıştır.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından 11.6.2014 tarihinde yayınlanan 2014/4 sayılı “Aile Konutu – Mal Rejimleri – Çocuk Malları” konulu Genelgede aile konutu *“...eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri mekandır.”* şeklinde tanımlanmaktadır.

Öğreti ve yargı kararlarındaki çeşitli tanımlardan yola çıkılarak aile konutu, *“Evlilik birliğinin kurulmasından sona ermesine kadar eşlerin ve varsa çocuklarının sürekli kullanmak ve yaşamsal faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere oturduğu, ailevi faaliyetlerin merkezi olan mekân”* olarak tanımlanabilir.

<sup>5</sup> Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, Cilt 2 (25. Bası, Beta 2024) 121.

<sup>6</sup> Sezer Çabri, ‘Aile Konutu Şerhi’ Çetingil ve Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı (Çizgi 2007) 401, 402.

<sup>7</sup> Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, Cilt III (17. Bası, Filiz 2022) 179.

<sup>8</sup> Mehmet Erdem, *Aile Hukuku* (2. Bası, Seçkin 2018) 216.

<sup>9</sup> Ömer Uğur Gençcan, *Aile Hukuku* (1. Bası, Yetkin 2016) 633.

<sup>10</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (5. Bası, Turhan 2020), 192.

<sup>11</sup> Şükran Şıpka, ‘Türk – İsviçre Hukuku’nda Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler’ in Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Sayın ve Nesli Şen Özçelik (eds), *Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk – İsviçre Hukuku* (17 – 18 – 19 Şubat 2016) (Yetkin 2017) 625.

<sup>12</sup> Yargıtay HGK, 2-591/624, 4.10.2006.

4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un<sup>13</sup> "Evllenme, boşanma ve evliliğin genel hükümleri" başlıklı 9. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca TMK'nın evliliğin genel hükümlerine ilişkin hükümleri Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulan evliliklere de uygulanacağından, aile konutuna ilişkin düzenlemeler, kanun yürürlüğe girmeden kurulmuş ve günümüzde devam etmekte olan evliliklere de uygulanmaktadır.

Aile konutu ile ilgili düzenleme TMK'nın "*Evliliğin Genel Hükümleri*" başlığı altında düzenlenmekte olup eşler arasındaki mal rejiminin ne olduğu fark etmeksizin bütün rejimlere uygulanan genel bir hükümdür.

## B. Aile Konutunun Unsurları

Bir konutun aile konutu sayılabilmesi için öncelikle evlilik birliği kurulmuş olmalıdır<sup>14</sup>. Evlilik birliği, TMK m. 185/1'de de belirtildiği üzere "*evlenme*" ile kurulur. Aile konutu, evlilik birliğinin başlangıcından sona ermesine kadar varlığını sürdürür<sup>15</sup>. Aile konutuna ilişkin koruma, evliliğin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Bu durumda evliliği sona erdirmeyen terk, ayrılık kararı, uzaklaştırma kararı durumlarında da aile konutu varlığını sürdürmektedir. Boşanma ya da butlan davalarında mahkeme kararı kesinleşinceye kadar konut, aile konutu niteliğindedir<sup>16</sup>.

Bir konutun aile konutu sayılabilmesi için eşlerin konutu sürekli olarak kullanma niyeti taşıması gerekir. Ancak bu "süreklilik" unsurunun ebedi olması aranmaz<sup>17</sup>. Süreklilik unsuru, eşlerin, konutu yaşamlarının merkezi olarak kararlaştırmalarına ilişkin iradelerinin olması anlamına gelmektedir<sup>18</sup>.

Konut, eşlerin ve varsa çocuklarının ortak kullanımına özgülenmiş ve fiilen kullanılıyor olmalıdır. Aile konutu, bir taşınır ya da tapusuz bir taşınmaz da olabilir<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4722, Kabul Tarihi: 3.12.2001, RG 8/12/2001/246007.

<sup>14</sup> Çabri (n 6) 402; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler* (2. Bası, Vedat 2007) 20.

<sup>15</sup> Acar (n 4) 22 – 23.

<sup>16</sup> Gümüş, *Yeni Şerhler* (n 14) 22; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 10) 198; Oğuzhan Ertekin, *Aile Konutu ve Aile Konutu Şerhi* (1. Bası, Adalet 2021) 72; Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması* (1. Bası, TBB Yayınları 2004) 65. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2 HD, 16440/2464, 28.2.2006.

<sup>17</sup> Acar (n 4) 20; Gençcan, *Aile Hukuku* (n 9) 634.

<sup>18</sup> Ertekin (n 16) 24.

<sup>19</sup> Gümüş, *Yeni Şerhler* (n 14) 21.

Ancak tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda, TMK m. 194/III'te düzenlenen aile konutu şerhinden bahsedilemez<sup>20</sup>.

Kural olarak tek bir konut aile konutu olabilir. Bu bağlamda eşler tarafından "yaşamlarının merkezi" olarak nitelendirilmeyen, düzenli olarak kullanılmayan, tali nitelik taşıyan yazlık ev, dağ evi gibi evlerin aile konutu kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir<sup>21</sup>. Ancak eşlerin bazı sebeplerle örneğin eğitim sebebiyle oturma faaliyetlerini düzenli ve süre olarak eşit sayılabilecek şekilde birden fazla konutta sürdürme durumları varsa, istisnai olarak aile konutunun birden fazla olması mümkündür<sup>22</sup>.

Bir konutun aile konutu olabilmesi için taşınması gereken için bir diğer unsur, konutun kullanılmasının aynı ya da şahsi bir hakka dayanıyor olmasıdır. Bu kapsamda konut kişisel ya da edinilmiş mal olabilir, konut üzerindeki hak paylı mülkiyete dayanabilir<sup>23</sup>. Lojmanlar, kapıcı daireleri ve ikincil nitelikteki konutlar aile konutuna ilişkin korumanın dışındadır<sup>24</sup>.

Paylı mülkiyete tabi bir taşınmaz aile konutu niteliği taşımaktaysa Yargıtay, taşınmazın belli bir amaca özgü olduğu gerekçesiyle ortaklığın giderilmesinin talep edilemeyeceğini kabul etmektedir<sup>25</sup>. Yargıtay'ın bu kararı öğretide eşlerin belirlediği aile konutu olma statüsünün paydaşlara paylı mülkiyet ilişkisine devam etme zorunluluğunun yüklenemeyeceği ve bir paydaşın ortaklığın giderilmesi davası açma hakkının böyle engellenemeyeceği düşüncesiyle eleştirilmektedir<sup>26</sup>.

Hem konut hem işyeri olarak kullanılan mekanların aile konutu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Öğretide ileri sürülen bir görüş<sup>27</sup>, hem

<sup>20</sup> Acar (n 4) 21.

<sup>21</sup> Ayan (n 16) 66.

<sup>22</sup> Acar (n 4) 33; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan 2015) 301; Gençcan, *Aile Hukuku* (n 9) 643; Şıpka, 'Eşin Rızası' (n 11) 625. Aynı yönde Yargıtay HGK için bkz. Yargıtay HGK, 473/92, 12.2.2014. Aksi yönde görüş için bkz. Erdem (n 8) 221; Gümüş, *Yeni Şerhler* (n 14) 22.

<sup>23</sup> Acar (n 4) 34; Mustafa Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri* (1. Bası, Vedat 2008) 68-69. Aynı yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. Yargıtay HGK, 401/473, 4.11.2009.

<sup>24</sup> Gençcan, *Aile Hukuku* (n 9) 650; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 10) 193; Şebnem Nebioğlu Öner, 'Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri' (2011) 24 (97) TBB Dergisi 117, 136.

<sup>25</sup> Yargıtay 6 HD, 3894/7583, 29.9.2009.

<sup>26</sup> Acar (n 4) 35.

<sup>27</sup> Adem Baştürk, 'Türk Hukukunda Aile Konutu, Aile Konutuna İlişkin Sınırlandırmanın Hukuki Niteliği ve Üçüncü Kişilere Etkisi' (2007) 5 (53) Legal Hukuk Dergisi 1523, 1536; Ebru Ceylan, 'Yeni Türk



işyeri hem konut olarak kullanılan bir mekân aile konutu özelliklerini taşıyorsa, aile konutunun var olduğunu kabul etmektedir. Öğretideki bir diğer görüş ise<sup>28</sup> “*baskın olan kullanım biçimine*” göre karar verilmesi gerektiğini, mesleki ve ticari faaliyet yönü ağır basıyorsa bu mekânın aile konutu olarak değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır.

Konutun aile konutu olup olmadığı hususunda bir çekişme varsa taraflar aile mahkemesinden konutun aile konutu olup olmadığının tespitini talep edebilirler<sup>29</sup>. Bir konutun aile konutu olduğunu iddia eden taraf bunu ispatla yükümlüdür<sup>30</sup>.

## II. EŞLERE TANINAN HUKUKİ İŞLEM SERBESTİSİ VE ÖNGÖRÜLEN SINIRLAMALAR

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda, 743 sayılı eMK’nın, kadın eşin kişisel mallarına ya da mal ortaklığına tabi mallar ile ilgili eşlerin birbirleriyle ya da üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde sulh hukuk mahkemesinin iznini almalarına dair 169. madde düzenlemesi kapsama alınmamıştır. Böylece eşler işlem ehliyeti açısından eşit hale getirilmiş ve kadının evlenmekle sınırlı ehliyetli kategorisine girmesi düzenlemesi kaldırılmıştır<sup>31</sup>.

TMK m. 193’te “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir.*” denilmek suretiyle kural olarak eşlerin hukuki işlem yapmak hususunda serbest oldukları; ancak bunun kanun hükümleri ile sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Eşlere tanınan hukuki işlem serbestisi ile ilgili bu düzenleme mehz İsviçre Medeni Kanunu’nun (ZGB) 168. maddesinden aynen çeviri yoluyla iktibas edilmiştir.

Kural, eşlerin her türlü hukuki işlemi tek başına yapabilmesi olmasına rağmen, hukukumuzda buna getirilen sınırlamalar bulunmaktadır. Bu sınırlamalar Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nda<sup>32</sup> (TBK) yer almaktadır. Kanunlarda öngörülen bu sınırlamalar, özellikle aileyi, çocukları ve eşleri korumaya yöneliktir.

---

Medeni Kanunu’nda Aile Konutunun Önemi’ (2017) (128) TBB Dergisi 203, 208; Nebioğlu Öner (n 24) 135; Öztan (n 22) 302.

<sup>28</sup> Acar (n 4) 44.

<sup>29</sup> Gençcan, *Aile Hukuku* (n 9) 660.

<sup>30</sup> Öztan (n 22) 299.

<sup>31</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Kanun’umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler* (3. Bası, Turhan 2014) 46; Şıpka, ‘Eşin Rızası’ (n 11) 624.

<sup>32</sup> Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

Kanun koyucu ailenin ve çocukların menfaatlerini ön planda tutarak bir menfaat dengesi yaratmaya çalışmakta, bu kapsamda bazı hukuki işlemlerde eşlere birtakım sınırlamalar getirerek diğer eşin rızasını almalarını şart koşmaktadır<sup>33</sup>.

Aile konutu ile ilgili TMK m. 194/l'de yer alan "diğer eşin rızası", hâkimin ailenin ekonomik varlığının korunması ya da evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin gerektirdiği ölçüde eşlerden birinin talebiyle belirli malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak diğer eşin rızası ile yapılabileceğine dair karar verebileceğinin düzenlendiği TMK m. 199/l, eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne Türk Medeni Kanunu ile getirilen kısıtlamalara örnek olarak gösterilebilir.

Kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızası ile ilgili TBK m. 584 ve kefaletin şekline, ehliyeteye ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer sözleşmelere de uygulanacağını düzenlendiği TBK m. 603 uyarınca, başka adlarla yapılacak kişisel güvence içeren sözleşmelerde eşin rızasının aranacağına ilişkin düzenlemeler de eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne kanunla getirilen diğer bazı sınırlamalardır<sup>34</sup>.

### III. AİLE KONUTUNA İLİŞKİN TMK M. 194/I SINIRLAMASI

#### A. TMK m. 194/I Sınırlamasının Hukuki Niteliği

Aile konutuna ilişkin düzenlemelerin yer aldığı TMK m. 194 hükmünün birinci fıkrasında, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça eşlerin birbirleriyle ve üçüncü kişilerle serbestçe hukuki işlem yapabileceklerinin hükme bağlandığı TMK m. 193 hükmünün bir istisnası bulunmaktadır. Buna göre: "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz." Aile konutu ile ilgili düzenlemenin amacı evlilik birliğinin, ailenin ve çocukların korunmasıdır<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Ertekin (n 16) 81.

<sup>34</sup> Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1 (19. Bası, Vedat 2021), 183; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 10) 186.

<sup>35</sup> Verena Bräm and Franz Hasenböhler, 'Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB)' in Verena Bräm (ed), *Reihe ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. II/1c* (3. Auflage, Schulthess, 1998) 393 N. 7 ; Ayan (n 16) 71; Baştürk (n 27) 1537; Ömer Uğur Gençcan, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu*, Cilt 2 (Madde 185 – 494) (1. Bası, Yetkin 2021) 1466; Öztan (n 22) 295.

Aile konutu ile ilgili tasarruflarda diğer eşin rızasının bulunmasının şart koşulduğu düzenleme, eşin iradi işlemleri için geçerlidir<sup>36</sup>. Cebri icra ile satış ya da kamulaştırma gibi durumlarda diğer eşin rızası aranmaz<sup>37</sup>. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2019 tarihinden sonraki bazı kararlarında<sup>38</sup>, önceki kararlarıyla çelişkili olarak, cebri icra ile satılan ve mülkiyeti bankaya geçen bir taşınmazın aile konutu niteliği taşıdığı ve bu işlem diğer eşin rızası alınmadan yapıldığından banka adına yapılan tapu kaydının iptali gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararları eleştiriye açıktır. Zira cebri icra ile satışlarda TMK m. 705 gereği mülkiyet tescilden önce geçmekle birlikte konut, aile konutu olma özelliğini iradi olmayan bir tasarruf sonucu yitirmiş bulunmaktadır. Bu sebeple iradi olmayan işlemlerde diğer eşin rızasının aranması ve bu rızanın bulunmaması sebebiyle tapu kaydının iptaline hükmedilmesi isabetli değildir<sup>39</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2021/578, K. 2022/601 sayılı ve 26.4.2022 tarihli kararında da cebri icra ile satılan taşınmazın aile konutu niteliği taşıması ve diğer eşin rızasının olmaması sebebiyle tapu kaydının iptaline karar vermiştir. Karşı oy yazısında ise *"TMK'nın 194. maddesinde eşleri koruma amacının cebri icrayı da kapsamı için Kanunda bir düzenleme gereklidir."* denilerek İsviçre'de rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde diğer eşe ödeme emri gönderilmesine ilişkin bir düzenleme bulunduğu belirtilmiştir<sup>40</sup>. Biz de karşı oy yazısındaki fikre katılmakla birlikte

<sup>36</sup> Bräm and Hasenböhler (n 35) 396 N. 8.

<sup>37</sup> Çabri (n 6) 405. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2 HD, 25577/459, 15.1.2014; Yargıtay 2 HD, 23765/6269, 19.3.2014; Yargıtay 2 HD, 11414/12929, 11.06.2014; Yargıtay 2 HD, 24516/9172, 5.5.2015; Yargıtay 2 HD, 3641/9664, 11.5.2016; Yargıtay 2 HD, 10249/11294 8.6.2016; Yargıtay HGK, 2-2810/1721, 13.12.2017; Yargıtay HGK, 2-2935/1722, 13.12.2017.

<sup>38</sup> Yargıtay HGK, 2-318/1238, 28.11.2019; Yargıtay HGK 578/601, 26.4.2022; Yargıtay 2 HD, 10044/3613, 16.5.2024.

<sup>39</sup> Yargıtay'ın daha önce verdiği, cebri icra ile satışlarda TMK m. 194'ün uygulanamayacağına ilişkin kararlarının gerekçesi de bu yöndedir, Yargıtay HGK, 2-2810/1721, 13.12.2017: *"Somut olayda da haciz tarihinde borçlu ... adına kayıtlı dava konusu taşınmazın dava sırasında cebri icra yoluyla satıldığı, mülkiyetin icra vasıtasıyla yapılan satış sonucu davalı ...'e geçtiği (TMK.md.705/2), davalı ... tarafından açılan ihalenin feshi davasının da reddedilerek kesinleştiği anlaşılmaktadır. TMK'nın 705. maddesine ilişkin düzenleme dikkate alındığında cebri icra ile yapılan satışlarda mülkiyet tescilden önce alıcıya geçmektedir. Dolayısıyla dava tarihi itibarıyla aile konutu olarak kullanıldığı ileri sürülen taşınmaz iradi olmayan bir tasarruf sonucu aile konutu niteliğini yitirmiş duruma gelmektedir. Bu durumda TMK'nın 194. maddesi uyarınca işlem diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkmış ve davacının aile konutu korumasından yararlanma olasılığı kalmamıştır."* Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay HGK, 2- 2935/1722, 13.12.2017.

<sup>40</sup> Yargıtay HGK'nın 578/601, 26.4.2022 künyeli kararına yazılan karşı oya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr).

Yargıtay'ın bu yeni içtihatlarından kanuni düzenlemeye uygun olacak şekilde dönmesi gerektiği görüşündeyiz.

Eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen bu sınırlamanın hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bu sınırlamanın fiil ehliyeti sınırlaması olduğuna<sup>41</sup>, sözleşme özgürlüğünün kanuni bir sınırlaması olduğuna<sup>42</sup>, kanundan doğan bir geçerlilik koşulu olduğuna<sup>43</sup>, katılma hakkı olduğuna<sup>44</sup> ve tasarruf yetkisini sınırlandıran bir düzenleme olduğuna<sup>45</sup> dair görüşler bulunmaktadır.

Aile konutu ile ilgili tasarruflarda diğer eşin rızasının alınması gerektiğinin düzenlendiği TMK m. 194 hükmünün bir fiil ehliyeti sınırlaması içerdiğini savunan ve İsviçre öğretisinde de hâkim olan görüş, kanunun sistematik yorumundan hareket etmektedir. Bu görüşe göre<sup>46</sup>, bir önceki madde olan TMK m. 193'te eşlerin fiil ehliyetinin tam olduğu vurgulanmış olup bir sonraki maddede buna bir istisna

<sup>41</sup> Can Yalçın Armutcuoğlu, 'Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği' (2011) 17 (1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 413, 426; Gençcan, *Aile Hukuku* (n 9) 668; Süleyman Yalman, 'Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu' (2004) 12 (3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, 14.

<sup>42</sup> Kılıçoğlu, *Yenilikler* (n 31) 50.

<sup>43</sup> Emel Badur, 'Eşin Rızası' (2013) 26 (109) TBB Dergisi 251, 260; Emel Badur, 'Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Karşısında Aile Konutu Şerhinin (Ortadan Kalkan) Etkisi' (2015) 10 (110) *Terazi Hukuk Dergisi* 14, 23; Ertekin (n 16) 98; Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku Ders Kitabı* (5. Bası, Vedat 2016) 83; Leyla Müjde Kurt, 'Aile Konutu Şerhinin Hukuki Etkisi' (2018) 13 (146) *Terazi Hukuk Dergisi* 33, 37.

<sup>44</sup> Baştürk (n 27) 1544; Oğuzman ve Öz (n 34) 181; Mahmut Kamacı, 'Tapu Kütüğüne 'Aile Konutu Şerhi'nin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlik Süresi ve Terkin Sorunu' (2010) 36 (3) *Yargıtay Dergisi* 23, 29; Şıpka, 'Eşin Rızası' (n 11) 627.

<sup>45</sup> Ahmet Cahit İyilikli, 'Boşanma, Evliliğin İptali ya da Eşlerden Birinin Vefatının Aile Konutuna İlişkin Tasarrufun İptali Davasına Etkisi' (2018) (13) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 233, 244; Arzu Genç Arıdemir, 'Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2002/7 Sayılı, 11.06.2002 Tarihli Genelgesininin Aile Konutu Şerhine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' in Hüseyin Hatemi (ed), *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan* (Seçkin 2006) 125, 134; Çabri (n 6) 407; Davut Gürses, 'Aile Konutu Üzerinde Kurulan İpoteğin Eş Rızası Yokluğu Nedeniyle Yolsuz Hale Gelmesinden Kaynaklanan Zarardan Devletin Sorumluluğu' (2018) 29 (106) *Bankacılar Dergisi* 69, 74; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 7) 182; Erdem (n 8) 224; Gümüş, *Yeni Şerhler* (n 14) 37; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Yetkin 2022) 236; Murat Doğan, 'Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler' (2003) 4 (52) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 93, 109; Nurcihan Dalcı Özdoğan, 'Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi İle Diğer Eşin Rızası Alınmadan Yapılan Tasarruf İşlemi Kendiliğinden Geçerli Hale Gelir Mi?' (2018) 2 (8) *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 135, 144; Özcan Günergök, 'Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Ayni Hak İktisabı' (2009) 1-2 (8) *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 249, 276; Vehbi Umut Erkan, 'Türk Medeni Kanunu'nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları' (2018) 30 (134) *TBB Dergisi* 431, 441.

<sup>46</sup> Armutcuoğlu (n 41) 426; Gençcan, *Yorum* (n 35) 1485; Öztan (n 22), 317; Yalman (n 41) 16.

getirilmesi, fiil ehliyetinin sınırlandırıldığı şekilde değerlendirilmelidir. Fiil ehliyeti, ailenin korunması amacıyla sınırlandırılmaktadır. Bu görüşe göre eşin hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi açısından fiil ehliyeti sınırlandırılmış olmaktadır. Bu durumda eş, diğer eşin rızası olmadan örneğin hem taşınmaz satış sözleşmesi yapamayacak hem de tescil işlemini gerçekleştiremeyecektir<sup>47</sup>.

Özta'n'a göre<sup>48</sup> bu düzenleme, aile konutu ile ilgili işlemlerle sınırlı olarak eşin fiil ehliyetini sınırlamaktadır. Bu sebeple diğer eşin rızası alınmadan aile konutu ile ilgili yapılan borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri geçersiz olur<sup>49</sup>.

Fiil ehliyeti sınırlaması görüşü, öğretide fiil ehliyeti sınırlamalarının asıl amacının fiil ehliyeti sınırlanan kişiyi korumak olduğu<sup>50</sup>; ancak TMK m. 194/I ile getirilen düzenlemenin asıl amacının diğer eşi ve dolayısıyla aileyi korumak olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>51</sup>. Biz de aynı gerekçeyle TMK m. 194/I hükmünde yer alan sınırlamanın hukuki niteliğinin bir fiil ehliyeti sınırlaması olduğu görüşüne katılmamaktayız.

Aile konutuna ilişkin TMK m. 194 hükmünün sözleşme özgürlüğüne getirilen kanuni bir sınırlama olduğu görüşü<sup>52</sup>, eşlerin evlenmekle sınırlı ehliyetli olmadıklarını, hukuki işlem ehliyetine sahip olduklarını savunmaktadır. Kılıçoğlu'na göre, TMK m. 194/I hükmü ile eşlerin fiil ehliyeti de tasarruf yetkisi de sınırlandırılmamaktadır. Diğer eşin rızasının aranması kanun koyucu tarafından eşlerin sözleşme özgürlüğüne getirilen kanuni bir sınırlama olup eşlere birlikte hareket etme ve karar verme yükümlülüğü getirilmektedir. Kanun koyucu TMK m. 193 ile bir kural koymuş ve eşlerin her türlü hukuki işlemi tek başlarına yapabileceğini belirtmiş; ardından istisnai olarak TMK m. 194'te de "birlikte yapmak zorunda oldukları işlemleri" düzenlemiştir. Diğer eşin rızası alınmadan yapılan işlemler geçersizdir; ancak bu geçersizliğin sebebi ehliyetsizlik değil kanuni bir sınırlama olan "rıza"nın alınmamış olmasıdır<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> Bräm and Hasenböhler (n 35) 394 N. 10. Gençcan, TMK m. 194 hükmünün tapu kütüğünü kendiliğinden kilitlediğini, bunun için hâkim kararına gerek olmadığını savunmaktadır (Gençcan, *Aile Hukuku* (n 9) 658).

<sup>48</sup> Özta'n (n 22) 317.

<sup>49</sup> ibid 317.

<sup>50</sup> Örneğin TMK m. 451'de vesayet altındaki kişinin yükümlülük altına girebilmesi ya da bir haktan vazgeçebilmesi için vasinin izni aranması, ayırt etme gücüne sahip vesayet altındaki kişiyi korumak için getirilmiş olan bir hükümdür, Baştürk (n 27) 1539.

<sup>51</sup> Baştürk (n 27) 1539; Ertekin (n 16) 95 – 96; Kurt (n 43) 36; Şükran Şıpka, *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194)* (2. Bası, Beta 2004) 49.

<sup>52</sup> Kılıçoğlu, *Yenilikler* (n 31) 50.

<sup>53</sup> ibid 50.

Öğretide ileri sürülen bir diğer görüş<sup>54</sup> TMK m. 194 hükmünde yer alan diğer eşin rızasının kanundan doğan bir geçerlilik koşulu olduğunu, başka bir ifadeyle etkinlik unsuru olduğunu savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre TMK m. 194/I, fiil ehliyetine ya da tasarruf yetkisine ilişkin bir sınırlama değildir. Kanun koyucu aile konutu ile ilgili bazı işlemlerin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için diğer eşin rızasını bir etkinlik unsuru ve bu çerçevede geçerlilik koşulu olarak öngörmüştür. Rıza hem borçlandırıcı işlemlerin hem de tasarruf işlemlerinin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için gereklidir<sup>55</sup>. Rıza verilmediği sürece yapılan borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri askıda hükümsüzdür. Rıza daha sonradan verilirse bu işlem yapıldığı andan itibaren geçerli olur; aksi takdirde yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüzdür. Diğer eşin rızası bulunmadan yapılan işlemin geçersiz olmasının sebebi *"tamamlayıcı olgu"*nun eksik olmasıdır<sup>56</sup>.

Öğretide bir başka görüş<sup>57</sup>, bu sınırlamanın hukuki niteliğinin bir katılma hakkı olduğu yönündedir. Şıpka<sup>58</sup>, ailenin tüzel kişiliği bulunmayan bir ortaklık olduğunu ve kanun koyucu tarafından korunduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre TMK m. 194/I ile aile konutu üzerinde herhangi bir hakkı bulunmayan eşe katılım hakkı sağlanmıştır. Eşin rızası alınmadan aile konutu üzerinde yapılacak borçlandırıcı işlemler de tasarruf işlemleri de geçersiz olur. Bu bir askıda geçersizliktir; eş rıza verdiği takdirde hukuki işlem baştan itibaren geçerli hale gelir<sup>59</sup>.

Acar'a göre<sup>60</sup> TMK m. 194/I hükmünün hukuki niteliği *"aile hukukuna özgü bir birlikte karar verme hakkı"* olup hak veya fiil ehliyeti sınırlaması değildir. Burada ailenin ve diğer eşin korunması amaçlanmakta, işlemde her iki eş de etkilenmekte, kamusal ve özel iki yarar bulunmaktadır. Borçlandırıcı işlemin ve tasarruf işleminin geçerli olması diğer eşin katılımını gerektirmektedir<sup>61</sup>.

<sup>54</sup> Bräm and Hasenböhler (n 35) 396- 397 N. 14; Badur, 'Aile Konutu Şerhi' (n 43) 29; Badur, 'Eşin Rızası' (n 43) 260, Badur, diğer eşin rızasının işlem için bir geçerlilik unsuru olduğunu ve bu rıza bulunmadıkça işlemin geçerli olmayacağını savunmakla birlikte bu rızayı birlikte karar verme hakkı ile ilişkilendirmektedir. Ayrıca bkz. Ertekin (n 16) 98; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk (n 43) 83; Kurt (n 43) 37; Oğuzman ve Öz (n 34) 181

<sup>55</sup> Bräm and Hasenböhler (n 35) 397 N. 15; Kurt (n 43) 37.

<sup>56</sup> Kurt (n 43) 37.

<sup>57</sup> Acar (n 4) 48 – 49; Ayhan Uçar, '4721 Sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessese: Aile Konutu Müessesesi' (2006) 10 (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 395, 432; Baştürk (n 27) 1544; Kamacı, 'Şerh' (n 44) 29; Şıpka, Aile Konutu (n 50) 51.

<sup>58</sup> Şıpka, Aile Konutu (n 50) 49.

<sup>59</sup> ibid 49.

<sup>60</sup> Acar (n 4) 48 – 49.

<sup>61</sup> ibid 48 – 49. Aynı yönde görüş için bkz. Uçar, Aile Konutu (n 57) 432.

Öğretide katılma hakkı görüşü, katılma hakkının bir "çerçeve hak" olduğu ve eşlere belli bir hukuki işlemin tarafı olma yetkisi vermediği, evlilik birliğinin yönetimine ilişkin eşlere tanınan yetki ve yükümlülükleri ifade ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>62</sup>.

Türk hukukunda ağırlıklı görüş<sup>63</sup>, kanundaki sınırlamanın bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu yönündedir. Bu görüşe göre aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisi diğer eşi ve çocukları korumak amacıyla sınırlandırılmış olup aile konutu ile ilgili yapılan borçlandırıcı işlemler geçerli, tasarruf işlemleri geçersizdir. TMK m. 194 hükmü de aslında TMK m. 199 hükmü gibi tasarruf yetkisini kısıtlamakta ancak kanun koyucu, aile konutuna atfettiği özel önem dolayısıyla aile konutuna ilişkin hukuki işlemleri hâkim kararına gerek duyulmadan doğrudan diğer eşin rızasına bağlamaktadır. Bu sebeple eşin aile konutu üzerinde örneğin taşınmaz satış sözleşmesi yapması mümkün olabilecek; ancak tasarruf yetkisi olmadığı için tescil işlemini gerçekleştiremeyecektir. Tasarruf yetkisindeki eksiklikten dolayı yapılan tescil yolsuz bir tescil olacaktır. Böyle bir durumda eş, diğer tarafın uğradığı zararı da karşılamak durumunda kalacaktır.

Kanundaki sınırlamanın bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğuna dair görüş, eşlerin yalnızca tasarruf işlemlerinin geçersiz, borçlandırıcı işlemlerinin geçerli kabul edilmesi sonucunu doğuracağı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir<sup>64</sup>. Borçlandırıcı işlemin geçerli, tasarruf işleminin geçersiz olduğunun kabul edilmesi; aile konutu üzerinde diğer eşin rızasını almadan işlem yapan eşin tazminat sorumluluğunun doğmasına; böyle bir durum da TMK m. 194/1 ile amaçlanan sonucun boşa çıkmasına, eşin tazminat ödeme tehlikesi ile karşı karşıya kalmasına, dolayısıyla aile konutunun başka bir tehlike altına girmesine yol açabilir. Kanun koyucu tarafından ailenin, eşlerin ve çocukların korunması amacıyla getirilen bu düzenlemenin tasarruf yetkisi kısıtlaması olarak kabul edilmesi durumunda hükmün koruma amacıyla bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkar<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Gümüş, *Yeni Şerhler* (n 14) 37.

<sup>63</sup> Ayan (n 16) 83; Çabri (n 6) 407; Dalcı Özdoğan (n 45) 144; Doğan, 'Yenilikler' (n 45) 109; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 7) 182; Erdem (n 8) 226; Erkan (n 45) 44; Feride Demirbaş, 'Aile Konutu Şerhinin İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Aynı Hak Kazanımlarına Etkisi ve Konuya İlişkin Yargıtay Uygulaması' (2017) 4 (12) *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* 420, 421; Genç Arıdemir (n 45) 134; Günergök (n 45) 276; Gürses (n 45) 74; İyilikli (n 45) 244; Sendi Yakuppur 'Aile Konutu ve Tapu Kütüğüne Güven İlkesi' (2016) 11 (145-146) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 777, 782; Sirmen (n 45) 236.

<sup>64</sup> Kurt (n 43) 36; Öztan (n 22) 316.

<sup>65</sup> Bräm and Hasenböhler (n 35) 397 N. 15; Öztan (n 22) 316; Yalman (n 41) 17.



Kanaatimizce TMK m. 194/l'deki sınırlamanın hukuki niteliğinin işlemin etkinlik unsuru olduğunun ve bu bağlamda kanundan doğan bir geçerlilik koşulu olduğunun kabul edilmesi gerekir. Kanun koyucu "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz." hükmünü getirerek eşin rızasını, bu işlemlerin geçerliliği için var olması gereken bir tamamlayıcı unsur olarak düzenlemiştir. Yapılan bu işlemler diğer eşin rızası olmadıkça askıda hükümsüzdür; eş rıza verirse, işlem yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracak; rıza verilmeyeceğinin anlaşıldığı ya da eş açıkça rıza vermeyeceğini beyan ettiği takdirde ise işlem yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz olacaktır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2005 tarihli bir Kararında<sup>66</sup>, TMK m. 194/l ile eşin aile konutu ile ilgili işlemlerde hukuki işlem özgürlüğünün diğer eşin katılımına bağlandığını dile getirerek bu düzenlemenin katılma hakkı olduğu görüşünü benimsemiştir.

Yargıtay, 2015 sonrası kararlarında ise<sup>67</sup> TMK m. 194/l düzenlemesinin bir fiil ehliyeti sınırlaması olduğu yönünde kararlar vererek içtihat değişikliğine gitmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2015 tarihli bir Kararında<sup>68</sup> TMK m. 194/l'in bir fiil ehliyeti kısıtlaması olduğuna hükmetmiştir. Bu kararda eşinin rızası olmaksızın aile konutu üzerinde ipotek tesis edilemeyeceğinden bahsedilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin de bu sınırlamanın bir fiil ehliyeti sınırlaması olduğu yönünde yakın tarihli kararları bulunmaktadır<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Yargıtay 2 HD, 2547/7234, 3.5.2005: "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmiş, yeni kanunda 194, 240, 254, 279 ve 652. maddelerde 'aile konutu' adı altında yeni bir hukuki kavram getirmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 194/1. maddesi 'eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez; aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki haklarını sınırlandıramayacağını' hükme bağlamıştır. Bu düzenleme ile Tapu Sicilinde konutun maliki olarak gözüken eşin, hukuki işlem özgürlüğü diğer eşin katılımına onamına bağlanmıştır.". Aynı yönde Yargıtay HGK için bkz. Yargıtay HGK, 2-591/624, 4.10.2006.

<sup>67</sup> Yargıtay HGK, 2-2056/1201, 15.4.2015: "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194/1. maddesine göre, 'Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.' Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır.". Aynı yönde HGK kararları için bkz. Yargıtay HGK, 2306/1356, 15.5.2015, Yargıtay 2 HD, 20910/14532, 8.11.2016, Yargıtay 2 HD, 16259/16213, 20.12.2016, Yargıtay 2 HD, 6764/6194, 25.5.2017, Yargıtay 2 HD, 23187/4316, 2.4.2018, Yargıtay 2 HD, 235/4316, 2.4.2018, Yargıtay HGK, 1094/1616, 7.12.2021, Yargıtay 2 HD, 10803/1315, 15.02.2022.

<sup>68</sup> Yargıtay HGK, 2-2056/1201, 15.4.2015.

<sup>69</sup> Yargıtay 2 HD, 10803/1315, 15.2.2022: "Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi "Konulmuş olmasa da" eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır." Yargıtay 2 HD,



Öğretideki tartışmalar ve Yargıtay'ın içtihat değişiklikleri, aile konutu üzerinde aile konutu şerhinin bulunmaması halinde eşin rızası alınmadan yapılan işleme taraf olan kişilerin ve üçüncü kişilerin iyiniyetlerinin korunup korunmayacağı hususunda<sup>70</sup> da değişik görüşler ortaya çıkarmaktadır. Bu tartışmalar aşağıda ele alınacaktır.

## B. Eşin Rızasının Verilme Zamanı ve Şekli

Aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshedilmesi, aile konutunun devredilmesi ya da aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması için aile konutu üzerinde malik olan eşin, diğer eşin açık rızasını alması gerektiği TMK m. 194/l'de düzenlenmiştir. Aile konutu üzerinde hukuki işlem yapılabilmesi için rızası alınacak eşin fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Rızası alınacak eşin yasal temsilcisi bulunuyorsa yasal temsilcinin rızası, vesayet altındaki kişi ayırt etme gücünü haizse ayrıca kişinin kendisinin de görüşü alınmalıdır<sup>71</sup>.

Eşin rızasına ilişkin hüküm emredici olduğundan, rıza verme hakkından önceden feragat edilemez<sup>72</sup>. Diğer eşin rızası işlem yapılmadan önce muvafakat şeklinde, işlem sırasında katılma şeklinde ya da işlem yapıldıktan sonra onay şeklinde olabilir. Muvafakat şeklinde rıza alınacaksa aile konutu üzerinde yapılacak olan hukuki işlemin belirli olması gerekmektedir<sup>73</sup>.

Kanunda eşin rızası için bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu nedenle de rızanın sözlü olarak verildiği hallerde dahi bu rızanın geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>74</sup>. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de bir Kararında<sup>75</sup> açık rızanın tanık beyanı ile ispatlanabileceğine hükmetmiştir. Kanaatimizce ispat kolaylığı açısından rızanın yazılı şekilde verilmesi

---

16259/16213, 20.12.2016: "Türk Medeni Kanunu madde 194 hükmü ile eşlerin fiil ehliyetine getirilen sınırlama aile konutuna şerhin konulması ya da konulmaması koşuluna bağlanmadığı gibi işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır.". Aynı yönde görüş için bkz. Yargıtay 2 HD, 20910/14532, 8.11.2016, Yargıtay 2 HD, 235/4316, 2.4.2018.

<sup>70</sup> Bkz. aşa. III, C.

<sup>71</sup> Gençcan, *Aile Hukuku* (n 9) 672; Gümüş, *Yeni Şerhler* (n 14) 44; Öztan (n 22) 320.

<sup>72</sup> Bräm and Hasenböhler (n 35) 395 N. 9; Kılıçoğlu, *Yenilikler* (n 31) 52; Öztan (n 22) 306.

<sup>73</sup> Erdem (n 8) 226; Ertekin (n 16) 137; Mahmut Kamacı, 'Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK.nun 194. Maddesi)' (2004) 30 (1-2) Yargıtay Dergisi 113, 131.

<sup>74</sup> Kanunun aradığı rızanın resmi şekilde verilmesi gerektiği görüşü için bkz. Gençcan, *Aile Hukuku* (n 9) 670.

<sup>75</sup> Yargıtay 2 HD, 6728/9707, 13.5.2010.

uygun olur. Ayrıca madde metnindeki açık düzenleme sebebiyle diğer eşin verdiği rızanın "açık" olması gerekir<sup>76</sup>.

İşlem tapuda yapılacaksa, tapuda yapılacak işlemlerde verilecek rızanın yazılı olması gerektiğinden diğer eşin vereceği rıza yazılı şekle tabidir. Aksi takdirde tapu memuru tarafından tapuda ancak geçici şerh yapılabilir<sup>77</sup>.

Maddenin ikinci fıkrasında rızanın alınmaması ya da eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınması halinde aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, hâkimin müdahalesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre rıza verecek eşin rızasının alınmaması, örneğin eşin nerede olduğunun bilinmemesi ya da rıza veremeyecek derecede bir hastalığının olması veya rıza vermekten haklı bir sebebi olmaksızın kaçınması hallerinde hâkimin müdahalesinin talep edilmesi mümkündür. Bu durumlarda hâkim eşin yerine rıza vermez, yalnızca hak sahibi eşi tek başına hareket etmeye yetkili kılar<sup>78</sup>.

Eşin rızasının sağlanamaması ya da eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınması halinde hâkim müdahalesinin istenebileceği görevli mahkeme, aile mahkemeleri ya da aile mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemeleridir. Yetkili mahkeme ise eşlerden birinin yerleşim yeri mahkemesidir<sup>79</sup>.

### C. Eşin Rızası Alınmadan Yapılan Hukuki İşlemlerin Akibeti

Eşlerden biri tarafından aile konutu ile ilgili kira sözleşmelerinin feshedilmesi, aile konutunun devredilmesi ya da aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması sonucunu doğuracak hukuki işlemler, TMK m. 194/I gereği ancak diğer eşin rızasının alınması suretiyle yapılabilmektedir. Diğer eşin rızası alınmadan bu işlemlerin yapılması durumunda ne olacağı kanunda düzenlenmemiştir. Öğretide bu işlemlerin geçerlilik durumuna ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır.

Öğretide ileri sürülen baskın görüşe göre<sup>80</sup> eşin rızası alınmadan yapılan bu işlemler askıda hükümsüzdür. Bu görüşe göre eşin sonradan vereceği onay, işlemi baştan

<sup>76</sup> Kamacı, 'Şerh' (n 44) 28. Dürüstlük kuralına göre bazı durumlarda örtülü rızanın da yeterli sayılması gerektiği görüşü için bkz. Ayan (n 16) 69.

<sup>77</sup> Kılıçoğlu, *Yenilikler* (n 31) 51; Uçar, 'Aile Konutu' (n 57) 432.

<sup>78</sup> Demirbaş (n 63) 422; Gümüş, *Yeni Şerhler* (n 14) 45; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 10) 195.

<sup>79</sup> Yargıtay 2 HD, 6489/1425, 23.1.2013; Yargıtay 2 HD, 25523/6683, 24.3.2014.

<sup>80</sup> Ayan (n 16) 71; Dalcı Özdoğan (n 45) 150; Doğan, 'Yenilikler' (n 45) 108; Erdem (n 8) 229; Gençcan, *Aile Hukuku* (n 9) 670; Gümüş, *Yeni Şerhler* (n 14) 43; Günergök (n 45) 276; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk (n 43) 84; İyilikli (n 45) 239; Kamacı, 'Şerh' (n 44) 25; Kılıçoğlu, *Yenilikler* (n 31) 70; Kurt (n 43) 37; Oğuzman ve Öz (n 34) 182; Öztan (n 22) 319; Şıpka, 'Eşin Rızası' (n 11) 627.

itibaren geçerli hale getirmektedir. Eş uygun bir süre içerisinde onay vermez ya da onay vermeyeceğini açıkça beyan ederse işlem baştan itibaren kesin hükümsüz olur. Eşin suskun kaldığı hallerde, hak sahibi eşle işlem yapan kişinin eşe rıza verip vermeyeceğini açıklaması için uygun bir süre verebileceğinin kabul edilmesi gerekir. Eş bu süre içerisinde herhangi bir cevap vermezse rıza vermeyi reddetmiş sayılmalıdır.

Öğretide savunulan bir diğer görüş<sup>81</sup>, eşin rızasının olmamasının işlemi kesin hükümsüz hale getireceği görüşüdür. Diğer eşin rızası alınmadan yapılan işlemler kesin hükümsüz olup bu hükümsüzlüğü her ilgili her zaman ileri sürebilir; bu husus hâkim tarafından re'sen gözetilir.

Aile konutu üzerinde malik olan eş, diğer eşin rızasını almadan aile konutuna ilişkin tapuda işlem yaptığında işlemin karşı tarafının iyiniyetinin korunup korunmayacağı da ayrı bir tartışma konusu teşkil etmektedir. Bu tartışmaların net bir şekilde ortaya konabilmesi ve iyiniyeti tartışılan kişinin hangi üçüncü kişi olduğunun anlaşılabilmesi açısından çalışmamızın devamında, *malik eşle işlem yapan karşı taraf* (öğretide kimi zaman malik eşle işlem yapan üçüncü kişi olarak ifade edilmektedir; oysa işlemin tarafı olan kişi üçüncü kişi değil, işlemin tarafıdır), "işleme taraf olan kişi" olarak; işleme taraf olan kişiden konutu devralan kişi ise "üçüncü kişi" olarak anılacaktır. Malik eşle işlem yapan kişinin "işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişi" olarak adlandırıldığı görülse de işlemin tarafı olan kişi üçüncü kişi sayılamaz. Üçüncü kişi ifadesi geçersiz işlemin tarafları dışında kalan diğer kişileri ifade eder. Aile konutu bağlamında üçüncü kişi, malik eşten konutu devralan kişi dışında kalan ve elbette malikin eşi de olmayan diğer üçüncü kişileri ifade eder.

Öğretide bir görüş<sup>82</sup>, TMK m. 194/III'te düzenlenen ve aşağıda ayrıca değinilecek olan aile konutu şerhinin<sup>83</sup> işlevinin hem işleme taraf olan kişi hem de işleme taraf olmayan üçüncü kişinin iyiniyetinin ortadan kaldırılması olduğunu, bu sebeple üzerine şerh konulmayan bir aile konutunun, diğer eşin rızası olmadan devri durumunda işleme taraf olan kişinin iyiniyetinin korunması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre aile konutu üzerinde malik olan eşle işlem yapan kişinin iyiniyetle aynı hak kazanımı TMK m. 1023 uyarınca korunur; bu kişinin aile

<sup>81</sup> Rona Serozan, 'Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım' in Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, Hasan Seçkin Ozanoğlu ve Süleyman Yılmaz (eds) *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan* (Seçkin 2009) 591, 591; Uçar, Aile Konutu (n 57) 432.

<sup>82</sup> Ayan (n 16) 103; Badur, 'Eşin Rızası' (n 43) 264; Demirbaş (n 63) 422; İhsan Hüseyin, 'Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar ve Korunması' (2018) 3 (67) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 577, 592; Kamacı 'Rıza' (n 73) 136; Kılıçoğlu, *Yenilikler* (n 31) 66.

<sup>83</sup> Bkz. aşa. IV. D.

konutu üzerinde iyiniyetle aynı hak kazanımı, diğer eşin rızasının alınmaması sebebiyle engellenemez<sup>84</sup>. Bu görüşe göre eğer karşı taraf bu konutun aile konutu olduğunu tapu kayıtları dışında başka bir yerden öğrenmişse bu durumda iyiniyetli olduğundan bahsedilemez<sup>85</sup>.

Kılıçoğlu bu duruma bankanın aile konutu üzerine koyduğu ipoteği iki durum açısından değerlendirerek örnek vermektedir<sup>86</sup>. Yazara göre bir bankanın ipotek tesis ederken konutun aile konutu olduğunu bilmemesi, tapuda da aile konutu şerhi bulunmaması durumunda banka iyiniyetli olduğundan ipotek geçerlidir. Ancak aile konutu üzerinde malik olmayan eş, bankanın aile konutu üzerine ipotek koyacağını öğrenmiş ve buna rızası olmadığına dair bankaya bir ihtar çekmişse, bu durumda bankanın artık iyiniyetli olduğundan söz edilemez ve bankanın tesis ettiği ipotek geçerli değildir<sup>87</sup>.

Ayan<sup>88</sup>, aile konutu ile ilgili iyiniyetin farklı şekillerde ortaya çıkabileceğini, işleme taraf olan kişinin tapuda işlem yaptığı taşınmazın aile konutu olduğunu bilmeyerek iyiniyetli olabileceği gibi, taşınmazın aile konutu olduğunu bildiği halde diğer eşin rızasının varlığına yönelik bir yanılma sebebiyle de iyiniyetli olabileceğini savunmaktadır. Yazara göre TMK m. 1023, tapu sicilindeki yolsuz tescile iyiniyetle dayanarak aynı hak kazanan kişinin bu kazanımının korunacağını düzenlediğinden, konutun aile konutu niteliğinde olduğunu bilmeksizin işleme taraf olan kişinin iyiniyeti korunmalı; konutun aile konutu olduğunu bildiği halde diğer eşin rızasının varlığı hakkında yanılan işleme taraf olan kişinin ise iyiniyeti korunmamalıdır<sup>89</sup>. Yazar son olarak görüşlerini *"Medeni Kanun'un 1023. maddesinde düzenlenen, tapu siciline güven ilkesi olarak adlandırılan bu ilkeye göre, tapu sicilinde hak sahibi olarak görünen kişi, gerçek hak sahibi değilse, tapu sicili gerçek durumu yansıtmıyorsa kısacası, tapu sicilinde malik olarak görünen kişinin, taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi yoksa ve diğer taraf, bu durumdan haberdar değilse, onun bu iyi niyeti korunmalıdır. Kanaatimce bu kuralı, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesine uygulamak, hukuki işlem güvenliğine uygun düşer."* cümleleriyle açıklamıştır<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> Demirbaş (n 63) 422.

<sup>85</sup> Badur, 'Aile Konutu Şerhi' (n 43) 25; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 10) 201.

<sup>86</sup> Kılıçoğlu, *Yenilikler* (n 31) 67.

<sup>87</sup> ibid 67.

<sup>88</sup> Ayan (n 16) 99 – 100.

<sup>89</sup> ibid 99 – 100.

<sup>90</sup> ibid 100.

Hüseyin'e göre<sup>91</sup> diğer eşin rızası olmadan işlem yapılması durumunda işleme taraf olan kişinin kazanımının hiçbir zaman korunmayacağı kabul edilmesi, eşya hukuku ile ilgili hükümlerin göz ardı edilmesi ve tapuya güven ilkesinin ihlali anlamına geleceğinden konuya duygusal şekilde yaklaşilmamalıdır. Somut olaya göre değerlendirme yapılmalı, işlemin karşı tarafının iyiniyetli olduğuna karar verilebiliyorsa iyiniyet korunmalıdır<sup>92</sup>.

Demirbaş<sup>93</sup> bu konuda "işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişiler" ve "işlem tarafı olmayan iyiniyetli üçüncü kişiler" ayrımı yapılmasının isabetli olmadığını savunmaktadır. Zira iyiniyetli olması gereken kişi "tapu siciline dayanarak hak kazanan kişi" dir. Eğer işlem tarafı üçüncü kişi de tapu siciline dayanarak aynı hakkı iyiniyetle kazanıyorsa iyiniyeti korunmalıdır<sup>94</sup>.

İsviçre ve Türk öğretisinde hâkim görüş<sup>95</sup>, aile konutunun diğer eşin rızası alınmadan devredilmesi halinde, işleme taraf olan kişinin iyiniyetinin korunmayacağı yönündedir. Bu görüşe göre aile konutuna ilişkin getirilen bu sınırlama işlem güvenliğinin korunması amacına değil eşlerin ve çocukların korunması amacına hizmet etmektedir<sup>96</sup>. Halihazırda katıldığımız görüş uyarınca eşin rızasının bulunmayışı aile konutuna ilişkin devir ve tescil işlemi geçersiz kılacağından, biz de geçersiz işlemin tarafının korunmayacağı görüşüne katılmaktayız. Ancak bu halde bu görüşün gerekçesi kanaatimizce ailenin korunması değil, karşı tarafın geçersiz sözleşmenin tarafı olması ve bu nedenle de iyiniyetli üçüncü kişi olarak nitelendirilmesine imkân bulunmamasıdır. Diğer eşin rızası olmadan aile konutunun devredilmesi halinde işlemin karşı tarafı lehine yapılan tescil, yolsuz tescil olduğundan rızası alınmayan eş, işlemin tarafı olan kişiye karşı tapu kütüğünün düzeltilmesi davasını her zaman açabilir<sup>97</sup>. İşlemin tarafı olan kişi vermiş olduğunun

<sup>91</sup> Hüseyin (n 82) 592.

<sup>92</sup> ibid 592.

<sup>93</sup> Demirbaş (n 63) 424.

<sup>94</sup> ibid 424.

<sup>95</sup> Baştürk (n 27) 1544; Çabri (n 6) 407; Doğan, 'Yenilikler' (n 45) 108; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 7) 184; Fulya Hancı, 'Aile Konutu ve Tapu Kütüğüne Güven İlkesi' (2022) 17 (194) Terazi Hukuk Dergisi 43,51; Gençcan, *Aile Hukuku* (n 9) 675; Gümüş, *Yeni Şerhler* (n 14) 47; Günergök (n 45) 278; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk (n 43) 83; Mehtap İpek İşleten, 'Aile Konutu Şerhi ve Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2-591, K.2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2014) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 927, 951; Ömer Bağcı, 'Aile Konutu Üzerinde Tasarruf' (2007) 4 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145, 170; Öztan (n 22) 322; Serozan (n 81) 593; Şıpka, *Aile Konutu* (n 50) 145; Şıpka, *Eşin Rızası* (n 11) 628; Uçar, 'Aile Konutu' (n 57) 438.

<sup>96</sup> Şıpka, 'Eşin Rızası' (n 11) 626.

<sup>97</sup> Gençcan, *Yorum* (n 35) 1488; İşleten (n 95) 950.

iadesini kural olarak sebepsiz zenginleşmeye göre ve malın niteliği gerektiriyorsa diğer bir iade talebine göre devreden eşten talep edebilir; uğramış olduğu zararı ise yerine göre *culpa in contrahendo*, yerine göre sözleşmeden doğan yan yüküm niteliğindeki aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline dayalı olarak yine devreden eşten talep edebilir<sup>98</sup>.

Armutcuoğlu<sup>99</sup>, TMK m. 194/I'in fiil ehliyetini sınırladığını kabul etmekte, bu noktada işleme taraf olan kişinin, aile konutu üzerinde tasarrufta bulunan eşin fiil ehliyetine sahip olduğuna güvendiğini, tapu dışı bir unsura güvenen kişinin TMK m. 1023 korumasından yararlanamayacağını savunmaktadır<sup>100</sup>.

Günergök<sup>101</sup>, aile konutu şerhi olmayan bir aile konutunun diğer eşin rızası olmadan devredilmesi durumunda işleme taraf olan kişinin hakkının korunamayacağını; zira aile konutu şerhinin kurucu değil açıklayıcı bir şerh olduğunu, aile konutu ile ilgili eşin koruyan TMK m. 194/I'in şerh olmasa dahi eşin korumayı amaçladığını savunmaktadır. Bu sebeple şerh olmaması, işleme taraf olan kişinin aynı hak kazanamamış olması durumuna etki etmez<sup>102</sup>.

Erdem<sup>103</sup>, iyiniyetin korunabilmesi için kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağlaması gerektiğinden bahisle diğer eşin rızası olmadan aile konutu ile ilgili bir işlem yapan karşı taraf bu duruma ilişkin iyiniyetli dahi olsa bu iyiniyetinin korunamayacağını, böyle bir tescilin yolsuz olacağını, dolayısıyla TMK m. 1023 gereği bu yolsuz tescile güvenen üçüncü kişinin (işleme taraf olmayan üçüncü kişinin) iyiniyetinin korunacağını, işleme taraf olan kişinin iyiniyeti noktasında şerh konulmamış olmasının bir değişiklik yaratmayacağını savunmaktadır<sup>104</sup>.

Öztan da<sup>105</sup> TMK m. 3'te düzenlenen iyiniyet ilkesinin, kanun koyucunun korumayı kabul ettiği somut olaylar için geçerli olduğunu; TMK m. 194/I'de böyle bir düzenleme olmaması sebebiyle işleme taraf olan kişilerin bilgisizliğinin -bu bilgisizlik ister konutun aile konutu olduğuna ister eşin rızasının varlığına ilişkin olsun- korunmayacağını ve bu nedenle de bu kimselerin iyiniyete dayalı olarak aynı hak kazanmalarının mümkün olmayacağını savunmaktadır. Bu durumda yapılan tescil

<sup>98</sup> Bu konuda bkz. Gençcan, *Yorum* (n 35) 1488; Gümüş, *Yeni Şerhler* (n 14) 47.

<sup>99</sup> Armutcuoğlu (n 41) 430.

<sup>100</sup> ibid 430.

<sup>101</sup> Günergök (n 45) 278.

<sup>102</sup> ibid 278.

<sup>103</sup> Erdem (n 8) 231.

<sup>104</sup> ibid 231. Aynı yönde görüş için bkz. Bağcı (n 95) 170; Gümüş, *Yeni Şerhler* (n 14) 48.

<sup>105</sup> Öztan (n 22) 321 – 322.

yolsuz bir tescil olacak ve rızası alınmayan eş, tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ile sicilin düzeltilmesini sağlayabilecektir<sup>106</sup>.

Hatemi<sup>107</sup>, eşin rızası olmamasına rağmen aile konutunu devralan kişinin aile konutu şerhi verilmiş olmasa dahi iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın TMK m. 194/I hükmünde yer alan yasak gereği malik olamayacağını; ancak aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan aile konutu şerhinin<sup>108</sup> verilmemesi durumunda, aile konutunu devralan kişiden taşınmazı devralacak üçüncü kişi tapu siciline güvendiğinden bu kişinin korunacağını ve anında malik olacağını savunmaktadır<sup>109</sup>.

Kurt'a göre<sup>110</sup>, TMK m. 1023 uyarınca "üçüncü kişi" olabilmek için hukuki işlemin tarafı olmamak gerekmektedir. Bu sebeple işleme taraf olan kişi TMK m. 1023 anlamında üçüncü kişi sayılamaz. Ayrıca TMK m. 1023 uyarınca aynı hakkın kazanılabilmesi için yolsuz tescile güvenilmesi gerekmektedir. İşleme taraf olan kişi yolsuz tescile güvenmemiştir, sicil gerçek hak durumunu yansıtmaktadır<sup>111</sup>. Yukarıda da açıklamış olduğumuz üzere biz de örtüşen ve benzer gerekçelerle bu görüşe katılmaktayız.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2005 tarihli bir Kararında<sup>112</sup> aile konutu şerhi bulunmayan aile konutlarında işleme taraf olan kişinin iyiniyetli olması halinde mülkiyeti kazanacağına karar vermiştir. Yerel mahkemenin direnme kararı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu Kararda<sup>113</sup>, alıcının kötüniyetli olduğunun ispatlanması gerektiğinden bahisle somut olayda davacının bunu ispatlaması sebebiyle yapılan işlemi geçersiz saymıştır. Yine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2008 tarihli bir Kararında<sup>114</sup> işleme taraf olan kişinin, eşin satışa rızası olmadığını bildiğinden bahisle iyiniyetli sayılamayacağına karar vermiştir.

---

<sup>106</sup> ibid 321 – 322.

<sup>107</sup> Hatemi ve Kalkan Oğuztürk (n 43) 83-84.

<sup>108</sup> Bkz. aşa. IV vd.

<sup>109</sup> Hatemi ve Kalkan Oğuztürk (n 43) 83-84.

<sup>110</sup> Kurt (n 43) 41.

<sup>111</sup> ibid 41.

<sup>112</sup> Yargıtay 2 HD, 2547/7234, 3.5.2005.

<sup>113</sup> Yargıtay HGK, 2-591/624, 4.10.2006. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 1 HD, 8764/10972, 9.11.2006.

<sup>114</sup> Yargıtay 2 HD, 12541/12313, 22.9.2008. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2 HD, 4665/11631, 16.6.2009.

Yargıtay, 2015 öncesi çeşitli kararlarında<sup>115</sup> işleme taraf olan kişinin kazanımının iyiniyetli olduğu takdirde korunacağını, aşağıdaki ifadelerle gerekçelendirmiştir:

*“Devrin gerçekleştirildiği tarihte taşınmazın tapu kütüğünde aile konutu şerhi olduğuna ilişkin bir şerh bulunmadığına göre devralan kişinin kazanımı, ancak iyiniyetli olması halinde korunabilecektir”<sup>116</sup>.*”

*“Toplanan delillere göre davacı, davalının taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olduğunu ve kendisinin rızasının bulunmadığını bildiğini ispatlayamamıştır”<sup>117</sup>.*”

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi<sup>118</sup>, aile konutu üzerinde diğer eşin rızası alınmadan lehine ipotek tesis edilen bankaların iyiniyetini değerlendirirken, bankaların “basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü”ne vurgu yapmış ve bankalara kişinin evli olup olmadığını, konutun aile konutu niteliğinde olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yükleyerek bankaların iyiniyetli kabul edilmeyeceğine hükmetmiştir.

Görüldüğü gibi Yargıtay, uzun süre boyunca, aile konutu üzerinde yapılan devir ya da hak sınırlamalarında diğer eşin rızasının alınmaması durumunda işleme taraf olan kişinin iyiniyetli olması halinde korunacağına, bu sebeple işleme taraf olan kişinin iyiniyetli olmadığının ispat edilmesi gerektiğine dair kararlar<sup>119</sup> vermiştir. Ayrıca Yargıtay, işleme taraf olan kişinin iyiniyeti araştırılmadan hüküm kurulmasını bozma sebebi olarak değerlendirmekte<sup>120</sup>, işleme taraf olan kişinin iyiniyetli olmadığını ispat yükünü çoğu zaman davacıya yüklemektedir<sup>121</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2015 sonrası kararlarında<sup>122</sup> İsviçre ve Türk hukuku öğretisinde hâkim olan görüşü benimsemiş,

<sup>115</sup> Yargıtay 2 HD, 2352/7731, 21.4.2009, Yargıtay 2 HD, 219/6613, 6.4.2010, Yargıtay 2 HD, 9123/12688, 24.8.2010.

<sup>116</sup> Yargıtay 2 HD, 219/6613, 6.4.2010. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2 HD, 9123/12688, 24.8.2010.

<sup>117</sup> Yargıtay 2 HD, 2352/7731, 21.4.2009.

<sup>118</sup> Yargıtay 2 HD, 19635/9192, 26.5.2011.

<sup>119</sup> Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2 HD, 5717/13786, 12.10.2006, Yargıtay 2 HD, 17541/15129, 13.11.2008, Yargıtay 2 HD, 11408/15520, 14.9.2009, Yargıtay 2 HD, 14398/20160, 19.11.2009, Yargıtay 2 HD, 14111/15818, 4.10.2010.

<sup>120</sup> Yargıtay 2 HD, 13363/18286, 26.10.2009, Yargıtay 2 HD, 8617/947, 5.2.2008.

<sup>121</sup> Yargıtay 2 HD, 7137/13822, 15.5.2013, Yargıtay 2 HD, 937/21856, 25.9.2013, Yargıtay 2 HD, 6790/26175, 13.11.2013, Yargıtay 2 HD, 14063/214, 13.1.2014.

<sup>122</sup> Yargıtay HGK, E. 2-2056/1201, 15.4.2015, Yargıtay HGK, 2306/1356, 15.5.2015, Yargıtay 2 HD, 18723/2111 8.2.2016, Yargıtay 2 HD, 4049/9795, 12.5.2016, Yargıtay 2 HD, 20910/14532, 8.11.2016, Yargıtay 2 HD, 6764/6194, 25.5.2017, Yargıtay 2 HD, 23187/4316, 2.4.2018, Yargıtay 2 HD, 348/984, 13.2.2019, Yargıtay HGK, 1094/1616, 7.12.2021, Yargıtay 2 HD, 10803/1315, 15.2.2022, Yargıtay HGK, 765/1369, 25.10.2022, Yargıtay HGK, 302/1513, 15.11.2022.



diğer eşin rızası alınmadan yapılan işlemlerin geçersiz olduğunu, burada iyiniyetli olup olmamanın bir önemi olmadığını kabul etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2015 yılından bu yana verdikleri kararlarda, aile konutu ile ilgili sınırlamanın bir fiil ehliyeti sınırlaması olduğuna ve aşağıda ayrıntılı olarak değinilecek olan aile konutu şerhinin<sup>123</sup> bir açıklayıcı şerh olup konutun aile konutu olma özelliğini şerh olsa da olmasa da koruduğuna; bu sebeple aile konutu üzerinde diğer eşin rızası alınmadan yapılan hukuki işlemlerde aile konutu üzerinde şerh olmasa dahi işleme taraf olan kişinin iyiniyetinin korunmayacağına kanaatimizce yerinde olarak hükmetmektedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 08.11.2016 tarihli, E. 2016/20910, K. 2016/14532 sayılı Kararında<sup>124</sup> işleme taraf olan kişinin iyiniyetli olup olmadığını bir önemi olmadığını şu gerekçeyle belirtmiştir: *"4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194/1. maddesine göre, 'Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.'* Türk Medeni Kanunu madde 194 hükmü ile eşlerin fiil ehliyetine getirilen sınırlama aile konutuna şerhin konulması ya da konulmaması koşuluna bağlanmadığı gibi işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır."

Aile konutu ile ilgili kanunda belirtilen işlemlerde diğer eşin rızasının aranması ile ilgili TMK m. 194/1 hükmünün hukuki niteliğiyle ilgili görüşler ve bu sınırlamanın hukuki niteliğinin kanundan doğan bir geçerlilik koşulu ve bu çerçevede ilgili işlemlere özgü bir etkinlik unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki kanaatimizi yukarıda ifade etmiştik<sup>125</sup>.

Malik eşin, diğer eşin rızasını almaksızın tapuda aile konutuna ilişkin işlem yapması durumunda işleme taraf olan kişinin *iyiniyetinin korunması gerektiğine* ilişkin görüş<sup>126</sup> esas itibariyle görüş taraftarlarının dayanak olarak gösterdikleri TMK m. 1023 çerçevesinde eleştirilmesi gereken ve kanaatimizce yerinde olmayan bir görüştür.

Kanun koyucu, taşınmaz üzerindeki aynı hak kazanımlarında işlem güvenliğini sağlamak ve iyiniyetli üçüncü kişilerin tapu siciline güvenini korumak amacıyla TMK

<sup>123</sup> Bkz. aşa. IV, D.

<sup>124</sup> Yargıtay 2 HD, 20910/14532, 8.11.2016 (Kararın gerekçesinin tamamı için bkz. www.lexpera.com)

<sup>125</sup> Bkz. yuk. III, A.

<sup>126</sup> Ayan (n 16) 103; Badur, 'Eşin Rızası' (n 43) 264; Demirbaş (n 63) 422; Hüseyin (n 82) 592; Kamacı 'Rıza' (n 73) 136; Kılıçoğlu, *Yenilikler* (n 31) 66.

m. 1023 hükmünü getirmiştir<sup>127</sup>. TMK m. 1023'e göre: "Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur." İyiniyetli kişilerin bu hükme göre aynı hak kazanımının korunması için TMK m. 1023'teki şartların sağlanması gerekir. Buna göre; tescile güvenerek aynı hak kazanan kişi geçersiz işlemin tarafları dışındaki bir üçüncü kişi olmalı, üçüncü kişi sicildeki yolsuz tescile güvenmeli ve bu çerçevede tapu sicili gerçek durumu yansıtmamalı, üçüncü kişi aynı bir hak kazanmalı, iyiniyetli olmalı ve kazanımında tasarruf yetkisi dışında diğer geçerlilik unsurları mevcut olmalıdır<sup>128</sup>.

Bu şekilde öncelikle tapu sicilindeki tescile güvenen kişinin üçüncü kişi olması gerekmektedir. Hukuki işlemin tarafları ve külli halefleri üçüncü kişi sayılamaz<sup>129</sup>. Aile konutu niteliğindeki taşınmaz üzerinde diğer eşin rızasını almayan eşle işlem yapan kişi, işlemin tarafı olduğundan TMK m. 1023 kapsamında "üçüncü kişi" sayılamaz.

İyiniyetli kişilerin aynı hak kazanımının TMK m. 1023 uyarınca korunabilmesi için ayrıca sicilde yolsuz bir tescil bulunmalıdır. Bir tescilin yolsuz tescil sayılabilmesi için gerçek hak durumunu yansıtmaması gerekir. Yolsuz tescil, TMK m. 1024/II'de düzenlendiği üzere "bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan" tescildir. Aile konutu üzerinde diğer eşin rızasını alması gereken eş, taşınmazın maliki olan eştir. Karşı taraf işlemi malik eşle yaptığından, malik eş bakımından yolsuz bir tescil söz konusu olduğu ileri sürülemez, sicil gerçek hak sahipliğini yansıtmaktadır. Tapu sicilinde malik olan eşle işlem yapan kişi yolsuz tescile güvenmemiştir; zira tescil yolsuz değildir.

Kanaatimizce, anılan gerekçeler çerçevesinde aile konutu üzerinde diğer eşin rızasının alınmaması halinde işleme taraf olan kişinin iyiniyetinin TMK m. 1023 uyarınca korunması mümkün değildir. Aşağıda hukuki niteliği üzerinde ayrıntılı olarak durulacak olan aile konutu şerhinin<sup>130</sup> bulunmaması halinde işleme taraf olan kişinin iyiniyetinin korunacağına dair görüşü isabetli bulmuyor, TMK m. 194/I düzenlemesi karşısında şerh olmasa da işleme taraf olan kişilerin iyiniyetli üçüncü kişi sayılamayacağı görüşüne katılıyoruz.

<sup>127</sup> Sirmen (n 45) 125.

<sup>128</sup> Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, 'Eşya Hukuku' (21. Bası, Filiz, 2018), 233 vd.; Sirmen (n 45) 214 vd.

<sup>129</sup> Oğuzman, Özer ve Seliçi (n 128) 233; Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku Giriş, Temel Kavram ve İlkeler* Cilt IV/I (Genişletilmiş 3. Bası, Seçkin, 2019) 585; Sirmen (n 45) 214.

<sup>130</sup> Bkz. aşa. IV, D.

Yargıtay, 2021 tarihli bir Kararında<sup>131</sup> aile konutunun maliki olan eşin bankaya ipotek koydururken eşinin aile konutu üzerinde ipotek konulmasına ilişkin yazılı rızasını bankaya sunmuş olmasına rağmen bankanın imzanın geçerli olup olmadığını araştırma yükümlülüğü olduğunu belirterek imzanın eşe ait olup olmadığını denetlemeden ipotek tesis etmesi nedeniyle tapuya güven ilkesinden yararlanamayacağına hükmetmiştir.

Kanaatimizce Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin bankaya, imzanın geçerli olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yüklenmesine dair verdiği bu karar isabetli değildir. Bankaların tacir olmaları dolayısıyla tacirlerin basiretli tacir gibi davranma yükümlülükleri bankalar açısından da geçerli olmakla birlikte bankanın ya da diğer üçüncü kişilerin asıl araştırması gereken, konutun aile konutu olup olmadığıdır. Banka ipotek tesis edilecek konutun aile konutu olması sebebiyle diğer eşin rızasına başvurmuş ve kanunda öngörülen “eşin rızası” şartına uygun davranmıştır. Bu durumda imzanın geçerliliğinin araştırılması ve bu imzanın diğer eşe ait olup olmadığının denetlenmesi görevinin de bankalara yüklenmesi TMK m. 194/I düzenlemesini aşar ve ailenin korunması ile üçüncü kişiler arasında gözetilmesi gereken menfaatler dengesine aykırı düşer.

#### IV. AİLE KONUTU ŞERHİ

Aile konutu üzerinde herhangi bir hakkı haiz olmayan eşin aile konutu şerhini tapu müdürlüğünden talep edebileceği TMK m. 194/III’te düzenlenmektedir. Hüküm, diğer eşe, malik olan eşin rızasını almadan tapu kütüğünde aile konutu şerhinin konulmasını talep etme hakkı vermektedir<sup>132</sup>.

Aile konutuna ilişkin TMK m. 194/III’te yer alan aile konutu şerhi düzenlemesi mehz kanun olan İsviçre Medeni Kanunu’nda bulunmamaktadır<sup>133</sup>. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na ilişkin Taslak Kanun’da dahi yer almayan bu şerh, Adalet Bakanlığı alt komisyonu çalışmalarında maddeye eklenmiştir<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> Yargıtay 2 HD, 5801/896, 01.02.2021.

<sup>132</sup> Günergök (n 45) 252.

<sup>133</sup> Ayan (n 16) s. 93.

<sup>134</sup> Adalet Bakanlığı alt komisyonunca madde metnine aile konutu şerhi eklenirken Yargıtay 2. HD’nin, “Ailenin özellikle kadınlarımızın ve çocuklarımızın Anayasa’nın 41. maddesi çerçevesinde korunması yerinde bir düzenleme olur. Fakat bu işlem yapılırken iyiniyetli üçüncü kişiler de aynı ölçüde korunmalıdır. Aksi halde meşhur tabir ile kaş yapalım derken göz çıkarırız.” şeklindeki önerisi dikkate alınmıştır. (Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 10) 216).

## A. Şerh Kavramı

Şerh, kanunda öngörülen bazı kişisel haklar veya aynı haklar üzerindeki bazı tasarruf kısıtlamaları için düzenlenen bir tapu işlemidir. Şerh edilen haklar şerh süresi boyunca kuvvetlenir<sup>135</sup>, taşınmazda sonradan hak kazanan kişilere karşı ileri sürülebilir ve şerhler üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmalarına engel olur<sup>136</sup>.

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün 23.6.2015 tarihli ve 2015/4 (1766) sayılı Genelgesi ile tüm şerh ve beyanlar 2.7.2015 tarihinden itibaren yalnız elektronik ortamda tutulmaktadır. Bu sebeple bu tarihten itibaren şerhler ve beyanlar artık tapu kütüklerine kaydedilmeyip elektronik ortama kaydedilmektedir. Kanunda öngörülen şerhler, kişisel hakların şerhi, tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi ve geçici tescil şerhi olmak üzere üç türlü olup TMK m. 1009, 1010 ve 1011'de düzenlenmektedir.

## B. Aile Konutu Şerhinin Konusu

Aile konutu şerhi, TMK m. 194/III'te, "*Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir.*" denilmek suretiyle düzenlenmiştir.

Aile konutu şerhi, eşlerden birinin mülkiyetinde olan aile konutunun tapu sicilindeki sayfasına diğer eşin talebiyle konulan şerhtir<sup>137</sup>. Aile konutu şerhinin verilmesi sayesinde tapu kütüğünde bir taşınmazın aile konutu olduğunun anlaşılabilirdiği ve tapuda malik eşle işlem yapacak kişiler için işlem güvenliğinin sağlanmış olacağı ifade edilmektedir<sup>138</sup>.

TMK m. 194/I'de aile konutunun maliki olan eşin diğer eşin rızasını almadan taşınmazı devredemeyeceği, aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıramayacağı düzenlenmiş olmakla birlikte, TMK m. 194/III'te öngörülen aile konutu şerhinin aile konutu üzerinde TMK m. 1023 gereği iyiniyetle aynı hak kazanımının engellenmesi amacıyla kanuna alınmış bir hüküm olduğu belirtilmektedir<sup>139</sup>.

Aile konutu şerhinin tapu müdürlüğünden talep edilebilmesi için söz konusu konutun "*aile konutu*" olarak değerlendirilebilir nitelikte olması, mülkiyetinin üçüncü bir kişiye ait olmaması<sup>140</sup> ve tarafların evli olması gerekmektedir. Resmî olarak evli

<sup>135</sup> Sirmen (n 45) 223.

<sup>136</sup> Antalya (n 129) 662; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri* (9. Bası, Der 2020) 40; Sirmen (n 45) 223.

<sup>137</sup> Badur, 'Aile Konutu Şerhi' (n 43) 14.

<sup>138</sup> Genç Arıdemir (n 45) 135.

<sup>139</sup> Sirmen (n 45) 236 – 237.

<sup>140</sup> Öztan (n 22) 324. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2 HD, 11885/11958, 16.9.2008, Yargıtay 2 HD,19308/10511, 15.4.2013, Yargıtay 2 HD, 406/2235, 10.2.2014.

olmayan kişilerin örneğin nişanlıların ya da boşanmış kişilerin TMK m. 194/III'e dayanarak tapu müdürlüğünden aile konutu şerhinin konulmasını talep edebilmeleri mümkün değildir<sup>141</sup>.

Aile konutunun paylı mülkiyete konu bir taşınmaz olması durumunda aile konutu şerhi yalnızca, aile konutu üzerinde paylı malik olan eşin payı üzerinde kurulabilmektedir. Ancak elbirliği mülkiyeti olan taşınmazlarda taşınmazın kullanımının oybirliği gerektirmesi ve tasarruf edilebilecek somut bir payın bulunmaması sebebiyle aile konutu şerhi kurulamaz<sup>142</sup>.

### C. Aile Konutu Şerhinin Konulması

Aile konutu şerhinin konulması, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmayan eş tarafından tapu müdürlüğünden talep edilir. Ancak eşin bu talebinin karşılanmaması ya da bazı sebeplerden ötürü karşılanamaması durumunda mahkemeye başvurması ve aile konutu şerhinin mahkeme kararı ile konulması mümkündür.

Tapu Sicili Tüzüğü'nün (TST) 17. maddesinin birinci fıkrasında kanundaki istisnalar dışında tapu sicilinde hak sahibi olan kişilerin tapu sicili üzerinde istemde bulunabileceği düzenlenmiş, ikinci fıkrasında da TMK m. 194/III'e paralel olarak aile konutu üzerinde malik olmayan eşin tapu kütüğüne aile konutu olarak şerh verilmesi talebinde bulunabileceği istisnası ayrıca düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemeler dikkate alındığında aile konutu şerhini hem aile konutunun maliki olarak görünen eşin hem de diğer eşin isteyebilmesi mümkündür. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2014/4 sayılı Genelgesinde de aile konutu şerhinin konulması talebinin malik eş ve malik olmayan eş tarafından tek başına yapılabileceği; eşlerin birlikte başvurmalarının da mümkün olduğu belirtilmiştir.<sup>143</sup>

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 18. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesi tarafından *"eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, anılarla dolu alanı hukuken tek bir kişiye ait olsa da artık ailenin konutudur ruhuyla korumaya çalışmakta olduğu, bu nedenle eşin tek taraflı olarak verdiği tahliye taahhüdüne dayalı takiple davacı eş ve çocukları evden tahliye edilemeyeceği, eşin bu hakkını ve mağduriyetini takibin tarafı olmasa da kanun açıkça korumakta olduğu*

<sup>141</sup> Baştürk (n 27) 1535; Ertekin (n 16) 179. Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 2 HD, 5022/8187, 3.6.2003, Yargıtay 2 HD, 2603/4723, 11.3.2010, Yargıtay 2 HD, 20465/4757, 5.3.2014.

<sup>142</sup> Badur, 'Aile Konutu Şerhi' (n 43) 18; Gençcan, *Aile Hukuku* (n 9) 657. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2 HD, 15235/23110, 18.11.2014.

<sup>143</sup> Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü 75467089-010.06.02/23652 Sayılı (2014/4) No'lu Genelgesi (Erişim: <https://www.tkgm.gov.tr>, 24.12.2023).

*gerekçesiyle” verdiği “TMK'nın 194. maddesine göre aile konutu sayılan evde yaşayan eşin rızasını içermeyen tahliye taahhütnamesine dayalı olarak tahliyenin gerçekleştirilmeyeceğine” dair kararını “tapu kaydı incelendiğinde taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi olmadığı” gerekçesiyle kaldırmış, Bölge Adliye Mahkemesi'nin bu Kararı Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır<sup>144</sup>.*

Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay'ın bu kararları, aile konutu şerhinin konulması hakkında talepte bulunulabilmesi için, eşlerden birinin aile konutunun maliki olması gerekmesi sebebiyle eleştirilmelidir. Kiracının eşinin rızasını almadan tahliye taahhüdü vermesi, dolaylı yoldan aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin eşlerden biri tarafından feshedilmesine yol açacağından TMK m. 194/1 korumasına aykırılık oluşturur<sup>145</sup>; ancak aile konutu olarak kiralanan taşınmaz üzerinde kiracı eşlerden birinin aile konutu şerhi talebinde bulunabilmesi Kanunda düzenlenmemiştir. Zira TMK m. 194/1, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin eşlerden biri tarafından feshedilemeyeceği ile ilgili bir düzenleme getirmiş, aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise eşlerden birinin kiraya verene yapacağı bir bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelebileceği ve bu andan sonra artık eşlerin kiraya verene karşı müteselsilen sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere kiralanan taşınmazı aile konutu olarak kullanan kiracı eşlerin tapu müdürlüğünden aile konutu şerhini talep edebilmesine ve bu şekilde malikin kiraya verdiği evini satmasına engel olmalarına kanun koyucu tarafından imkân verilmemiştir. Kiracının aile konutu şerhi koydurabilmesine imkân verilmemesine rağmen Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararının taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi olmaması gerekçesine dayanması isabetli değildir. Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de 2008 tarihli bir kararında<sup>146</sup> “...Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince, aile konutu olan taşınmazın tapu kaydına konutla ilgili şerh konulabilmesi için, o konutun eşlerden birine ait olması zorunludur. Mülkiyeti üçüncü kişiye ait taşınmaz, eşlerce aile konutu olarak kullanılıyor olsa bile, hak sahibi olan üçüncü kişinin bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını sınırlayıcı şekilde tapu kütüğüne aile konutu şerhi verilemez...” diyerek aile konutu şerhinin ancak eşlerden birinin malik olması halinde konulabileceğini açıkça belirtmiştir.

Aile konutu şerhi talebinde bulunulabilmesi için istenen belgeler TST m. 49/1-c'de düzenlenmektedir. Buna göre aile konutu şerhinin konulması talebinde bulunulabilmesi için nüfus idaresi sistemi veya nüfus müdürlüğünden alınacak yerleşim yeri belgesi ve medeni hali gösteren nüfus kayıt örneği belgelerinin tapu

<sup>144</sup> Yargıtay 12 HD, 7951/1285, 1.3.2023.

<sup>145</sup> Öztan (n 22) 311.

<sup>146</sup> Yargıtay 2 HD 894/2245, 25.2.2008.

müdürlüklerine başvuru sırasında götürülmesi gerekmektedir. Ayrıca Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2014/4 sayılı Genelgesinde, taşınmazın tapu sicilindeki ada parsel bilgileri ile başvuruda istenilen belgelerin çatıştığı durumlarda belediye, muhtarlık, kadastro müdürlüğü, apartman yönetimi gibi kurumlarda kanıtlayıcı belge alınması gerektiği düzenlenmektedir.

Aile konutu şerhinin konulması tapu sicil müdürlüklerinden istenebilmektedir. Çeşitli nedenlerle tapuda şerh koyulamamış ya da koyulamamışsa bu durumda mahkeme kararıyla da bu şerh konulabilir. Ancak dava yoluna başvurulmadan önce tapu sicil müdürlüğünden talepte bulunulmalı, sonuç alınamaması halinde dava açılmalıdır. Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de 2016 yılında<sup>147</sup> aile konutu şerhi için önce tapu müdürlüğüne başvurulması, talebin yerine getirilmemesi halinde yerine getirilmediğine dair bir belge alınması ve daha sonra mahkemeye başvurulması gerektiği, doğrudan aile konutu şerhinin konulması ile ilgili dava açılması durumunda davanın hukuki yarar yokluğu sebebiyle (HMK m. 114/1-h) reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Aile konutu şerhi ile ilgili davalarda yetkili mahkeme aile mahkemesi, aile mahkemesi olmayan yerlerde aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesidir.

#### **D. Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği**

Aile konutu şerhi, öğretide ağır basan görüşe göre açıklayıcı bir şerhtir<sup>148</sup>. Bu görüşe göre, aile konutu şerhi bir kurucu şerh olarak kabul edilirse kanunun sistematığıne aykırı bir durum oluşur ve TMK m. 194/1'deki eşin rızasına ilişkin hüküm yok sayılmış olur. Zira aile konutu, şerh konulduğu için aile konutu olmamıştır; taşınmaza aile konutu olduğu için şerh konulmaktadır<sup>149</sup>. Yargıtay da, aile konutu şerhinin açıklayıcı nitelikte olduğuna ve bu şerh konulmasa dahi konutun aile konutu niteliği taşıdığına dair Kararlar<sup>150</sup> vermektedir.

<sup>147</sup> Yargıtay 2 HD, 296/8504, 27.4.2016, Yargıtay 2 HD, 7967/11084, 16.10.2017, Yargıtay 2 HD, 13957/808, 18.1.2018.

<sup>148</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş (n 7) 185; Gümüş, *Yeni Şerhler* (n 14) 52. "Şerhin etkisi, kanundan doğan tasarruf yetkisi kısıtlamasına aleniyet kesbettirip aile konutu üzerinde işlem tarafı olmayan iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etmekten öte bir fonksiyonu bulunmadığından, ihdasi değil, ihbari niteliktedir." Günergök (n 45) 276; Kamacı, 'Rıza' (n 73) 137; Kamacı, 'Şerh' (n 44) 55; Öztan (n 22) 322; Şıpka, *Aile Konutu* (n 50) 147.

<sup>149</sup> Gençcan, *Aile Hukuku* (n 9) 730 – 731.

<sup>150</sup> Yargıtay 2. HD, 18723/2111, 8.2.2016: "Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmesi bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Zira dava konusu taşınmaz şerh konulmasa dahi aile konutudur. Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakta aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir. Bu

Aile konutu şerhinin, TMK m. 1009 – 1010 ve 1011’de düzenlenen şerhler arasında açıkça düzenlenmemesi, öğretilerde tartışmalara yol açmıştır.

Kılıçoğlu<sup>151</sup>, aile konutu şerhinin TMK m. 1009’da düzenlenen kişisel hakların şerhleri arasında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Zira Kılıçoğlu, şerh yapılmadıkça işleme taraf olan kişinin (malik olan eşle aile konutuna ilişkin aynı hak kazanımını konu edinen sözleşme yapan kişinin) kazanımının TMK m. 1023 uyarınca korunacağından bahisle<sup>152</sup> şerhin diğer eşe tanınmış kanunla öngörülen bir hak olduğunu kabul etmektedir<sup>153</sup>.

Aile konutu şerhinin TMK m. 1010’da düzenlenen tasarruf yetkisi kısıtlanması şerhi olduğunu savunan yazarlar<sup>154</sup>, şerhin konulmamış olmasının işleme taraf olan kişinin iyiniyetli olup olmaması açısından bir önemi olmadığını, bu tescilin her halükârda yolsuz olacağını, şerhin yalnızca işleme taraf olan kişilerle işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyetli olmaları halinde TMK m. 1023 korumasından yararlanmasını engelleyeceğini dile getirmektedirler<sup>155</sup>. Bu görüşü savunan yazarlara göre aile konutu şerhinde malikin tasarruf yetkisine dair sınırlama kanundan doğmaktadır<sup>156</sup>.

Aile konutu şerhinin TMK m. 1011’de düzenlenen geçici tescil şerhlerinden olduğunu savunan görüşe göre<sup>157</sup> aile konutu şerhi, hak sahibi olmayan eşin açacağı tapu sicilinin düzeltilmesi davasında olası devir işlemlerinde üçüncü kişilerin iyiniyetini

---

*nedenle aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh 'kurucu' değil 'açıklayıcı' şerh özelliğini taşımaktadır."* Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay HGK., 2056/1201 15.4.2015, Yargıtay 2 HD, 6764/6194, 25.5.2017, Yargıtay 2 HD, 5647/5658, 11.9.2021, Yargıtay HGK, 302/1513, 15.11.2022.

<sup>151</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı* (1. Bası, Turhan 2002) 21.

<sup>152</sup> Bu görüş hakkında eleştirilerimiz için bkz. yuk. III, C. Aynı yönde görüş için bkz. Badur 'Aile Konutu Şerhi' (n 43) 23.

<sup>153</sup> Kılıçoğlu, *Rıza* (n 151) 21. Kamacı, aile konutu şerhinin TMK m. 1010’da düzenlenen tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi olduğunu savunmakla birlikte şerh konulmadığı takdirde işleme taraf olan kişinin iyiniyetinin korunacağı görüşü hususunda Kılıçoğlu’na katılmaktadır. Ayrıntı için bkz. Kamacı, 'Rıza' (n 73) 134.

<sup>154</sup> Ayan (n 16) 85; Çabri (n 6) 409; Demirbaş (n 63) 423; Doğan, 'Yenilikler' (n 45) 111; Gümüş, *Yeni Şerhler* (n 14) 52; İşleten (n 95) 951 Sirmen (n 45) 236.

<sup>155</sup> Murat Doğan, 'Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu' (2002) 4 (1-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 285, 294; İşleten (n 95) 927.

<sup>156</sup> Gümüş, *Yeni Şerhler* (n 14) 9; Hasan İşgüzar, 'Taşınmaz Mülkiyetinin Tapu Sicilinde Görünmeyen Kısıtlamaları' in Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Sayın ve Nesli Şen Özçelik (eds), *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk – İsviçre Hukuku* (17 – 18 – 19 Şubat 2016) (Yetkin 2017) 571, 576; Mustafa Kırmızı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu* (3. Bası, Şen 2014) 50.

<sup>157</sup> Armutcuoğlu (n 41) 429.



kaldırıcı bir işlev görür. Aile konutu şerhinin üçüncü kişiye devir işlemi gerçekleştirilmeden de yapılabilmesi aile konutu şerhinin "öncelenmiş bir geçici tescil şerhi" olduğunun göstergesidir<sup>158</sup>.

Serozan da<sup>159</sup> aile konutu şerhinin bir geçici tescil şerhi olduğu görüşündedir. Yazara göre aile konutu şerhinin verilmesi ancak aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, diğer eşin rızasını almadan üçüncü kişilerle aile konutuna ilişkin bir işlem yaparsa, mahkemeden, yolsuz tescilin düzeltilmesi davası sırasında ve dava sonuçlanana kadar istenebilecektir<sup>160</sup>. Bu görüş, geçici tescil şerhinin verilebilmesi için sicil dışı bir aynı hakkın bulunmasının gerektiği; ancak aile konutu şerhinin verilmesini isteyen tarafın aile konutu üzerinde bir aynı hakkı bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>161</sup>.

Hatemi<sup>162</sup>, aile konutu şerhinin gerçek anlamda bir şerh değil bir beyan olduğunu, beyanların da doğrudan doğruya kanundan doğdukları ve şerhin etkisine sahip olduklarını savunmaktadır<sup>163</sup>.

Kurt'a göre<sup>164</sup>, aile konutu şerhi TMK'da düzenlenen üç şerhin kapsamına da girmemektedir. Yazar bu konuda, aile konutu şerhinin üç şerh türüne de girmediğinin, TMK m. 194/III ile farklı bir şerh türünün düzenlendiğinin kabul edilmesi gerektiğini ya da aile konutu şerhinin teknik anlamda bir şerh değil bir beyan olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>165</sup>.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2016 tarihli bir Kararında<sup>166</sup> aile konutu şerhinin kurucu değil açıklayıcı bir şerh olması; bu sebeple konutun üzerinde şerh olmasa dahi şerhin öngördüğü korumadan yararlanılması gerektiği gerekçesinden hareketle işleme taraf olan kişinin iyiniyetli olup olmamasının bir önem taşımadığına, diğer eşin rızası alınmadan yapılan ipotek işleminin geçersiz olduğuna karar vermiştir.

Kanaatimizce aile konutu şerhi, sayılan sebeplerle, kanunda sayılan üç şerh türü içerisinde de değerlendirilemez. Kurt ve Hatemi tarafından ileri sürülen görüşlerin

---

<sup>158</sup> ibid 429.

<sup>159</sup> Serozan (n 81) 593.

<sup>160</sup> ibid 593.

<sup>161</sup> İyilikli (n 45) 238.

<sup>162</sup> Hatemi ve Kalkan Oğuztürk (n 43) 83.

<sup>163</sup> ibid 83.

<sup>164</sup> Kurt (n 43) 38.

<sup>165</sup> ibid 38.

<sup>166</sup> Yargıtay 2 HD, 21903/2479, 15.2.2016. Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 2 HD, 4049/9795, 12.5.2016, Yargıtay 2 HD, 6764/6194, 25.5.2017.

isabetli olduğu, TMK m. 194/III'te düzenlenen aile konutu şerhinin mevcut şerhlerden ayrı bir şerh türü olduğunun; eğer bu kabul edilmeyecek ise beyan niteliğinde<sup>167</sup> olduğunun kabul edilebileceği görüşünü taşımaktayız.

Aile konutu üzerinde malik olmayan eşin, aile konutuna ilişkin TMK m. 1009 kapsamında şerh edilebilecek bir kişisel hakkı bulunmamaktadır. Bu sebeple aile konutu şerhinin hukuki niteliğinin, kişisel bir hakkın şerhi niteliğinde olduğunun ileri sürülmesi yerinde değildir. Aile konutu şerhini TMK m. 1010'daki tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler içerisinde değerlendiren görüşe de kanun koyucunun amacının aile konutunun üzerinde yalnızca tasarruf işlemlerinin değil aynı zamanda borçlandırıcı işlemlerin de diğer eşin rızası olmadan geçersiz sayılması olduğu gerekçesiyle katılmamaktayız. Aile konutu şerhinde, şerh konusunu, taşınmazın aile konutu olduğu bilgisi oluşturmaktadır. Bu çerçevede şerh talep edebilecek olan eşin aile konutu üzerinde bir aynı hak iddiası söz konusu olmadığından, aile konutu şerhinin TMK m. 1011'de düzenlenen geçici tescil şerhi niteliğinde olduğu görüşünün de kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.

Malik olan eşle işlem yapan kişi, taşınmazı bir başkasına devretmişse, üzerinde aile konutu şerhi olmayan taşınmazlarda devralan bu üçüncü kişinin iyiniyeti, TMK m. 1023 uyarınca korunur<sup>168</sup>. Ancak tescilin yolsuz olduğunu, aile konutuna ilişkin devrin diğer eşin rızası alınmadan yapıldığını bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi iyiniyetli sayılamaz ve bu nedenle yolsuz tescile güvenerek iyiniyetle hak kazanan kişi durumunda olamaz<sup>169</sup>.

TMK m. 194/III'te düzenlenen şerhin açıklayıcı nitelikte bir şerh olduğu ve konutun, aile konutu olduğuna dair şerh konulmamış olsa dahi bu niteliğini koruduğu, TMK m. 194/I gereği de diğer eşin rızası alınmadan devredilmesi halinde işleme taraf olan kişinin geçersiz olan bu işlemde yolsuz tescile güvenen iyiniyetli üçüncü kişi olmadığı, işlemin tarafı olduğu, bu nedenle de eşle yaptığı işleme konu hakkı kazanamayacağı görüşüne katılmaktayız. TMK m. 194/III'te düzenlenen aile konutu şerhi, malik eşle işlem yapan karşı taraf ile işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldıran bir işleve sahiptir. Zira malik olan eşle işlem yapan kişi tapuda malik olarak görünmektedir. Bu durumda tapuda aile konutu şerhi de bulunmuyorsa, malik

<sup>167</sup> Nitekim Kamacı'nın da belirttiği üzere beyanlar da şerhler gibi kişinin TMK m. 1023 uyarınca iyiniyetli sayılmasına engel olurlar. Kamacı, 'Şerh' (n 44) 45.

<sup>168</sup> Kamacı 'Rıza' (n 73) 133; Yargıtay 2 HD, 20456/3112, 22.2.2010.

<sup>169</sup> Yargıtay 2 HD, 11412/15931, 17.9.2007, Yargıtay 2 HD, 20199/5520, 23.3.2010. Yakuppur'a göre bu kapsamda "iyiniyet" olabildiğince daraltılmalı ve kişinin bu korumadan yararlanabilmesi için iyiniyetli olduğu konusunda en ufak bir tereddüt bulunmamalıdır. Bu sebeple "bilmesi gerekme" kriteri olabildiğince geniş yorumlanmalıdır. (Yakuppur (n 63) 793).

eşle işlem yapan karşı taraf adına yapılan tescil yolsuz tescil olacak, malikle işlem yapan karşı taraf ile işlem yapan üçüncü kişi bakımından yolsuz tescile güvenerek iyiniyetle hak kazanılması söz konusu olacaktır. TMK m. 194/1 düzenlemesine aykırı davranılması nedeniyle tescilin sebebini oluşturan hukuki işlem geçersiz olduğundan, tescil yolsuz bir tescildir. Aile konutu şerhinin bulunmaması durumunda tapudaki yolsuz tescile güvenerek aynı hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyeti TMK m. 1023 uyarınca korunur. İşte aile konutu şerhi tam da bu noktada, malik eşin yaptığı işleme taraf olmayan iyiniyetli üçüncü kişinin yolsuz tescile güvenerek aynı hak kazanımını önleyici bir etkiye sahip olmaktadır.

### **E. Aile Konutu Şerhinin Terkini**

Aile konutu şerhi, evlilik birliği sürdüğü sürece devam eder. Ancak bazı hallerde evlilik birliği devam ederken de şerhin terkininin talep edilmesi mümkündür. Aile konutu şerhi konulan taşınmazın aile konutu niteliğini kaybetmesi ya da eşlerin yeni bir aile konutu edinmesi durumlarında tapu müdürlüğünden aile konutu şerhinin terkin edilmesi istenebilir<sup>170</sup>. Aile konutu şerhinin kaldırılabilmesi için mutlaka talep gerekmektedir, tapu memuru aile konutu şerhini kendiliğinden kaldıramaz<sup>171</sup>.

Evlilik birliği sona erdiğinde aile konutunun aile konutu olma özelliği kendiliğinden sona erer. Bu durumda şerhin hukuki dayanağı kalmamış olacağından şerhin terkin edilmesi gerekir.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2014/4 sayılı Genelgesinde şerhin terkinini kimin ya da kimlerin talep edilebileceği düzenlenmektedir. Aile konutu şerhi malik olmayan eşin talebiyle konuldu ise malik olmayan eşin talebiyle, eşlerin her ikisinin birlikte talebi ile konulduysa yine her iki eşin birlikte veya lehine şerh konulan eşin talebiyle terkin edilebilir. Malik olan eş şerh talebinde bulundu ise aile konutu şerhinin terkin edilebilmesi için eşlerin birlikte başvurması ya da lehine şerh konulan eşin talebi ya da muvafakati gerekmektedir. Eşlerden biri ölmüşse şerhin terkinini sağ kalan eş tek başına talep edebilir. Boşanma ya da evliliğin iptali kararının kesinleşmesinden sonra ilamın ibrazı halinde malik olan eş, aile konutu şerhinin devam etmesine yönelik herhangi bir hüküm bulunmaması halinde şerhin terkinini

---

<sup>170</sup> Ertekin (n 16) 200.

<sup>171</sup> Gençcan, *Aile Hukuku* (n 9) 777. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2 HD, 9589/10505, 23.9.2004.

tek taraflı olarak talep edebilir. Ayrıca mahkeme ya da icra müdürlüğünün yazısı ile de aile konutu şerhinin terkinin mümkündür<sup>172</sup>.

## SONUÇ

“Evlilik birliğinin kurulmasından sona ermesine kadar eşlerin ve varsa çocuklarının sürekli kullanmak ve yaşamsal faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere oturduğu, ailevi faaliyetlerin merkezi olan mekân” olarak tanımlanabilecek aile konutu, Türk Medeni Kanunu’nda özel olarak düzenlenmiş ve ailenin korunmasına hizmet edilmesi amacıyla bazı işlemlerde diğer eşin rızası aranmıştır. TMK m. 194/1 hükmüne göre *“Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.”*

Eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen bu sınırlamanın hukuki niteliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte biz bu sınırlamanın hukuki niteliğinin kanundan doğan bir geçerlilik koşulu ve bu çerçevede işlemin geçerliliği için varlığı aranan bir etkinlik unsuru olduğu görüşüne katılmaktayız. Bu şekilde eşin vereceği rıza, işlemin geçerliliği için şart olan bir etkinlik unsurudur. Eşin rızası olmadıkça, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshedilmesi, aile konutunun devredilmesi veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlaması durumunda yapılan bu işlemler askıda hükümsüzdür.

Aile konutu üzerinde malik olan eşin diğer eşin rızasını almadan aile konutunu devretmesi ya da aile konutu üzerindeki hakları sınırlaması durumunda işleme taraf olan kişinin “iyiniyetli sayılıp sayılamayacağı” ve bu bağlamda “iyiniyetli sayılarak hakkı kazanıp kazanamayacağı” öğretide tartışılmalı bir husustur. Kanaatimizce aile konutu üzerinde diğer eşin rızasının alınmaması halinde işleme taraf olan kişinin iyiniyetinin TMK m. 1023 uyarınca korunması mümkün değildir. Zira TMK m. 1023 uyarınca iyiniyetin korunması için öncelikle kişinin “üçüncü kişi” olması gerekir. Malikle işlem yapan kişi, hukuki işlemin tarafıdır; hukuki işlemin tarafları ise üçüncü kişi sayılamazlar. Kaldı ki, işleme taraf olan kişi ile işlem yapan kişi gerçek hak sahibi olan eştir. Tapu sicili gerçek hak sahipliğini yansıtmakta olup ortada TMK m. 1023’ün şartlarından biri olan “yolsuz tescil” bulunmamaktadır. Bu durumda rızası alınmayan eş, işleme taraf olan kişiye tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açabilir. İşleme taraf olan kişi, vermiş olduğunun iadesini sebepsiz zenginleşmeye ve edimin niteliği gerektiriyorsa diğer bir iade talebine göre göre malik eşten talep edebileceği gibi;

<sup>172</sup> Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü 75467089-010.06.02/23652 Sayılı (2014/4) No’lu Genelgesi (Erişim: <https://www.tkgm.gov.tr>, 24.12.2023).

uğradığı zararı da *culpa in contrahendo* ve eğer sözleşme sonrası bakımından aydınlatma yükümlülüğünün ihlali türünden borca aykırı bir davranış bulunuyorsa, bu davranışa dayalı olarak da talep edebilir.

Aile konutu şerhinin hukuki niteliği ile ilgili de görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Kanaatimizce aile konutu şerhi TMK m. 1009 – 1010 ve 1011’de düzenlenen üç şerh türünün içerisinde de değerlendirilemez. Bu sebeple ayrı bir şerh türü olduğu ya da bir beyan niteliği taşıdığına kabul edilebileceği görüşüne katılmaktayız.

---

#### **Araştırma ve Yayın Etiği Beyanı**

Bu çalışma bilimsel araştırma ve yayın etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

#### **Yazarların Makaleye Olan Katkıları**

Yazar 1’in makaleye katkısı %100’dür.

#### **Destek Beyanı**

Araştırmada herhangi bir kurumdan destek alınmamıştır.

#### **Çıkar Beyanı**

Bu çalışmada herhangi bir çıkar çatışması bulunmamaktadır.

#### **Statement Regarding Research and Publication Ethics**

The study has been composed on the basis of the scientific research and the publication ethics rules.

#### **Authors’ Contributions**

Author 1 has contributed %100 to the study.

#### **Statement Regarding Financial Support**

Author states no funding involved.

#### **Statement Regarding Conflict of Interest**

Author states no conflict of interest.

---

## **KAYNAKÇA**

Acar F, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı* (5. Bası, Seçkin 2016)

Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, Cilt 2 (25. Bası, Beta 2024)

Antalya G, *Eşya Hukuku Giriş, Temel Kavram ve İlkeler*, Cilt IV/1 (Genişletilmiş 3. Bası, Seçkin, 2019)

Armutcuoğlu C. Y, ‘Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği’ (2011) 17 (1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 413 – 436

Ayan S, *Evlilik Birliğinin Korunması* (1. Bası, TBB Yayınları 2004)

Badur E, 'Eşin Rızası' (2013) 26 (109) TBB Dergisi 251, 302

—, 'Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Karşısında Aile Konutu Şerhinin (Ortadan Kalkan) Etkisi' (2015) 10 (110) Terazi Hukuk Dergisi 14, 30

Bağcı Ö, 'Aile Konutu Üzerinde Tasarruf' (2007) 4 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145, 175

Baştürk A, 'Türk Hukukunda Aile Konutu, Aile Konutuna İlişkin Sınırlandırmanın Hukuki Niteliği ve Üçüncü Kişilere Etkisi' (2007) 5 (53) Legal Hukuk Dergisi 1523, 1549

Bräm V and Hasenböhler F, 'Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB)' *Reihe ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. II/1c* (3. Auflage, Schulthess, 1998) 387, 429

Ceylan E, 'Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutunun Önemi' (2017) (128) TBB Dergisi 203, 230

Çabri S, 'Aile Konutu Şerhi' Çetingil ve Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı (Çizgi 2007) 401, 421

Dalcı Özdoğan N, 'Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi ile Diğer Eşin Rızası Alınmadan Yapılan Tasarruf İşlemi Kendiliğinden Geçerli Hale Gelir Mi?' (2018) 2 (8) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 135, 167

Demirbaş F, 'Aile Konutu Şerhinin İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Aynı Hak Kazanımlarına Etkisi ve Konuya İlişkin Yargıtay Uygulaması' (2017) 4 (12) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 420, 427

Doğan M, 'Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu' (2002) 4 (1-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 285, 300

—, 'Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler' (2003) 4 (52) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93, 129

Dural M, Öğüz T ve Gümüş M. A, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (17. Bası, Filiz 2022)

Erdem M, *Aile Hukuku* (2. Bası, Seçkin 2018)

Erkan V. U, 'Türk Medeni Kanunu'nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları' (2018) 30 (134) *TBB Dergisi* 431, 450

Erman H, *Eşya Hukuku Dersleri* (9. Bası, Der 2020)

Ertekin O, *Aile Konutu ve Aile Konutu Şerhi* (1. Bası, Adalet 2021)

Genç Arıdemir A, 'Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2002/7 Sayılı, 11.06.2002 Tarihli Genelgesinin Aile Konutu Şerhine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' in Hüseyin Hatemi (ed), *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan* (Seçkin 2006) 125, 148

Genççan Ö. U, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Cilt 2 (Madde 185 – 494)* (1. Bası, Yetkin 2021)

—, *Aile Hukuku* (1. Bası, Yetkin 2011)

Gümüş M. A, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri* (1. Bası, Vedat 2008)

—, *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler* (2. Bası, Vedat 2007)

Günnergök Ö, 'Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Ayni Hak İktisabı' (2009) 1-2 (8) *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 249, 283

Gürses D, 'Aile Konutu Üzerinde Kurulan İpoteğin Eş Rızası Yokluğu Nedeniyle Yolsuz Hale Gelmesinden Kaynaklanan Zarardan Devletin Sorumluluğu' (2018) 29 (106) *Bankacılar Dergisi* 69, 89

Hancı F, 'Aile Konutu ve Tapu Kütüğüne Güven İlkesi' (2022)17 (194) *Terazi Hukuk Dergisi* 43,52

Hatemi H ve Kalkan Oğuztürk B, *Aile Hukuku Ders Kitabı* (5. Bası, Vedat 2016)

Hüseyin İ, 'Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar ve Korunması' (2018) 3 (67) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 577, 604

İşgüzar H, 'Taşınmaz Mülkiyetinin Tapu Sicilinde Görünmeyen Kısıtlamaları' in Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Sayın ve Nesli Şen Özçelik (eds), *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk – İsviçre Hukuku* (17 – 18 – 19 Şubat 2016) (Yetkin 2017) 571, 591

İşleten M. İ, 'Aile Konutu Şerhi ve Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2-591, K.2006/624 Sayılı Kararı

Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2014) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 927, 953

İyilikli A. C, 'Boşanma, Evliliğin İptali ya da Eşlerden Birinin Vefatının Aile Konutuna İlişkin Tasarrufun İptali Davasına Etkisi' (2018) (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 233, 294

Kamacı M, 'Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK.nun 194. Maddesi)' (2004) 30 (1-2) Yargıtay Dergisi 113, 138

—, 'Tapu Kütüğüne 'Aile Konutu Şerhi'nin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlik Süresi ve Terkin Sorunu' (2010) 36 (3) Yargıtay Dergisi 23, 60

Kılıçoğlu Ahmet M, *Aile Hukuku* (5. Bası, Turhan 2020)

—, *Medeni Kanun'umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler* (3. Bası, Turhan 2014)

—, *Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı* (1. Bası, Turhan 2002)

Kırmızı M, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu* (3. Bası, Şen 2014)

Kurt L. M, 'Aile Konutu Şerhinin Hukukî Etkisi' (2018) 13 (146) Terazî Hukuk Dergisi 33, 44

Nebioğlu Öner Ş, 'Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri' (2011) 24 (97) TBB Dergisi 117, 154

Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1 (19. Bası, Vedat 2021)

Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *'Eşya Hukuku'* (21. Bası, Filiz, 2018)

Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan 2015)

Serozan R, 'Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım' in Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, Hasan Seçkin Ozanoğlu ve Süleyman Yılmaz (eds) *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan* (Seçkin 2009) 591, 594

Sirmen L, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Yetkin 2022)

Şıpka Ş, *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194)* (2. Bası, Beta 2004)



—, 'Türk – İsviçre Hukuku'nda Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler' in Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Sayın ve Nesli Şen Özçelik (eds), *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk – İsviçre Hukuku* (17 – 18 – 19 Şubat 2016) (Yetkin 2017) 623, 639

Uçar A, '4721 Sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu Müessesesi' (2006) 10 (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 395, 442

Yakuppur S, 'Aile Konutu ve Tapu Kütüğüne Güven İlkesi' (2016) 11 (145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 777,797

Yalman S, 'Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu' (2004) 12 (3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, 30



## ULUSLARARASI HUKUK, ŞİDDET VE İDEOLOJİ (\*)

### *International Law, Violence, and Ideology*

  **Göksu UĞURLU (\*\*)**

#### ÖZET

Uluslararası hukuk, genellikle şiddet ile karşıt bir anlam taşıyan olgusal ve kuramsal bir düzlemde ele alınmaktadır. Hukukun toplumsal barışı ve refahı destekleyen bir mekanizma olduğu ve "uygar" ülkelerde oluşmuş norm ve değerleri diğer ülkelere aktardığı varsayılmaktadır. Ancak uluslararası hukuk, tarihsel kökenleri ve değer sistemi itibarıyla uluslararası ilişkilerdeki güç ve şiddet dinamiklerini düzenlemek gibi temel bir işleve sahiptir. Bu çalışma, uluslararası hukukun şiddetle ilişkisini kuramsal bir çerçevede ele almaktadır. İlk olarak, kapitalist üretim tarzı ile hukuk arasındaki bağlantılar incelenerek, hukukun toplumsal üretim ilişkilerindeki yeri tartışılacaktır. Ardından, uluslararası hukukun kökenlerine dair iki önemli düşünürün görüşleri eleştirel bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Son olarak, uluslararası hukukun egemen bir üst otoritenin yokluğunda "hukuk" olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunu da ele alan biçimde şiddet ile rabitası irdelenecektir. Bu bağlamda, tarihsel materyalist yaklaşım uluslararası hukuku nesne olarak ele aldığı anda beliren çıkarımlar

\* Araştırma makalesi.  
(Research Article).

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.

(This article has been checked for plagiarism and peer reviewed).

Gönderim Tarihi (Submitted): 29.01.2025. Kabul Tarihi (Accepted): 21.02.2025.

Bu çalışma, yazarın Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Doktora Programı kapsamında hazırladığı "Uluslararasılaşan Burjuva İktidarının Bir İşlevi Olarak Egemenlik: Irak'ta 2003 İşgali Sonrası Devletin Yeniden Biçimlendirilmesi" başlıklı tezinden üretilmiştir.

(The article has been derived from the author's Ph.D. thesis titled "Sovereignty as a Function of the Internationalized Political Power of the Bourgeoisie: Restructuring of the State After the 2003 Occupation of Iraq" which was composed as part of the Ankara University Institute of Social Science Political Science and Public Administration Ph.D. Programme).

\*\* Dr. Araştırma Görevlisi, Hacettepe Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü.

yazının çerçevesini oluşturacaktır. Çalışma, uluslararası hukukun şiddetle ilişkisini sorgulayan bir perspektif sunarak onun toplumsal yapı içerisindeki yeri ile ideolojik süreçlerdeki kurucu rolünü anlamlandırma çabalarına katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası hukuk, Güç, Şiddet, İdeoloji, Meta-biçim.

## ABSTRACT

International law is often conceptualized as fundamentally opposed to violence, both as an empirical phenomenon and within theoretical discourse. It is commonly assumed that law functions as a mechanism for promoting social peace and welfare, transferring norms and values developed in “civilized” nations to others. However, international law, by its historical origins and normative foundations, serves a fundamental role in regulating power dynamics and violence in international relations. This study examines the relationship between international law and violence within a theoretical framework. First, it explores the connection between the capitalist mode of production and law, analyzing the role of law within social relations of production. Second, it critically engages with the perspectives of two key thinkers associated with the origins of international law. Finally, it addresses whether international law can be considered “law” in the absence of a sovereign higher authority and investigates its link to violence. In this context, the study is framed by insights derived from a historical materialist approach to international law. By questioning the relationship between international law and violence, the research aims to contribute to a deeper understanding of its role within social structures and its foundational function in ideological processes.

**Key Words:** International law, Force, Violence, Ideology, Commodity-form.

## GİRİŞ

Uluslararası hukuk, genel itibarıyla, anaakım düşünce evreninin içerik kazandırdığı bir kavram setine yaslanılarak şiddet ile karşıt bir anlamı haizmiş gibi ele alınmaktadır. Hukukun toplumsal refah ve barışın vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilmesine yakın bir damardan, “uygar” ülkelerde geliştiği biçimiyle “uygar olması arzulan” ülkelere birtakım norm ve kuralları benimsemesi öğütlenmektedir. Bu minvalde, temeline kutsal olan “insan”ın haklarını yerleştiren bir düzenekten şiddeti teşvik etmek şöyle dursun, onu barındırması dahi beklenmemektedir.

Oysa hem tarihsel anlamda kuruluşu ve gelişimi, hem de üzerinde inşa edildiği değer ve norm sistemi bakımından uluslararası hukukun, uluslararası ilişkilere hâkim olan güç ve şiddet ilişkisini düzenlemek gibi asli bir görevi bulunmaktadır. Anılan sebeple uluslararası hukuktan bahsedildiğinde şiddet ve onun biçimlerini ele almak kaçınılmazdır.

Bu çalışma, yukarıdaki iddialardan yola çıkmakta ve birkaç adımda uluslararası hukukun şiddet ile ilişkisini -kuramsal bir zeminde- tartışmayı hedeflemektedir. İlk olarak, kapitalist üretim tarzı ile hukuk arasındaki ilişkiden hareketle hukuk, zor/şiddet ve ideoloji arasındaki bağlantıların irdelenmesiyle başlanacaktır. Burada, ilk önce, genel bir hukuk kuramından ziyade hukukun toplumsal üretim ilişkileri çerçevesindeki konumuna değinilmesi gündeme gelecektir. İkinci olarak, uluslararası hukukta hâkim olan ve yeniden üretilen birtakım temalar ile kavramları tartışmak üzere "uluslararası hukukun kökenleri" kabul edilen<sup>1</sup> iki düşünürün çalışmaları eleştirel bir incelemeye tabi tutulacaktır. Ancak belirtilmelidir ki, böyle bir incelemeye yer vermek, uluslararası hukukun ortaya çıktığı biçimiyle sürdüğü, değişmeden güncel ilişkileri düzenlemeye devam ettiği iddiasını taşımamaktadır. "Kökenlerin" tartışılması, dönüşüm içerisinde yeniden üretilen ve kapitalizm ile birlikte mekânsal anlamda yayılan toplumsal ilişkilerin içerisinde taşınan hususları belirtme amacı taşımaktadır. Çalışma, üçüncü olarak ise kuramsal tartışmaları uluslararası hukuk bağlamında yeniden ele alarak onu konumlandırmayı hedeflemektedir. Uluslararası hukukun, iç hukuk düzenleri gibi bir üst otoritenin, egemenin yokluğunda "hukuk" kabul edilip edilemeyeceği ve eğer kabul edilebilirse şiddetin karşısında konumlandırılıp konumlandırılmayacağı argümanlarını masaya yatıracaktır. Uluslararası hukukun söz konusu çerçevede anlamlandırılması için onun düzenlediği ve bir parçası olduğu toplumsal ilişkilere bakmak gerekmektedir. Bu bakımdan tarihsel materyalist yaklaşımın uluslararası hukuka tatbik edilmesiyle ortaya çıkan imkanlar hakkında, bazı çıkarımlar yapılacaktır.

Çalışmanın planını, yukarıda verilen haliyle, biçimlendiren yönetsel boyut hakkında birkaç açıklama yapmak çerçevenin anlaşılması için gerekli görünmektedir. Araştırmanın temel aldığı yaklaşım, uluslararası hukukun temel kavramlarını ve tarihsel gelişimini belirleyen unsurların toplumsal ilişkiler temelinde ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir. En genel haliyle *tarihsel materyalizm* olarak adlandırılabilir söz konusu yaklaşımın bu çalışmada esas alınacak kanadını Yapısal Marksizm olarak isimlendirmek mümkündür. Yazıda sıkça referans verilen ve felsefi-kuramsal zemini biçimlendiren bakış açısı Louis Althusser'in çalışmalarında

---

<sup>1</sup> Bkz. Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (Beta 2006) 8.

bulunabilmektedir. İkinci bir zemin, hukukun (ve yazı bağlamında uluslararası hukukun) meta-biçim ile rabitasını ortaya koyan Evgeny Paşukanis'in açtığı alanda bulunabilmektedir. Anılan iki Marksizm için yaklaşımın -konu bağlamında- uyumlu olduğunu ileri sürmek meşrudur.

Çalışmanın dayandığı kuramsal zemin böyle açıklandığında, uluslararası hukuk ile şiddet ilişkisini araştırdığı çerçevenin yüksek soyutlamaya dayalı ve felsefi-kuramsal bir hatta ilerlediğini ifade etmek gerekmektedir. Bu bakımdan normatif bir düzleme yaslanan veya uluslararası hukukun tarihsel gelişimine dayalı bir tartışmadan ziyade kavramsal çerçeveyi oluşturan fikirler ve bunları biçimlendiren toplumsal yapılara atıf yapılacaktır. Böylece, yüksek soyutlama düzeyinde hukuk ile zor ve ideoloji arasındaki ilişkiye vurgu yapılarak öncelikle devletin söz konusu çerçevedeki yerinin tespit edilmesi hedeflenmektedir. Yazının devamında anılan tespitin uluslararası hukuk ile şiddet arasındaki ilişkiye dair farklı çıkarımlar yapmaya faydası olacağı düşünülmektedir.

## I. HUKUK, ZOR VE İDEOLOJİ

Araştırma, ilk olarak, tarihsel materyalizm görüşünden faydalanarak hukuk ile şiddet arasındaki ilişkiye dair bazı çıkarımlar yapmayı amaçlamaktadır. Bu şekilde, kapitalist uluslararası işbölümü<sup>2</sup> ile rabitası dahilinde yayılan hukuki ilişkilerin ve bağlantılı olarak uluslararası hukukta zor/şiddetin yerine ve bunun ideolojik kerte ile bağlantısına dair kuramsal bir zemin oluşturmak mümkün olabilecektir.

Kapitalist toplumsal formasyonlarda hukukun nasıl tanımlanacağı ve nereye yerleştirileceği Marksizm için önemli bir konu olmakla birlikte görece ihmal edilmiştir<sup>3</sup>. Bağlantılı şekilde hukukun baskı ile mi yoksa ideoloji ile mi ilişkilendirileceği sorunu güncelliğini korumaktadır. Hukukun ne kadar özerk olabileceği, bir başka deyişle hukukun doğrudan burjuvazinin elindeki silahlardan biri olup olmadığı Marksist kuramın kapitalist toplumların analizinde karşılaştığı çetrefil sorunlardandır.

<sup>2</sup> "Kapitalist" uluslararası işbölümü kavramsallaştırması, küresel üretim ve bölüşüm ilişkilerinde ülkelerin buldukları konumları imlemekte ve genellikle eleştirel perspektif içerisinde ele alındığı haliyle eşitsiz uluslararası ilişkilere işaret etmektedir. Bağımlılık Okulu, Düzenleme Okulu gibi isimlerle anılan, Marksist yaklaşımın izinden giden ve ülkeler/uluslar arasındaki ilişkilere odaklanan bir açıklamayı asli bir unsur olarak alan düşünce akımlarının sıkça istihdam ettiği kuramsal bir araç olarak ele alınabilir.

<sup>3</sup> Onur Karahanoğulları, *Marksizm ve Hukuk: Diyalektik Hukuk Bilimi* (Yordam 2017) 7-11.

Yukarıda belirtilen ve uzun zamandır var olan bu sorunlarla ilgili olarak hukuki biçime odaklanan ve hukukun kapitalist toplumlarda neden var olduğu haliyle bulunduğunu açıklama yönünde önemli bir adım olan Sovyet hukuk teorisyeni Evgeny Paşukanis ile takipçilerinin çalışmaları dikkate değerdir. Aşağıda uluslararası hukuk bağlamında anılacak olan China Mieville'in<sup>4</sup> kendi yaklaşımını üzerine inşa ettiği "hukukun meta-biçim kuramı"nın kurucusu olan Paşukanis, Marksist bir hukuk kuramının, pozitivist teorinin içerisine sınıf mücadelesi unsurunu dahil etmekten daha fazlasını gerektirdiği savıyla meta-biçim kuramının ilk "taslağını" ortaya koymuştur<sup>5</sup>.

Anılan kuramın temel tezine göre hukuksal biçimler ile mübadele ilişkileri arasında ve meta sahibi ile hukuk teorilerinin hukuki süjesi arasında bağıntılar bulunmaktadır. "Hukuksal biçimler mübadele ilişkilerinden köken alır ve hukuksal biçimler zorunlu olarak mübadele ilişkilerini yansıtır"<sup>6</sup>. Pazarın varlığı ile pazar içerisinde gelişecek değişim ilişkilerinin sürdürülebilmesi; "zilyetlik, satım akdi, mülkiyet gibi hukuki kategoriler" in pazar ile birlikte var olmasını gündeme getirecektir. Özdemir ve Aykut'a göre,

"[M]eta biçimin mantığı, hukuki biçimin mantığı ile özdeştir. Çıkarların izole hale gelip karşıt menfaat sahibi olanların bulunduğu bir ortamda öne sürüldüğü yerde (maddi değişimin meta biçim halini aldığı yerde), istediği metayı istediği şeyle değiştirmekte "özgür", taşıdığı mal üzerinde "egemen", metalar evrensel eşitleyicinin terimleri ile değerlendirildikleri için "eşit" insan taşıyıcılar arasındaki ilişkiler, "hukuki biçim" aracılığı ile düzenlenir"<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> China Mieville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law* (Brill Academic Publishers 2005); China Mieville, 'The Commodity-Form Theory of International Law' in Susan Marks (ed), *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies* (Cambridge University Press 2008).

<sup>5</sup> Evgeny B. Pashukanis, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm* (Birikim 2002) 47; Mieville, 'The Commodity-Form Theory of International Law' (n 4) 105.

<sup>6</sup> Karahanoğulları (n 3) 207.

<sup>7</sup> Ali Murat Özdemir ve Ebubekir Aykut, 'Liberalizm ve Haklar', in Yalçın Bürkev vd. (eds), *Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri I* (NotaBene 2011) 298.

Pozitivist argümanın<sup>8</sup> aksine, mal sahibi ve hukukun süjesi olarak kabul edilen insan taşıyıcılar, "özgür", "eşit" ve "egemen" sıfatlarına, bu sıfatlar kendilerine yasa koyucu/devlet tarafından bahşedildiği için sahip değildir<sup>9</sup>.

Kapitalist üretim tarzının hâkim olduğu toplumsal formasyonlarda hukuk, insanı "doğal" hak süjesi olarak tanımlar ve hukuki söylem bu kabule dayanır. Ancak burada bahsedilen insan ile kapitalist toplumdaki birey mefhumu arasında bir rabita bulunmaktadır. İnsan, doğayı kendi mülkü haline getirebilir ve kendi mülkü haline getirdiği şeyi de pazarda satabilir<sup>10</sup> (Özdemir, 2008: 183). Bu bakımdan bütün insanlar eşit hukuki özneler olma sıfatıyla mülkiyet hakkına sahiptir<sup>11</sup>. Louis Althusser bu durumu şöyle vurgulamaktadır:

"Ama bazı öznelerin (kapitalist) üretim araçlarının mülk sahibi olmasını ve diğerlerinin (proleterler) üretim araçlarından yoksun olmasını kabul eden hiçbir yasa maddesi yoktur. Demek ki bu içerik (üretim ilişkileri) Hukukta yoktur, ama Hukuk aynı zamanda da bu ilişkileri garanti eder"<sup>12</sup>.

Bu durumda kapitalist hukuk esas itibarıyla toplumsal bütünlük içinde eşit olmayan ancak hukuk aracılığıyla biçimsel olarak eşit kabul edilen hak süjeleri üzerinden kapitalist üretim ilişkilerinin varlığını garanti altına alma işlevine sahiptir. Sermaye ilişkisinin ortaya çıkabilmesi için gerekli olan sözleşme biçimi, yalnızca üretim araçlarının üzerindeki özel mülkiyet sahipliği sorgulanmayan kapitalist ile emeği üzerindeki tasarrufu, emeğini metaa indirgeyerek satmak ile sınırlı olan ancak bu bakımdan özgür ve eşit sayılabilecek işçi hukuk önünde eşit kabul edilebilirse

<sup>8</sup> Pozitivist hukuk görüşü, hukukun biçimsellik özelliğinden hareketle, hukuk normunun içeriğinin tartışılmasının gereksiz ve faydasız olduğunu ileri sürmektedir. Söz konusu görüş, hukuk kurallarının bir yasa koyucu tarafından konulduktan sonra biçimsellik özelliği nedeniyle adalet, meşruiyet gibi sorunlardan bağımsız olarak kendi mantıksal iç tutarlılığı ve daha üst bir normdan yola çıkılarak mantıksal çıkarımlar yapılmasını tek geçerli hukuki süreç olarak ele almaktadır. Bu bakımdan amaçlar ve niyetlerden bağımsız, objektif ve genel olmaları nedeniyle hukuk kuralları olduğu gibi kabul edilerek hukukun işleyişi sağlanmalıdır. Erkan Akın, *Hukukun Temel Kavramları* (Kazancı 2004) 32-34. Böyle ele alındığında, anılan görüş içerisinden hukukun verili biçime nasıl kavuştuğu tartışma dışı bırakılmakta ve onun toplumsallığı bulanıklaşmaktadır. Yalnızca verili biçimiyle ve bir "irade" tarafından konulmuş kuralların hukuksallığı kabul edildiğinde, hem hukukun biçimsellik özelliğini ve verili biçimi meydana getiren toplumsal ilişkiler hem de içeriği oluşturan ve güç ilişkilerine bağlı somut toplumsal ilişkiler görmezden gelinmektedir.

<sup>9</sup> Karahanoğulları (n 3) 216. Ayrıca bkz. Pashukanis, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm* (n 5) 109-135; Evgeny B. Pasukanis, 'International Law' in China Mieville (ed), *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law* (Brill Academic Publishers 2005) 321-335.

<sup>10</sup> Ali Murat Özdemir, *Sözün Mülkiyeti* (Dipnot 2008) 183.

<sup>11</sup> Pashukanis, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm* (n 5) 129.

<sup>12</sup> Louis Althusser, *Yeniden Üretim Üzerine* (İthaki 2008) 104.



gerçekleşecektir. Bu itibarla kapitalist burjuva hukuku en temelde bazı ekonomik pratikleri düzenlemek ve gerektiğinde (sözleşme hükümlerine uyulmadığında) cezalandırmak amacıyla donanmıştır. Bahsi geçen ekonomik pratikler ise Althusser'in ifadesiyle, "mübadele pratikleridir, yani mülkiyet hakkını ve ona bağlı hukuki kategorileri (hukuki kişi, hukuki özgürlük, hukuk karşısında eşitlik, hukuki yükümlülük) varsayan (ve de bu hakka dayanan) meta alım satımıdır"<sup>13</sup>.

Paşukanis'in yaklaşımı takip edilirse, mübadele ilişkilerinin hukuki biçimler alması pazardaki meta sahibi olan hukuki özneler arasındaki "çatışma" neticesinde gerçekleşmiştir. Diğer bir deyişle, çatışma, normal olanı öncelemektedir. "Hukuksal biçim çekişme/çatışmanın tanımlanması ve çözülme yöntemlerinin geliştirilmesi ile oluşturulmuştur"<sup>14</sup>. Kapitalist toplumsal formasyonlarda hukuk (ya da genellikle zikredilen ismiyle modern hukuk) bu bakımdan piyasa ilişkilerine içkin olan çatışmanın "çözülmesi" ya da en azından piyasa ilişkilerinin normal seyrini belirlemek için bu çatışmalardan hareket edilmesi yoluyla biçimlenmiştir. Hukuk kurallarının bağlayıcılığına ek olarak zorlayıcı niteliğine ihtiyaç, somut eylemler ile söz konusu ilişkinin "normal" seyrinin dışına çıkılan durumlar için gereklidir. Akın'a göre,

"Hukuka uygun bir davranış esnasında bağlayıcı olan hukuk normu, hukuka aykırı bir davranışın vukuu halinde zorlayıcılığını gösterir. Zorlayıcılık, hükmün yerine getirilebilmesi için zaruridir. Normun bağlayıcılığı soyut zorlayıcılığı ise somuttur. Bağlayıcılık daha ziyade hükümle, zorlayıcılık ise müeyyide ile ilintilidir. Normun zorlayıcılığı sonuçta fiili bir müdahaleyi, zor, güç, şiddet kullanmayı gerektirebilir"<sup>15</sup>.

Zor, güç ve şiddet kullanımı, pre-kapitalist ilişkilerin işleyişinde söz konusu olan kişilerin kendi haklarını kendi güçlerine dayanarak hayata geçirmeleri yani "ihkak-ı hak"tan farklı olarak "modern" devletin uhdesine bırakılmıştır<sup>16</sup>. Karahanoğulları'nın sözleriyle,

"Barış durumunun değil, sürekli ihlallerle oluşmuş olan düzenin güvencesi olan devlet, hem üretim ilişkilerinin güvencesi hem de bunun hukuksal biçimi olan sözleşmelerin güvencesidir"<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> ibid 255.

<sup>14</sup> Karahanoğulları (n 3) 225.

<sup>15</sup> Akın (n 8) 42.

<sup>16</sup> ibid 41.

<sup>17</sup> Karahanoğulları (n 3) 216.

Hukukun baskıcı niteliği sermaye ilişkisi ve kapitalist üretim tarzının belirlediği biçimleriyle diğer toplumsal ilişkilerden çıkarılabilir. Hukuk her durumda ilgili konu bakımından bağlantılı bir cezalandırma sistemine ihtiyaç duyar. Hukukun işleyişi, sözleşmenin uygulanması koşuluna bağlıdır. Sözleşmeye uyulması ya da uyulmaması durumlarının ikisi de sözleşmenin uygulanması anlamına gelmektedir<sup>18</sup>. Aradaki fark, uyulmaması durumunda cezalandırmanın devreye girebilmesi ile ilgilidir<sup>19</sup>. Bununla birlikte hukuk pratiği her koşulda edimsel baskıya dayanmak durumunda değildir. Çoğu durumda baskının varlığı sözleşme hükümlerine uyulması için önleyici bir işlev görmektedir<sup>20</sup>.

Devletin alanına bırakılmış olan zorlayıcılık ötesinde, hukukun ideolojik işlevinden ve bununla bağlantılı olarak hak süjesi saydığı "kişi"yi nasıl oluşturduğunu anlamlandırmak elzemdir. Althusser'in ifadesiyle,

"Devlet aygıtı dediğimiz şu öteki somut gerçeklikle belirli bir soyutlama (doğruyu söylemek gerekirse, apayrı bir soyutluk kipliği) ilişkisi içinde bulunan hukuk, hem baskıcı hem de ideolojiktir"<sup>21</sup>.

Başka bir deyişle hukuk baskıyı kullanır ancak baskının meşruluğu dahi hukukun ideolojik yapısıyla ilgilidir: "Hukuk pratiği çoğu durumda 'hukuki-ahlaki ideoloji' olarak 'işlev görür'"<sup>22</sup>.

Bu bağlamda hukukun özgürlük, eşitlik, yükümlülük gibi nosyonları tekrar ele aldığı ifade etmek mümkündür. Fakat hukuk bunları "apaçık" gerçeklikler olarak aslında hukukun dışında "başka nosyonların yapılandığı ideolojik bir söylem içinde" biçimlendirmektedir<sup>23</sup>. Farklı bir ifadeyle, hukukun sıkça vurguladığı ve tartışılmaz kesinlikler ile kullandığı özgürlük, eşitlik, yükümlülük gibi nosyonlar üretim ilişkileri ile bağlantılı biçimde ele alınmalı ve ideoloji ile ilişkilendirilmelidir. Hâkim ideoloji içerisinde kurulan bu çerçeveye ek olarak kavramların farklı konjonktürlerde taşıdığı

<sup>18</sup> Althusser (n 12) 111.

<sup>19</sup> "Kanunun müeyyidesi, eylem öncesinde, caydırıcı bir unsur olarak işlev görür. Eğer caydırıcılık unsuru işe yaramamış da eylem gerçekleşmiş ise bu kez yapılması gereken, müeyyidenin uygulanmasıdır. Zorlayıcılık, müeyyidenin normu koyan otorite tarafından yerine getirileceği konusundaki geri dönülmez iradedir. İradeyi geri dönülmez yapan, artık siyasal otoriteyi de kayıt ve hükmü altına almış olan, dışsallaşmış ve kurumsallaşmış hukuk sistemidir. Zorlayıcı olan hukuktur. (...) Hukukun diğer toplumsal normlardan farklılığı, zorlayıcılık vasfının, önceden bilinen ve kesin olarak uygulanabilir olmasındandır." Akın (n 8) 39.

<sup>20</sup> Althusser (n 12) 112.

<sup>21</sup> ibid 258.

<sup>22</sup> ibid 117.

<sup>23</sup> ibid 115.

değişen anlamlar gözetilmeden hukukun sınıfsal niteliği anlaşılabilir: Hukuk, kullandığı kavramlar gibi kendi dışarı, yani toplumsal üretim ilişkileri ele alınmadan açıklanamaz.

Kapitalist üretim ilişkileri yalnızca ekonomik uygulamalara indirgenemeyeceğinden hukukun da sadece ekonomik pratiklerle ilgili olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak hukuki söylemin tanıdığı hak süjesi ile piyasada eyleyen mülk sahibi birey arasındaki bağlantı her durumda "üretim araçları sahibinin değer biriktirmesini, bu değeri kullanabilmesini ve çalışma, çalıştırma hakkı kapsamında emeğin bu ilişkiye dahil edilerek temellük edilmesini" evrensel insan hakları kapsamına sokacaktır<sup>24</sup>. Böylece hukuki söylem verili konjonktürde bu hak ile çelişmeyecek biçimde burjuva ideolojisinin içerdiği özgürlük kategorilerini hukukun düzenlediği alana dahil edebilecektir<sup>25</sup>. Bu hak ile çelişecek hak ve özgürlük talepleri ise insan haklarının evrensel farz edilen niteliği ile çeliştiği düşünülerek dışlanacaktır.

Bahsi geçen kurguya bakılarak hukukun ele aldığı özgürlük ve eşitlik nosyonlarının kendisinin dışında, daha genel bir ideolojik çerçevede kurulduğunu söylemek, hukukun dayandığı meşruiyet temelini de işaret etmektedir. Althusser'in sözleriyle, "Hukuki ideolojide, demek ki, 'insanlar'ın (yoksa, hukuki kişilerin değil) özgürlüğünü ve eşitliğini 'kuran' Hukuk değil, 'doğa'dır"<sup>26</sup>. Doğal olarak hak süjesi haline gelen insanların doğal olarak mülk edinebilme ve bunu piyasa koşullarında değerlendirme imkanlarına dayanan temel, burjuva ideolojisini oluşturan söylemler içerisinden anlam kazanacak ve "apaçık" gerçeklikler olarak karşı çıkılması düşünülemeyecektir.

Yukarıda belirtilenler Althusser'in "İdeoloji, bireylere 'özne' diye seslenir"<sup>27</sup> önermesiyle birlikte düşünüldüğünde hukukun inşa edici boyutu da göz önüne alınmalıdır. Özdemir, bu durumu şöyle ifade etmektedir:

"Hukuka uyma ilgiliyi zordan koruyabilir ya da bu uygunluk nedeniyle maddi menfaat elde edebilir, ancak uymanın asıl sebebi bu değildir; özne olmak, belirli maddi pratiklere katılabilmek, toplumsal olana dahil olabilmektir asıl sebep"<sup>28</sup>.

Başka bir ifadeyle, toplumsal ilişkilere katılacak somut insanların en başta hukukun tanıdığı "özne"lerden biri olması gerekmektedir; bu ilişkilere de kapitalist üretim tarzındaki en temel hukuki biçim olan sözleşmeler üzerinden dahil olması

<sup>24</sup> Özdemir, *Sözün Mülkiyeti* (n 10) 189.

<sup>25</sup> ibid 189.

<sup>26</sup> Althusser (n 12) 115.

<sup>27</sup> ibid 290.

<sup>28</sup> Özdemir, *Sözün Mülkiyeti* (n 10) 207.

beklenmektedir. Aksi takdirde, düzenlenilen ilişkiler içerisinde bir anomali olarak kalacak ve dışlanacaktır. Özdemir'e göre,

"[H]ukuksal düzenleme başka yerde oluşmuş olanı destekleyen bir düzenleme değildir. Ağırlıklı olarak iktisadi, ideolojik ve siyasi güç kaynaklarını hukukun biçimlendirici ve ölçüme müsait alanına çeken, bu biçim dolayısı ile içeriği dönüştüren inşa edici bir süreçtir. Çatışan çıkarlar arasında sadece hakem görevi görmez, kendisi tekil çıkarları belirleyen bir söylem olarak belirir, üretken varlığı ile hem kendisini hem de diğerlerini dönüştürür. Bu durumda, kapitalist toplumsal formasyonlarda, tarafların güçleri hukuk tarafından desteklenmez ama hukuk sisteminin ve hukuki biçimlerin etkin olduğu bir süreçte üretilir demek meşrudur. Tahakkümü zordan ayıran noktalardan birisi de budur"<sup>29</sup>.

Kapitalist toplumsal formasyonlarda devletin hukuki ideolojik aygıtının doğrudan doğruya kapitalist üretim ilişkilerinin işleyişini sağlama işlevi<sup>30</sup> böylece belirmektedir. Bu işlev olmaksızın piyasada karşılıklı ilişkiye giren "özne"lerin varlığından ve bu özneler arasında gerçekleşen sözleşme ile sözleşmenin uygulanması pratiklerinden bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Hukuki-ahlaki ideolojinin yokluğunda yalnızca baskı ve cezalandırma üzerinden –her ne kadar baskı ve cezalandırma olmaksızın hukukun işleyişinden bahsetmek olanaksızsa da- kapitalist hukuk açıklanamayacaktır.

Kapitalist hukuk, baskı ve ideoloji arasındaki ilişkiler kuramsal düzlemde bu şekilde özetlendikten sonra, uluslararası hukukun gelişimi içerisinde bu gelişimi anlamlandırma ve müdahale etme girişimlerinden en çok atıf yapılan Francisco de Vitoria'nın ve Hugo Grotius'un düşünceleri ele alınacaktır. Yukarıda kurulan hukuk ve şiddet arasındaki kuramsal bağlantıyla birlikte aşağıda anılan düşünürlerin fikirleri ele alındıktan sonra, uluslararası hukuk tartışmalarında tekrarlanan temalar ve kavramsal çerçevenin belirginleşmesi umulmaktadır. Böylece, nihayetinde China Mieville'in ortaya koyduğu argümanların zemini hakkında açıklayıcı bir çerçeve oluşmuş olacaktır.

## II. DOĞAL HUKUK VE EGEMENİN ŞİDDET KULLANIM HAKKI

Çalışmanın ikinci bölümü, uluslararası hukukun fikirsel kökenlerini oluşturduğu kabul edilen iki düşünürün katkılarını ele alacaktır. Söz konusu fikirlerin bir köken olmaktan

<sup>29</sup> ibid 208.

<sup>30</sup> Althusser (n 12) 260.

ziyade, düşünürlerin yaşadıkları konjonktürlerdeki gelişmelerle ilgisi bulunmaktadır. Daha sonra kapitalist uluslararası işbölümü ve "ulus-devletler sistemi"nin yerleşmesine neden olacak toplumsal ilişkilerin ilk etkileri bu dönemde gözlemlenebilmektedir. Bu nedenle aşağıda fikirleri eleştirel bir incelemeye tabi tutulacak Francisco de Vitoria ile Hugo Grotius'un kuramlarında kullandıkları temalar ve kavramların uluslararası hukukun gelişimi ve dönüşümünde, tarihsel uğraklarda değişen biçimlerde yeniden gündeme gelmeleri söz konusu olmuştur.

Aşağıda, ilk olarak, Francisco de Vitoria'nın görüşlerine ve özellikle "Haklı Savaş" temasını nasıl inşa ettiğine değinilecektir. Ardından, Hugo Grotius'un doğal hukuk geleneğine yaslanarak egemenlik kavramsallaştırmasına ulaşması ve bu egemenliği devletler arası ilişkiler bakımından zemini oluşturacak bir konuma taşıması betimlenecektir.

Vitoria, 15. yüzyıl sonu ve 16. yüzyıl başında, Avrupalı Hristiyan "kaşifler" tarafından Amerikan yerlilerinin kafirler olarak katledilmelerinin kabul edilebilir olduğu yönündeki argümanlara karşı çıkmış ve bu nedenlerle kilise içerisinde özgün bir konumda yer almıştır. Düşünür, İspanya Krallığı'nın Amerika kıtasını sömürgeleştirdiği dönemde yeni "keşfedilen" kıtadaki yerel topluluklarla kurulan ilişkinin doğurduğu hukuki sorunlar üzerine bir tartışmaya girişmiştir<sup>31</sup>. Ona göre, yerel topluluklar ile barışçıl bir ilişkiye girilmeye gayret edilmelidir. Mevcut durumda sürekli bir savaş ve katliam şeklinde gelişen ilişkilerin ötesinde "[t]abii yasa gereği, insan etkinliğinin üstün amacı barışçı bir uluslararası bir düzendir. Barışçı bir uluslararası bir düzen de, uluslararası ortak yarar kavramıyla özdeşleşir"<sup>32</sup>. Bu tema, uluslararası hukuk tarihi boyunca etkinliğini kaybetmeyen, "uluslararası ortak yarar"ı betimleyen unsurlar dönüşse de barışın çerçevesini çizmeye çalışan ve onu savaşın karşısında konumlandıran doğal hukuk geleneğinde izlenebilmektedir.

Düşünüre göre yerliler de akıl (*reason*) sahibidir ve bu nedenle "tanrısal yasa"nın parçası olmasalar dahi "doğal yasa"nın içerisinde yer almaktadırlar<sup>33</sup>. Burada Vitoria, Aquino'lu Thomas'ın geliştirdiği ve Orta/Feodal Çağ içerisindeki dönüşümler neticesinde 14 ve 15. yüzyıllarda güç kazanmış, hâkim hale gelmiş Kilise öğretisinden hareketle yasalar arasında bir ayırım yapmakta ve Hristiyanlık dışındaki insanlar olarak yerlileri konumlandırmaktadır. Vitoria "Yeni Dünya"da katliamlar ile yüzleşen yerlilerin de hakları olduğunu, ancak anılan hakların doğal yasaya uygun

<sup>31</sup> Antony Anghie, 'Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of the International Law' (2005) 5 Social & Legal Studies 321, 322.

<sup>32</sup> Cemal Bali Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı* (Dost 2013) 39-40.

<sup>33</sup> Anghie, 'Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of the International Law' (n 31) 323.

davranmaları durumunda geçerli olacağına ilişkin görüşünü tutarlı biçimde savunmuştur<sup>34</sup>. Anılan hakların başında ise mülkiyet hakkı gelmektedir ve İspanyol sömürgecilerin iddia ettiği aksine inançsızlık ve günah yerlilerin ellerinden bu hakkı alamamaktadır<sup>35</sup>.

Vitoria'ya göre, akıl sahibi ve doğal hukukun parçası olan yerliler siyasal olarak İspanyollara eşittir ve onların doğal haklarını da içeren ve uluslararası ilişkilerin temelini oluşturan ilkelere karşı çıkmamaları bu eşitliğin somutlaşması için elzemdir. Burada, uluslararası hukuk açısından kurucu nitelikte olan unsurlardan bir tanesi, Vitoria'nın yerlileri evrensel doğal hukuk sistemi olarak *jus gentium* içerisinde saymasıdır<sup>36</sup>. Kavram, kapitalist toplumsal ilişkilere öncel ve ulus-devlet yapısı oluşmadan ortaya çıkmış olan bir "ülkelerarasılık"a göndermede bulunmaktadır. *Jus gentium*'a dahil olarak yerlilerin de tıpkı "yeni dünya"yı işgal eden Avrupalı kuvvetler gibi mülkiyet hakları bulunmaktadır. Söz konusu yerliler, akıl sahibi insanlar olarak kendi toplumsal sistemlerini kurmuş, kendi kurallarını oluşturmuş birer topluluktur. Bu nedenle onların sebepsizce katledilmeleri *jus gentium*'a ve dolayısıyla doğal hukuka aykırı olacaktır. Fakat tam da *jus gentium*'a dahil edilmeleri nedeniyle, farklı da olsa bir akıl sahibi olan bu insanların birtakım ödevleri oluşmaktadır.

Kendileriyle karşılaşan diğer topluluklar ile iletişime geçmek ve onlar ile ticari ilişkilerde bulunmak ilkelere uyma ödevinin temel bir parçasıdır<sup>37</sup>. İspanyollar hem Hristiyanlığın elçileri olarak hem de kendileriyle ticari ilişkiler kurmak isteyen farklı topluluklar olarak bu hakka sahiptirler. Ne zaman ki yerliler bu hakkı inkâr edip İspanyolların Hristiyanlığı yayma ve onlarla -eşitsiz ve zorla da olsa- ticari bir ilişki kurma taleplerine yüz çevirmişlerdir, o vakit İspanyollar için "Haklı Savaş" zemini doğmuştur.

Böylece Vitoria yerlilerin doğal yasa gereği haklarını teslim ettikten sonra somut durumda sömürgecilerin karşılaşmakta oldukları bazı durumlar ile savaşın haklı gerekçelerle mümkün ve gerekli olduğu görüşünü de kuramına dahil edecektir. Bir başka deyişle savaş hukuku kuramının temellerini oluşturacaktır<sup>38</sup>. Haklı Savaşın (*Just War – Bellum Justum*) koşulları ve hangi durumlarda başvurulabileceği, tartışmasının

---

<sup>34</sup> Akal (n 32) 50.

<sup>35</sup> ibid 63.

<sup>36</sup> Anghie, 'Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of the International Law' (n 31) 325.

<sup>37</sup> ibid 326.

<sup>38</sup> Akal (n 32) 74.

temelinde yer almaktadır. En genel düzlemde haklı savaşın amacını insanlığın ortak yararı olarak belirtmektedir<sup>39</sup>.

Ortak yarar ile sömürgecilerin çıkarları arasında beliren "tesadüfi" örtüşme ile birlikte, özgür ve eşit insanların "toplum oluşturma" ve "iletişim kurma" hakları, sömürgecilerin yeni keşfedilen kıtadaki eylemlerinin meşru temellerini vermektedir. Akal'ın aktarımıyla,

"Denizler ve de tüm limanlar özgürce kullanılabilir, herkes istediği yere göç edebilir (*ius peregrinandi*), her yerde serbestçe dolaşıp, ticaret yapabilir (*ius commercii*), inancını zorlamaya başvurmadan yayabilir. Böyle özetlenebilecek olan ilke, Vitoria'nın modern kuramının temel taşıdır. İletişim hakkı ya da *ius communicationis*"<sup>40</sup>.

Diğer bir deyişle, hakkın temeli olan ve saygı duymaları beklenen doğal ilkelerin belirlenişinde yerlilerin değil, sömürgecilerin toplumsal koşulları belirleyici olmaktadır. Bahsi geçen hak ve yükümlülöklere ek olarak "barbarların" kendi aralarında uyguladıkları "zorbaca" yöntemler de aynı şekilde sömürgecilerin haklı savaşının bir nedeni olmaktadır düşünöre göre. Tanrı'nın insanlara verdiği "kendi hemcinslerini koruma görevi" nedeniyle sömürgeciler kendileriyle doğal hukuk gereği eşit olan yerlileri korumakla yükümlüdürler<sup>41</sup>.

Anılan "Haklı Savaş" ilan etme hakkı ise egemenin uhdesindedir. Fakat yerliler ve diğer topluluklar egemen olamazlar, çünkü Hristiyan değillerdir<sup>42</sup>. Farklı biçimde bir akla ve görece düzenli topluluklara sahip olabilirler ancak egemen olmak için gerekli olan nitelikleri haiz değillerdir. Vitoria, totolojik bir önerme biçiminde egemenin ancak içerisinde hiçbir eksiklik bulunmayan, başka bir şeye ihtiyaç duymayan "mükemmel topluluklara" ait olabileceğini belirtmektedir<sup>43</sup>.

Buradan hareketle denilebilir ki Vitoria, yerliler ile yapılacak savaşı dini bir gerekçeye değil, farklı topluluklar arası ilişkiye, yani seküler bir zemine dayandırmaktadır. Bu bakımdan Hristiyanlık ve karşısındaki kafir düşmanlar ikiliğini reddetmekte, savaşın haklı kılınmasını yerlilerin akıl sahibi ve doğal hukukun birer parçası olmasına bağlamaktadır. Meşruiyet zeminini dini zeminden seküler zemine taşıdıktan sonra ise egemenin niteliklerine dair yaptığı çıkarımlar aracılığıyla Hristiyanlığı sonradan

<sup>39</sup> ibid 75.

<sup>40</sup> ibid 78.

<sup>41</sup> ibid 81.

<sup>42</sup> Anghie, 'Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of the International Law' (n 31) 330.

<sup>43</sup> ibid 329.

dahil etmektedir. Bir başka ifadeyle Hristiyanlık bir neden değil, egemenin niteliğidir. Böyle inşa edildiğinde, uluslararası hukukun farklı konjonktürlerde edindiği içerikler ile "Haklı Savaş" bakımından egemenin niteliği değişebilir hale gelmektedir. Örneğin "demokratik bir rejime sahip olmak" benzer bir kurguda yer alabilmektedir.

Yukarıda Vitoria üzerine yorumlarından faydalanılan Antony Anghie, alan için önemi yadsınamayacak eserinde<sup>44</sup>, uluslararası hukukun sömürgeci pratikler içerisindeki gelişimini ele almaktadır. Yazar, uluslararası hukukun içerdiği eşitsizliklere eğilirken sömürgecilik ve emperyalizm arasındaki farkları, bunun uluslararası hukuka yansımalarını ve kapitalizmin birikim dönemleri ile bağlantılarını göz ardı etmektedir. Bu tutumun ana nedeni, uluslararası hukuk normlarının içerdiği eşitsizliklerin Üçüncü Dünya'nın ötekileştirilmesi üzerinden okunması ve karşıtlığın bu temelde ele alınmasıdır. Uluslararası hukukun düzenlediği ve aynı zamanda uluslararası hukukun kendisini de biçimlendiren maddi toplumsal ilişkiler yerine Avrupa'nın "öteki" ile karşılaşmalarına odaklanma durumu, yazarın Avrupamerkezcilik eleştirisinin de kısıtlı kalmasına yol açacaktır<sup>45</sup>. Bunun yerine, örneğin emperyalizmin siyasi bir baskı mekanizması olarak sınırlı bir biçimde ele alınması değil, artı-değer birikiminin tarihsel koşullar içerisinde dönüşen gereklilikleri ile rabatası içerisinde incelenmesi gerekmektedir. Böylece, uluslararası hukukun düzenlediği ülkeler arası ilişkiler, toplumsal üretim ilişkileri ile bağlantısı üzerinden okunabilecek ve somut incelemeler konjonktürü belirleyen yapısal unsurları bütünselliği içerisinde kavrayabilir hale gelecektir.

Vitoria'nın hukuki sorunlara evrenselci çözümler ararken keşfettiği birtakım temalar ve kavramsallaştırmalardan sonra, dönemin güç merkezlerinden biri olan Hollanda'da doğmuş düşünür Hugo Grotius'un görüşlerine yer verilebilir. Düşünür, egemenlik kavramı bağlamında, uluslararası hukukun "egemen eşit devletler" prensibi etrafında kuruluşunun fikrîsel mimarlarından biri olarak ifade edilebilir. İçinde bulunduğu koşullar göz önüne alındığında, Grotius da değişmekte olan toplumsal yapıyı anlamlandırma ve ortaya çıkan yeni ilişkilerin etkilerini mevcut ideolojik ve siyasi düzeneğin imkânları içerisinde ortaya koyma çabasıdadır. Dönemin düşünürlerine benzer biçimde "doğal hukuk" temelinde ele aldığı kuramı uyarınca egemenliği tanımlamış ve onun meşruiyet zeminini işaret etmeye gayret etmiştir.

<sup>44</sup> Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge University Press 2005).

<sup>45</sup> Samir Amin, *Avrupamerkezcilik: Bir İdeolojinin Eleştirisi* (Chiviyazıları 2007) 176.



Grotius'a göre egemenlik, "eylemleri bir başkasının denetimine bağlı olmayan, yaptıkları bir başkasının iradesiyle geçersiz kılınamayan" bir güçtür<sup>46</sup>. Bununla birlikte, düşünür her güç gibi söz konusu gücün de biri ortaklaşa, diğeri de özel olmak üzere iki taşıyıcısı bulunduğunu belirtmektedir. Egemenliğin ortaklaşa taşıyıcısı devlettir. Böylece, Grotius "tüzel kişilik" olarak gördüğü devleti gerçek kişilerden ayırmaktadır.

Grotius'un üretimde bulunduğu konjonktürde özellikle hukuki biçimin ticari ilişkilerin yeniden üretimindeki etkisi, düşünürün kavramsallaştırmalarında da ifadesini bulmaktadır. Köker'in ifadesiyle,

"Devletin ortaklaşa taşıyıcılığını üstlendiği "egemenlik" in, her biri kendi mülkiyet (egemenlik) alanlarına sahip "gerçek kişiler"i (bireyleri) "tek" bir baş altında toplayan bir "tüzel kişilik" diye nitelenmesi, XVII. Yüzyılda, özellikle de Grotius'un yaşadığı dönemde genelgeçer bir nitelik almış olan "ticaret toplumu" nun en temel özelliği olan "şirketler" in (korporasyonların) tüzel kişiliğinden kaynaklanmaktadır"<sup>47</sup>.

Grotius, devletin tüzel kişilik sahibi olmasını, devletin hukuk yoluyla kendi gövdesini oluşturmasına dayandırmaktadır. Bu hukuk ise, hem doğal hukuktan yani insan doğasının gereklerinden hem de gerçek kişiler olarak insanların iradelerini bir devlet kurma yönünde birleştirmelerinden oluşmaktadır<sup>48</sup>. Burada Grotius, daha sonra Hobbes, Locke ve Rousseau gibi toplumsal olanı bir sözleşme ile oluşmuş bir gerçeklik olarak kurgulayan düşünürlerle aynı çizgide yer almaktadır. Böyle bir kuramsal çizginin belirmesinin bir sebebi, toplumsal ilişkilere bakıldığında -daha önce de vurgulandığı üzere- sözleşmenin bir hukuki biçim olarak yayılması, üretim ilişkilerinin toplumsal yapıyı bu yönde değiştirecek itkilerinin bulunması olarak görülebilir. Grotius, artık belirli bir hakkın taşıyıcısı olarak gerçek kişilerin, bireylerin düşünölmeye başlandığı bir toplumsal yapı içerisinde fikirsel üretimde bulunmaktadır.

Söz konusu kuramsal çizginin belirmesinin bir diğeri sebebi ise feodal üretim tarzının hakimiyetinde biçim kazanmış bir toplumsal yapıdan kapitalist üretim tarzının hakim olduğu yeni bir biçime dönüşümde bulunabilir. Bu bakımdan, somut olan yönetici ve onun mülkü ile devletin mülkünün ayrışması ortaya çıkmakta olan kapitalist (modern) devlet türünün asli unsurlarındandır<sup>49</sup>. Feodal bir lort olan kralın siyasal

<sup>46</sup> Aktaran Levent Köker, 'Grotius: Doğal Hukuk, Mülkiyet ve Egemenlik' in Mehmet Ali Ağaoğulları and Levent Köker (eds), *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı* (İmge 2009) 101.

<sup>47</sup> ibid 103.

<sup>48</sup> ibid 103.

<sup>49</sup> Ellen Meiksins Wood, *Özgürlük ve Mülkiyet* (Yordam, 2012) 190.

iktidarın merkezileşmesi itkisi ile birlikte devletin mülkünü de idare eden bir konuma yerleşmesi, iktidarın gayrı-şahsi özellikler kazanarak tüzel kişilik gibi bir niteliğe bürünmesi süreci kapitalist (modern) devletin alamet-i farikalarından olacaktır.

Grotius, egemenliğin bir diğer taşıyıcısının, "özel taşıyıcısının" ise "her ulusun yasaları ve göreneklere (örf ve adetleri) uyarınca, ya bir kişi ya da daha çok kimse"<sup>50</sup> olduğunu belirtmektedir. Egemenlik, ya kralın (monarkın) ya da halkın elinde olabilir bir başka ifadeyle. Grotius, böylece egemenliğin kaynağı ile somut durumdaki uygulama biçimini birbirinden ayırmaktadır ve egemenlik ile egemenliğin dönüşümü üzerinde etkin olan doğal hukuk-pozitif hukuk ayrımını kuramının temeline yerleştirmektedir. Egemenlik, insan doğasının zorunluluklarından kaynaklanmaktadır yani doğal hukuk ile ilişkilidir. Egemenliğin biçimi, buyurma yetkisi ve bunların kullanılmasını kapsayan özel taşıyıcılık ise yürürlükte olan hukuk, yani pozitif hukuk ile ilintilidir<sup>51</sup>.

Tüzel kişilik kavramının siyaset yazınındaki erken kullanıcılarından olan Grotius, egemenin somuttaki görünümüne dair saptamalar yaparken egemenliğin meşruiyetini de kutsal otoritenin onayı yerine insan doğasına dayandırmaktadır. Sözleşme yapma kabiliyetine sahip bireyler olarak insanlar, doğalarının getirdiği zorunluluktan ötürü egemenliğin ortaklaşa taşıyıcısı devlete yetkiler tanımışlardır. Devlet ise, diğer devletler ile -tam da buradaki bireyler gibi- kendi topraklarının maliki olarak sözleşme esaslı ilişkilere girmektedir. Burada Grotius, gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasındaki hukuki bağıntıyı kullanarak Avrupa ekseninde gelişen uluslararası ilişkilerin sürdürülmesi için gerekli zeminin ilk kuramcısı olarak belirlemektedir.

Yukarıda verilen fikirler bağlamında doğal hukuk geleneğinin uluslararası hukuk bakımından kurucu kabul edilmesi nedeniyle onun egemenlik ile kurduğu ilişki ilgi çekicidir. İnsanı temel alan, insanı insan olarak kabul etme iddiasındaki bir kuramda dahi neden her insan topluluğunun egemen sayılmayacağına ilişkin doneler bu gelenek içerisinde bulunabilir. İlk aşamalarda dahi tartışmanın düğümlendiği yerlere bakıldığında, örneğin Vitoria için, yerlilerin insan olarak kabulünün onların toplumsal sistemlerinin geçerli kabul edilmesine yetmediği görülmektedir. Vitoria'nın çalışmalarından etkilendiği yönünde iddialar bulunan<sup>52</sup> Grotius, Avrupa içi ilişkileri düzenlemek üzere bir kuram oluştururken doğal hukuka yaslanmakta fakat bu hukuk ve kapsadığı haklar yalnızca Avrupa'da hâkim hale gelmekte olan toplumsal ilişkilere atıfta bulunmaktadır.

---

<sup>50</sup> Aktaran Köker (n 46) 104.

<sup>51</sup> ibid 105.

<sup>52</sup> Anghie, 'Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of the International Law' (n 31) 321.

Uluslararası hukuk tarihi ve güncel tartışmalar göz önünde bulundurulduğunda argümanların aynı hatları takip ettiği görülebilir. Aşağıda, hukuki biçimin uluslararası hukuk zemininde takibini yapılırken Vitoria ve Grotius'un başlattığı geleneğin etkisi hesaba katılarak uluslararası hukuk ile şiddet/zor ilişkisi irdelenecektir.

### **III. ULUSLARARASI HUKUKTA BİÇİM VE ŞİDDET İLİŞKİSİNE DAİR**

Yukarıda yapılan açıklamalar ve çalışmanın maksadı doğrultusunda uluslararası hukukun şiddet ile ilişkisinin kuramsal araçlar ile irdelenmesine geçilebilir. Bu bakımdan, uluslararası hukukun -daha önce belirtildiği üzere- düzenlediği toplumsal ilişkiler ile rabtası ele alınmalıdır. Söz konusu açıklama çabası, "Hukuk, Zor ve İdeoloji" başlığı altında serimlenen meta-biçim yaklaşımının uluslararası hukuka uygulanmasına dönük bir kuramsal iddiayı masaya yatıracaktır. Ancak benzer bir damardan ilerleyebilmek için öncelikle uluslararası hukukun "ne olduğu", daha doğrusu "hukuk olup olmadığı" sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Daha önce değinildiği gibi, pozitivist argüman hukukun belirli bir irade tarafından konulan kurallarla ve "hukuken korunan menfaatler" ile açıklanmasını öngörmektedir. Böyle bakıldığında, bir üst-otoritenin yokluğu uluslararası hukuk açısından onu ortaya koyan ve sonradan müeyyide ile destekleyen "meşru" bir güç odağının yokluğunda keyfiyete teslim olma tehlikesiyle karşı karşıyadır. Bu bakımdan hukuki niteliği sorunlu görünmektedir<sup>53</sup>.

Öncelikle, uluslararası hukukta "Austinci" perspektif<sup>54</sup> olarak adlandırılabilir ve yukarıda özetlenen yaklaşımın egemenlik ve devletin konumu bağlamında önemli bir sorunu bulunmaktadır: Egemenin buyruğu esas alınarak hukuk açıklanmaya kalkılırsa, egemen devletin hukuki bir varlık (entite) olarak açıklanması mümkün görünmektedir<sup>55</sup>. Buna ek olarak, Mieville'in belirttiği gibi uluslararası hukukun niteliği ve egemen ile buyruk-zor ilişkisini tanımlamak için bir üst-otorite kavramsallaştırması mecburi değildir. Yine Paşukanis'in kuramından hareketle, hukuki biçimin ortaya çıkması ve kapitalist ilişkilerin işleminde etkin hale gelmesi için "üstün" ve "soyut" bir baskı zorunlu görünmemektedir. Her ne kadar bunlar kapitalizmin işleyişinde "istikrar sağlama" gibi işlevler edinse de hukuki biçimin

<sup>53</sup> Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (Routledge 1997) 5-6.

<sup>54</sup> Mieville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law* (n 4) 18-19.

<sup>55</sup> McCarthy'den aktaran ibid 19.

kendisine dışsaldır<sup>56</sup>. Kısacası, üst-otorite eksikliği ve buyurma yetkisi sahibi bir egemenin yokluğu, uluslararası hukuku "daha az hukuk" yapmayacaktır.

Uluslararası hukukun niteliğini anlamlandırmak için bu bölümün odak noktalarından olan baskı/zor/şiddetin konumlandırılması faydalı görünmektedir. Bu maksatla, Mieville'in "uluslararası hukukun meta-biçim kuramı"<sup>57</sup> olarak adlandırdığı yaklaşımı ve onun Paşukanis'in fikirleri ile bağlantısı masaya yatırılmalıdır. Paşukanis'in hukuk kuramını esas alan ve bu kurama katkıda bulunan Mieville, uluslararası hukukun benzer biçimde ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu iddia doğrultusunda uluslararası ilişkiler alanına gelindiğinde Mieville, değişim ilişkilerinin ve dolayısıyla hukukun özneleri olan meta sahipliğinden devletin uluslararasındaki "egemenlik" konumuna bir "sıçrama" gerçekleştirmektedir. Değişim ilişkilerinin yapısı, devletleri de, uluslararası alandaki ilişkilerinde aynı toplum içerisindeki özneleri zorladığı gibi zorlamaktadır. Mieville'e göre,

"Çünkü bu sistemde ve uluslararası hukukun bu sistemin kaidelerini oluşturan hükümlerinde, devletler, tıpkı bireyler gibi, mülk sahipleri olarak karşılıklı etkileşime girerler; her devlet kendi egemen bölgesine sahiptir"<sup>58</sup>.

Mieville'in "sıçrama"sı, uluslararası hukukun temelinde yer aldığı düşünülen Hugo Grotius'un argümanlarının etkilerine yaslanmaktadır<sup>59</sup>. Devletler uluslararası ilişkiler alanında kendi toprakları üzerinde sahiplik iddiasında bulunabildikleri müddetçe, diğer bir deyişle uluslararası hukukta egemenlik prensibi var olduğu sürece uluslararası hukukun hak süjesi olarak mevcuttur. Bu argüman, egemenlik iddiasında bulunamayacak durumda olan, daha doğrusu uluslararası hukukun gelişimi esnasında egemenlik doktrinine uymayanların neden hak süjesi sayılamayacağını anlamlandırmak için de bir araç olarak kullanılabilir. Özdemir'in ifadeleriyle,

"Devletin yokluğunda, uluslararası hukuk, gücünü farklı koşullar ve biçimlerde gerçekleştirilen sınıf sömürsünden alan silahlı hak süjeleri arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk haline gelir. Burada kapitalist ekonomileri olan devletler arasında gerçekleşen bir mücadeleden bahsedilmemektedir. Devletin gelirleri ve kendisini diğer devletler karşısında koruma kapasitesi sermaye birikiminin sürekliliğine

---

<sup>56</sup> ibid 129.

<sup>57</sup> Mieville, 'The Commodity-Form Theory of International Law' (n 4).

<sup>58</sup> Mieville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law* (n 4) 54.

<sup>59</sup> ibid 54.

dayandığından, kapitalist dünya ekonomisinde, “yapısal karşılıklı bağımlılık” Miéville’in birey-taşıyıcıdan devlet-taşıyıcıya atlaması için gerekli düzeneği verir”<sup>60</sup>.

Uluslararası hukukun temel işlevlerinden birinin, yukarıda anılan biçimiyle “egemen” devletler arasındaki ilişkilerin “barışçıl” biçimde yürütülmesi olduğu yönündeki anlayış gittikçe artan biçimlerde hâkim hale gelmektedir. Bu da Mieville’in uluslararası hukuk ve savaş-şiddet üzerine gerçekleştirdiği analizi merkezi bir unsur haline getirmekte; yine uluslararası hukukun hukuki niteliğine dair çıkarımlar yapmasına olanak vermektedir.

Mieville’in Paşukanis analizinden<sup>61</sup> çıkardığına göre, şiddet meta-biçime içkindir, onun kalbinde yer almaktadır. Bir meta sahiplenmek, onu sahiplenme olanağı olan diğerlerinden ayırmak demektir. Başka bir deyişle, değişime konu olacak bir metaa “benim” demek, “senin değil” demektir. Bu durum, daha en başından güç uygulama kapasitesini gerektirir. Aksi halde, sahipliğinin reddedilerek karşı tarafın sahiplenmesini engelleyecek herhangi bir şey bulunmamaktadır<sup>62</sup>.

Uluslararası hukukun meta-biçim teorisi bu şekilde düşünüldüğünde, uluslararası ilişkilerde de şiddet, ilişkinin kendisine içkin hale gelmektedir. Paşukanis’in meta-biçim kuramından yola çıkılarak bakıldığında şiddet ve baskının değişim ilişkilerinden bağımsız düşünülmemeyeceğini belirten Mieville, bu argümanı uluslararası hukuk için bir zemin olarak kullanabilmektedir. Soyut “üçüncü bir gücün” yokluğunda mevcut normun biçimini belirli bir içerikle doldurabilecek tek düzenleyici şiddet taraflardan birinin şiddetidir. Bu nedenle uluslararası hukuk şiddet kullanma kapasitesine sahip silahlı birimlerin hak süjesi olarak görülebilmesi için en iyi örnektir<sup>63</sup>.

Her ne kadar değişim ilişkilerine içkin şiddetten bahsedildiğinde siyaset (ya da baskıcı güç, zor) yakınlaşmış da olsa, onun özgül biçimi olan burjuva devletin doğrudan temel ve gerekli olmadığı sonucuna varmak mümkündür<sup>64</sup>. Bu şekilde düşünüldüğünde, uluslararası ilişkiler alanında şiddet ve baskının meydana gelmesi için bir üst otoriteye (ulusüstü bir yapılanmaya) gerek yoktur. Şiddet ve de Mieville’in vurguladığı biçimiyle “siyasi olan en başından itibaren hukukidir: Bunu kabul etmek, hukuk hakkındaki yaklaşımınız ister idealist ister skeptik olsun biçimcilikten kopmak

<sup>60</sup> Ali Murat Özdemir, 'China Mieville'in "Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law" Adlı Çalışması Üzerine Notlar' (2009) 116 Toplum ve Bilim 243.

<sup>61</sup> Mieville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law* (n 4) 127.

<sup>62</sup> Mieville, 'The Commodity-Form Theory of International Law' (n 4) 113.

<sup>63</sup> Mieville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law* (n 4) 136.

<sup>64</sup> Mieville, 'The Commodity-Form Theory of International Law' (n 4) 113; Mieville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law* (n 4) 128.

demektir"<sup>65</sup>. Anılan argümanlardan yola çıkılarak, Mieville'in "savaş, eylem halindeki uluslararası hukuktur"<sup>66</sup> iddiasını anlamlandırmak mümkün olacaktır.

Bu durumda, savaşın ve şiddetin uluslararası hukuka içkin olduğu kabul edilirse, şiddetin kullanımı bakımından sınıf mücadelesi ve emperyalizmin konumlandırılması nasıl olacaktır? Uluslararası hukuku içerik-odaklı bir yaklaşımla sınıfsal temele oturtmayı hedefleyen B. S. Chimni'ye göre,

"Marksist perspektiften bakıldığında hukukun sınıfsal temelde sürekli gelişmesini destekleyen şey; prensipler, politikalar ve standartlara başvurulmasıdır. Zira bunlar, Gramşiyen anlamda, egemen sınıfların etik-politik hegemonyalarını açığa çıkarmaktadır. Eğer uluslararası hukuk sınıf hukukuysa, öyle olduğu için (...) uluslararası bağlamın kendine özgü özellikleri bu anlayışı kendisi için de barındırmaktadır"<sup>67</sup>.

Mieville, bu yaklaşıma göre uluslararası hukukun sınıfsal doğasının "prensipler" ve "siyasalar"dan kaynaklandığının savunulduğunu belirtmektedir. Başka bir deyişle, hukuku sınıfın silahlı haline getiren, uluslararası hukukun yapısındaki herhangi bir şeyden ziyade, tikel hukuki hükümlerin içeriğinin "egemen sınıflar" tarafından yürütülmesidir. Ancak, Paşukanis bu anlayışın sol pozitivizm olarak "sınırlı bir tatmin" sağladığını, çünkü hukuki biçimi dışladığını belirtmektedir<sup>68</sup>. Mieville'in alıntıladığı<sup>69</sup> Marx'ın sözünde belirtildiği gibi "eşit haklar arasında, güç belirleyicidir (*between equal rights, force decides*)".

Yukarıda anlatılanlardan hareketle, Mieville'in ele aldığı sorun (uluslararası hukukun hukukiliği) ve sorunun çözümünün netleştiği ifade edilebilir: Üst bir otoritenin bulunmadığı hukuki sistemlerde ihkak-ı hak (diğer bir deyişle, hukuki süljelerin kendi zorlayıcı şiddeti) hukuki ilişkiyi düzenlemektedir<sup>70</sup>: "Hukuk ve şiddet egemen savların düzenleyicileri olarak içsel anlamda bağlıdır"<sup>71</sup>.

Gelinen noktada, Mieville'in kuramsal katkıları özellikle uluslararası hukuka tarihsel materyalist bir yaklaşım geliştirmek bakımından ufuk açıcudur. Bununla birlikte,

<sup>65</sup> Mieville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law* (n 4) 24.

<sup>66</sup> ibid 148.

<sup>67</sup> Bhupinder S. Chimni, *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches* (Sage Publications 1993) 102.

<sup>68</sup> Mieville, 'The Commodity-Form Theory of International Law' (n 4) 104-105.

<sup>69</sup> Mieville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law* (n 4) 135.

<sup>70</sup> ibid 133.

<sup>71</sup> ibid 135.

uluslararası hukuku ele alırken birey-taşıyıcıdan devlet-taşıyıcıya gerçekleştirilen "sıçrama" bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Özdemir'e göre,

Her toplumda kapitalist üretim ilişkileri farklı biçimlerde hâkim hale gelirler. Hâkim hale gelirken de, farklı uluslararası ve üstü etkileşimler üzerinden dolayım lanırlar. Birikim stratejileri, kapitalist birikimin farklı dönemlerinde farklı sınıfsal ittifaklara yol açarlar ki bunların siyasi ifadesi her zaman ilgili devletlerin önvarsayılan (mantıksal olarak türetilen) müstakil çıkarlarına denk gelmez. Bir başka deyişle, devlet iktidarı bazen (günümüzde artan sıklıkla) devlet-taşıyıcının, bir özel mülkiyet sahibi olarak varsayılan menfaatleriyle çelişik olarak kullanılır.<sup>72</sup>

Farklı biçimde ifade edilirse, devletin kendisini ve egemenliği verili bir bütünlük içerisinde ele almanın uluslararası hukukun düzenlediği ilişkileri açıklamak bakımından handikapları olacaktır. Sorun, devlet kuramının katkıları aracılığıyla ele alınabilecek olsa dahi, Mieville'in yaklaşımına dışarıdan enjekte edilerek çözülmesi pek olası görülmemektedir. Bununla birlikte, Mieville'in kuramını oluşturduğu uluslararası hukukun işleyişinde "egemen eşit devletler" hak süjesi sayıldığı sürece yaklaşımın "uluslararası hukukun niteliği" ve "uluslararası hukuk-şiddet" bağlantısına dair çıkarımları kabul edilebilir görünmektedir.

## **SONUÇ YERİNE**

Yukarıda anlatılanlara ek olarak, Mieville'in yaptığı katkıya ufak bir ekleme yapılarak kuramsal çıkarımlar için yeni bir kapı aralamak mümkündür. Bu katkı, çalışmanın ilk bölümünde belirtilen "hukuki bir özne haline gelme" ile ilintilidir. Bireylerin hukuk kurallarına uyma edimleri arkasındaki tek gerekçenin baskıdan/müeyyideden kaçınma olmayacağı, bizzat hukuki özne olarak kabul edilmenin ve bunun gereklerini yerine getirmenin kurucu bir işlevi olduğu belirtilmiştir. Benzer biçimde, Paşukanis ve ardından Mieville takip edilerek, egemen bir birim olarak hak süjesi sayılmanın, eşit devletler arası ilişkilere girmek için yegâne olanak olduğu ileri sürülebilir. Bu bakımdan yalnızca siyasi alanda değil, ekonomik alanda cereyan edecek uluslararası ilişkilerin belirli biçimsel özellikler gerektirdiği ve bununla birlikte düzenleyici kurallara uymanın ötesinde bu biçimsel özellikler aracılığıyla kapitalist uluslararası işbölümüne eklenme olanağı doğurduğu ileri sürülebilir. Böylece, anılan biçimsel gerekliliklere uymayanların -özellikle az gelişmiş, bağımlı toplumsal formasyonlar için- kapitalist uluslararası işbölümü dışına atılma tehdidi ağır basacaktır. Hatta,

<sup>72</sup> Özdemir, 'China Mieville'in "Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law" Adlı Çalışması Üzerine Notlar' (n 60) 11.

dışarıda bırakılma, hak süjesi olma vasfını kaybedecek kadar ileri gidenler için birer yaptırım aracına dönüşecek, siyasi baskı ve şiddete ekonomik zor eklemlenecektir.

Tekrarlanacak olursa, hukuki özne olmak, egemen olma gerekliliğinin tek belirleyeni, bu nedenle siyasi-diplomatik ilişkilere girebilmek değildir. Esas itibarıyla kapitalist uluslararası işbölümüne girebilmektir. Burada yalnızca kurallara uymak ya da uymamak gibi bir durumdan bahsedilmemektedir. Bizzat özne olmanın koşulu olarak egemen olmanın değişen biçimsel özelliklerine sahip olmak gerekmektedir. "Uluslararası toplumun değer ve normlarını" kabul etmemek, "yeterince egemen olmamak" anlamına gelebilmekte ve bir ülkeyi uluslararası baskı, zor ve şiddetin kullanımına karşı savunmasız bırakma tehdidini barındırmaktadır.

Böyle bakıldığında, dünyanın dışlanmış ve sömürünün farklı türlerine maruz bırakılmış toplumları için çare "daha fazla hukuk" taleplerinde aranmamalıdır. Gerçekçi bir çözüm, uluslararası hukuku da kapsayacak biçimleriyle yerel ve uluslararası ilişkilerin oluşturduğu yapılar ve bunların ürettikleri/yeniden-ürettikleri şiddetin analiz edilmesi ve dönüştürülmesi için köklü müdahalelerde bulunulmasıdır.

---

#### **Araştırma ve Yayın Etiği Beyanı**

Bu çalışma bilimsel araştırma ve yayın etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

#### **Yazarların Makaleye Olan Katkıları**

Yazar 1'in makaleye katkısı %100'dür.

#### **Destek Beyanı**

Araştırmada herhangi bir kurumdan destek alınmamıştır.

#### **Çıkar Beyanı**

Bu çalışmada herhangi bir çıkar çatışması bulunmamaktadır.

#### **Statement Regarding Research and Publication Ethics**

The study has been composed on the basis of the scientific research and the publication ethics rules.

#### **Authors' Contributions**

Author 1 has contributed %100 to the study.

#### **Statement Regarding Financial Support**

Author states no funding involved.

#### **Statement Regarding Conflict of Interest**

Author states no conflict of interest.

---



## KAYNAKÇA

- Akal CB, *Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı* (Dost 2013)
- Akın E, *Hukukun Temel Kavramları* (Kazancı 2004)
- Althusser L, *Yeniden Üretim Üzerine* (İthaki 2008)
- Amin S, *Avrupamerkezcilik: Bir İdeolojinin Eleştirisi* (Chiviyazıları 2007)
- Anghie A, 'Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of the International Law' (1996) 5 *Social & Legal Studies* 321
- , *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge University Press 2005)
- Chimni BS, *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches* (Sage Publications 1993)
- Frank AG, *Capitalism and Underdevelopment in Latin America: Historical Studies of Chile and Brasil* (Monthly Review Press 1976)
- Jessop B and Sum NL, *Beyond the Regulation Approach: Putting Capitalist Economies in Their Place* (Edward Elgar Publishing 2006)
- Karahanoğulları O, *Marksizm ve Hukuk: Diyalektik Hukuk Bilimi* (Yordam 2017)
- Köker L, 'Grotius: Doğal Hukuk, Mülkiyet ve Egemenlik', in Ağaoğulları MA ve Köker L (eds), *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı* (İmge 2009)
- Malanczuk P, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (Routledge 1997)
- Mieville C, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law* (Brill Academic Publishers 2005)
- , 'The Commodity-Form Theory of International Law' in Marks S (ed), *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies* (Cambridge University Press 2008)
- Özdemir AM, *Sözün Mülkiyeti* (Dipnot 2008)
- , 'China Mieville'in "Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law" Adlı Çalışması Üzerine Notlar' 116 (2009) *Toplum ve Bilim* 243
- Özdemir AM ve Aykut E, 'Liberalizm ve Haklar' in Bürke Y and others (eds), *Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri I* (NotaBene 2011)

Pashukanis EB, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm* (Birikim 2002)

—, 'International Law' in Mieville C (ed), *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law* (Brill Academic Publishers 2005)

Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları* (Beta 2006)

Wood EM, *Özgürlük ve Mülkiyet: Rönesans'tan Aydınlanma'ya Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi* (Yordam 2012)