Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

2019/1

TÜBİTAK
ULAKBİM
Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 93
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 73

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU
Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU (Başkan)
Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ
Doç. Dr. Tuba AKÇURA KARAMAN
Arş. Gör. Dr. Ali Cenk KESKİN
Arş. Gör. Dilşad KUĞUOĞLU

DANIŞMA KURULU
Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üni.)
Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL (İstanbul Bilgi Üni.)
Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU (Yakın Doğu Üni.)
Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üni.)
Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU
Prof. Dr. Tolga AYOĞLU
Prof. Dr. Murat DEVELİOĞLU
Prof. Dr. Zeynep Özlem ENGÜN ÜSKÜL
Prof. Dr. Mehmet ERDEM
Prof. Dr. Emre ÖKTEM
Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK
Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK
Doç. Dr. Ebru CEYLAN
Doç. Dr. M. Altan HEPER
Doç. Dr. Zeynel KANGAL
Doç. Dr. Kadir Berk KAPANCI
Doç. Dr. Tuba KARAMAN
Doç. Dr. Aslı MAKARACI BAŞAK
Doç. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK
Doç. Dr. Meltem SARIBEYOĞLU SKALAR
Doç. Dr. Yalçın TOSUN
Doç. Dr. Ahmet YAYLA
Doç. Dr. Ülker YÜKSELBABA
Dr. Öğr. Üyesi H. Bige AÇIMUZ
Dr. Öğr. Üyesi Burçin AYDOĞDU
Dr. Öğr. Üyesi Nur BOLAYIR
Dr. Öğr. Üyesi H. Ali DURAL
Dr. Öğr. Üyesi Birden GÜNGÖREN BULGAN
Dr. Öğr. Üyesi Sedef KOÇ TANGÜN
Dr. Öğr. Üyesi Bleda KURTDARCAN
Dr. Öğr. Üyesi Beril ÖZCANLI
Dr. N. Pelin MANTI
Dr. Sinan YÜKSEL

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2019 yılının Haziran ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556
Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş. / Veysel Coşkun
Baskı-Cilt : Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza
1. Levent/Beşiktaş/İst. Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No: 20179)
Kapak Tasarımı: Veysel Coşkun

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.
Narlıbahçe Sokak No: 11 (Sertifika No. 16136)
Cağaloğlu - İSTANBUL
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77
Fax: (0-212) 511 36 50
www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL
e-posta: hukukfd@gsu.edu.tr

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Mariavaleria del Tufo **3**

JURY, JURES, JUSTICE : UN RAPPORT DE L'ITALIE

Dr. Öğr. Üyesi Öznur SEVDİREN **15**

ÇELİŞMELİ YARGILAMA VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKELERİ BAĞLAMINDA TEŞHİS İŞLEMİ VE BU İŞLEMDE MÜDAFİİN HAZIR BULUNMA YETKİSİ

IDENTIFICATION PARADE AND THE RIGHT OF THE DEFENCE COUNSEL TO PARTICIPATE TO THIS PROCEDURE UNDER THE PRINCIPLES OF ADVERSIAL AND EQUALITY OF ARMS

Dr. Ekin Deniz UZUN **57**

RETHINKING THE PLACE OF HUMAN TRAFFICKING IN INTERNATIONAL LAW IN CONSIDERATION OF CRIME AGAINST HUMANITY

İNSANLIĞA KARŞI SUÇ KAVRAMI BAĞLAMINDA ULUSLARARASI HUKUKTA İNSAN TİCARETİNİN YERİNİN YENİDEN DÜŞÜNÜLMESİ

Arş. Gör. Rabia İlay AKBULUT PEERZADA **113**

THE PROTECTION OF THE RIGHT TO FOOD DURING ARMED CONFLICTS: THE SCOPE OF INTERNATIONAL LAW AND THE CASE OF SYRIA

SİLAHLI ÇATIŞMALAR ESNASINDA GIDA HAKKININ KORUNMASI: ULUSLARASI HUKUKUN KAPSAMI VE SURİYE ÖRNEĞİ

Arş. Gör. Nuray SÜMER **163**

İNGİLİZ HUKUKUNDA HAKLI BEKLENTİ DOKTRİNİ

THE DOCTRINE OF LEGITIMATE EXPECTATION IN ENGLISH LAW

Av. Halil CESUR **197**

THE POSSIBILITY OF LEGITIMACY WITHOUT MORALITY

AHLAKA DAYANMAYAN MEŞRUİYETİN İMKANI

Irmak KEPENEK **217**

SLOVAJ ZİZEK'İN İNSAN HAKLARI ELEŞTİRİSİ

ZIZEK'S CRITICISM OF HUMAN RIGHTS

Berk Hasan ÖZDEM **241**

ALMAN ANAYASACILIĞINDA İNSAN ONURU KAVRAMI

THE NOTION OF HUMAN DIGNITY IN GERMAN CONSTITUTIONALISM

ÖZEL HUKUK

Dr. Öğr. Üyesi Nilgün BAŞALP YILDIRIM **293**

HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA HUKUKA AYKIRILIK UNSURUNA İLİŞKİN İLERİ SÜRÜLEN KLASİK TEORİLER HAKKINDA BAZI DÜŞÜNCE VE ELEŞTİRİLER

SOME THOUGHTS AND CRITIQUES REGARDING THE CLASSICAL THEORIES OF UNLAWFULNESS IN TORT LAW

Dr. Öğr. Üyesi Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL **333**

ARABULUCULUK FAALİYETİ SONUNDA VARILAN ANLAŞMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

THE LEGAL CHARACTERISTIC OF THE AGREEMENT AT THE END OF THE MEDIATION ACTIVITY

Dr. Sinan H. YÜKSEL **381**

KAPALI ANONİM ORTAKLIKLARDA YENİ PAYLARIN KÂR PAYINA HAK KAZANMASINDA VE KÂR PAYININ HESAPLANMASINDA ZAMAN UNSURU

THE TIME ELEMENT IN NEW SHARES' ENTITLEMENT TO DIVIDEND RIGHT AND THE CALCULATION OF THE DIVIDEND IN CLOSELY HELD JOINT STOCK COMPANIES

Arş. Gör. Işık Aslı HAN **417**

KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ BAĞLAMINDA HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLARAK VERİ SAHİBİNİN RIZASI

CONSENT OF DATA SUBJECT AS GROUND FOR LAWFULNESS IN THE CONTEXT OF DATA PROCESSING

Arş. Gör. Yeliz YÜCEL **461**

UBER, SÜRÜCÜ VE YOLCU ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ VE BU ÇERÇEVEDE UBER'İN VE SÜRÜCÜNÜN, TAŞIMA HİZMETİNİN GEREĞİ GİBİ İFA EDİLEMEMESİ NEDENİ İLE YOLCUYA KARŞI HUKUKİ SORUMLULUĞU

LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN UBER, DRIVER AND PASSENGER AND IN THIS REGARD, UBER'S AND DRIVER'S LIABILITY TO PASSENGER ARISING FROM NOT PERFORMING TRANSPORT SERVICE PROPERLY

Av. Gülce EREK 517

6502 SAYILI KANUN UYARINCA MESAFELİ SÖZLEŞMELERİN UNSURLARI, SATICI / SAĞLAYICININ ÖN BİLGİLENDİRME YÜKÜMÜ VE TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKI

THE ELEMENTS OF DISTANCE CONTRACTS, SELLER / SUPPLIER'S OBLIGATION TO INFORM AND CONSUMER'S RIGHT OF WITHDRAWAL ACCORDING TO ACT 6502

Av. Yasemin MİLDON 537

GENEL KURUL KARARLARININ İPTALİNDE ETKİ TEORİSİ

INFLUENCE THEORY WITHIN THE CONTEXT OF ACTIONS FOR ANNULMENT OF GENERAL ASSEMBLY RESOLUTIONS

Av. Begüm YİĞİT 583

ANONİM ŞİRKETİN HAKLI NEDENLE FESHİ DAVASINDA DAVALI SIFATININ BELİRLENMESİ

THE DETERMINATION OF RESPONDENT'S CAPACITY IN THE LAWSUİT REGARDING DISSOLUTION OF JOINT STOCK COMPANIES FOR JUST CAUSE

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli ulusal bir dergidir; Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Yazılar, **hukukfd@gsu.edu.tr** e-posta adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.

4. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dilleridir. Bu dillerin dışındaki eserlerin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa öz (abstract), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta gösterilmelidir.

5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfler başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır.

6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarı-

na iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar "nesnel değerlendirme ilkesi" uyarınca en az iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir.

7. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.

8. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

9. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF
1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük
A- Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük
a- Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük
aa- Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

11. Kaynakçada gösterim: Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfabetik olarak sıralanır. Kararlar ve internet kaynakları için bölümleme yapılabilir.

a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), Basım sayısı, Yayınevi, Yayın yeri, Yayın yılı. (normal)

Örnek: TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16.bası, Beta, İstanbul, 2013.

Örnek: İNCEOĞLU Sibel (Editör), ..., ..

Çeviri kitaplar için:

SARTORİ Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu / M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1996.

İki yazarlı kitaplar için:

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. bası, Beta, İstanbul, 2015.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray /BACAKSIZ Pınar, vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

b) Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

c) Makale: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), "Makale başlığı" (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/ Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları. (Makalelerde, makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı belirtilir.)

Örnek: KOÇ Sedef, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu", **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

d) İnternet kaynakları: Tam adres ve son erişim tarihi belirtilmelidir. Big Data, Crime and Security, Parliamentary Office of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, http:// researchbriefings. files.parliament.uk/documents/POST-PN-470/ POST-PN-470.pdf (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

12. Dipnotlarda: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece kalın harflerle yazarın soyadı; eserin yayın yılı ile sayfa numarası gösterilir. İki yazarın bulunması durumunda her iki yazarın soyadı da kullanılır. İkiden fazla yazar olması durumunda ilk yazarın soyadını "ve diğ./et al." ifadesi ta-

kip eder. Eğer aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa basım yıllarının sonuna kaynakçadaki sıraya uygun olarak alfabetik bir karakter ilave edilir (2013a, 2013b...).

Örnek: KOÇ, s. 17.

b) Karar: Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, karara ulaşılabilecek kaynak.

Y. 13. HD, E. 2016 / 5823, K. 2016 / 13745, 30.05.2016, YKD, c. 42, S. 10, 2016, ss. 2430-2431.

İnternet: Kullanılan içeriğe uygun kısa atıf kuralına uygun hareket edilmelidir.

13. Dergimizin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi **15 Nisan**; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise **15 Ekim**'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

KAMU HUKUKU

JURY, JURES, JUSTICE : UN RAPPORT DE L'ITALIE*

Prof. Dr. Mariavaleria del Tufo**

Bernard Schnapper a très efficacement observé que le paradoxe du jury réside dans le fait qu'à son succès politique a correspondu un échec au niveau de l'administration de la justice.

En effet son histoire se mêle aux suggestions des symboles: né en Angleterre, le jury a été perçu par les Pays de *civil law* comme le paradigme d'une justice confiée dans les mains d'hommes honnêtes et libres, qui font partie de la communauté et jugent librement, selon leur intime conviction. D'ailleurs la comparaison était avec une justice administrée par des juges professionnels et proches du pouvoir, bâtie sur les règles de procédure canonique proclamées à la fin du XII siècle, appliquées pendant l'Inquisition et adoptées, encore à la fin du XVIII siècle, par les procédures laïques; une justice où le procès était écrit, secret, caractérisé par l'absence du droit de défense, fondé sur un système de preuves strictement hiérarchisées.

A l'instar des traditions de la Rome républicaine et de la démocratie anglaise, la Révolution française introduit le jury en Europe continentale. Dans un cadre de valeur où la justice doit revenir au peuple et les juges doivent être à nouveau les citoyens, le jury entre dans le système judiciaire comme un palladium de la liberté.

---

* Bu makale hakem incelemesinden geçmemiştir (Makale gönderim tarihi : 15.04.2019).

Cet article est le texte de la communication présentée lors de la Journée de droit comparée « *Le jury criminel en droit comparé* », tenue le 19 Avril 2019 à l'Institut de sciences criminelles et de la justice de l'Université de Bordeaux, sous la direction scientifique des professeurs Olivier Décima et Jean-Christophe Saint-Pau.

** Professeur de droit pénal à la Faculté de Droit Université Suor Orsola Benincasa - Naples

Si en France le jury sera remanié mais ne quittera plus jamais la scène judiciaire, en Italie l'histoire sera différente.

Les Républiques de la Révolution avaient proclamé dans leurs Constitutions la nécessité d'introduire l'institut du jury, mais elles n'avaient pas eu le temps de le faire. D'ailleurs, le Code pour le Royaume d'Italie promulgué en 1807 n'introduisait pas le système français que Napoléon jugeait «inadéquat» a l'Italie.

Refusé par la législation de la Restauration, le jury fut significativement introduit dans les Constitutions nées avec les mouvements révolutionnaires de 1848.

Dans le Royaume de Sardaigne, la procédure par jury fut introduite par une loi de 1848 expressément pour les délits de presse. Le jury joua un rôle très important, face à une magistrature très liée à la monarchie : surtout dans la délicate matière des libertés, les verdicts d'absolution furent très nombreux. C'est pourquoi le pouvoir commença à réduire la compétence du jury et, au lieu du tirage au sort, introduisit le pouvoir discrétionnaire de l'administration dans le recrutement des jurés.

Pour des raisons d'ordre politique, en 1859, à la veille de I' unification de peuples qui voyaient dans le jury un symbole de démocratie et de liberté, le code de procédure du Royaume de Sardaigne institua la Cour d'Assises avec jury, qui jugeait sur les crimes, et, en général, sur les délits politiques et d'opinion. Le premier code de l'Italie unitaire, le code Rattazzi de 1865, ne changea pas le système, qui fut ultérieurement reformé en 1874 (Casorati) et en 1894 (Crispi) sous l'angle soit des compétences de la Cour, soit des procédures de recrutement des jurés.

Les codes italiens, inspirés au modèle français, cherchaient d'affiner la formulation de la question aux jurés pour mieux séparer le jugement de fait - de compétence du jury - de l'évaluation de droit - réservée aux juges professionnelles. Au fil de l'histoire, un trait commun a été la recherche d'éviter progressivement tout renvoi au droit dans la formulation des questions à poser au jury, jusqu'à arriver à ne pas donner aux faits la moindre qualification juridique.

En Italie comme dans les autres Pays, la difficulté plus grande était, en effet, l'inévitable interconnexion entre droit et fait et la façon d'en définir les frontières.

Le nouveau code de procédure de 1913 modifia les compétences de la Cour d'Assises et quelques règles de procédure ; supprima le résumé du Président à la conclusion des débats. Le Président, seul juge professionnel de la Cour, rédigeait les arrêts, qui n'indiquaient que la peine et n'étaient pas motivés. Il n'y avait pas d'appel, n'étant pas jugé nécessaire de discuter à nouveau sur le fond de l'affaire, et le pourvoi en Cassation était admis seulement pour des raisons procédurales.

Au début du XX siècle le débat sur le jury était très vif et tourmenté.

Les implications idéologiques sous-entendues à l'institution du jury étaient tellement fortes qu'il est difficile de séparer les opinions juridiques des convictions politiques.

Les mérites du jury étaient ainsi individués:

- le jury exprime une justice démocratique et populaire;

- le jury assure l'indépendance et l'impartialité du jugement: le juré «à terme» est plus difficilement maniable, tandis que le juge professionnel est strictement contrôlé par l'exécutif et peut avoir intéresse à juger plus en vue de la carrière que de la justice;

- le jury peut comprendre mieux que le juge professionnel la position du prévenu: le caractère temporaire du mandat donne au juré le sens de la précarité de sa situation et favorise une interchangeabilité psychologique avec l'accusé;

- le jury donne lieu à une justice plus rapide, attentive et scrupuleuse, tandis que la permanence de la fonction et, donc, l'habitude à juger, affaiblit la diligence et, peut-être, même la conscience du juge professionnel;

- le jury est juge du fait, dont il interprète mieux que le juge professionnel la valeur sociale: le juré est un médiateur entre la rigidité de la loi et les exigences de la justice;

- le jury représente l'opinion publique et assure l'étroit lien entre loi pénale et conscience populaire;

- le jury, étant donnée la récusabilité d'un certain nombre de jurés, renforce la confiance des justiciables dans leurs juges et dans la justice.

Avec autant de passion, on mettait en évidence les défauts du jury:

- le jury ne donne aucune garantie que les jurés soient au moins doués d'un niveau moyen de culture pour être à la hauteur de leur tâche, là où le jugement sur le fond est encore plus délicat que celui sur le droit;

- le jury rend son verdict sans motivation, et ça peut nuire à la justice, étant donné que la motivation est soit le lieu de rencontre entre fait et droit, intuition et réflexion, soit véhicule de compréhension des raisons du droit;

- le jury donne lieu à une justice inégale, parce que ses verdicts dépendent de la formation et de l'expérience, très variables, des jurés;

- le jury est impressionnable et sensible: exposé aux troubles extérieures, il peut rendre des jugements pas impartiaux;

- le jury affaiblit la responsabilité des juges, parce que les jurés ne peuvent pas être tenus responsables pour leurs jugements;

- le jury n'est pas vraiment indépendant, parce que l'influence du Président sur les jurés est tellement forte, qu'elle finit par conditionner leurs choix;

- le jury ne peut pas décider en sérénité, s'il est seulement juge du fait : au moment de s'exprimer sur la culpabilité du prévenu, un bon juge devrait connaitre aussi les conséquences de son verdict (c'est à dire la quantité de la peine), sans quoi il sera porté à préférer l'indulgence à la justice.

Les contestations du système étaient parfois radicales: par exemple les positivistes, très influents au début du XX siècle, étaient nettement contraires au jury, qui était considéré un organisme tout à fait incompétent, là où la foi dans la méthode scientifique et technique était totale.

Dès 1923, les compétences plus significatives de la Cour d'assises (délits de presse, délits politiques) furent progressivement transférées à d'autres tribunaux, soit ordinaires, soit de nouvelle institution, tandis que les listes d'où on tirait les noms des jurés étaient modifiées de façon à assurer à l'exécutif un contrôle très strict.

L'idéologie fasciste ne pouvait que méconnaitre encore davantage le jury, perçu comme expression du droit libéral, tout à fait étranger au nouveau système: son origine le rendait suspect; les nouvelles orientations de la doctrine le jugeaient incapable de répondre aux exigences de technicisation du jugement pénal et d'évaluation de la personnalité du délinquant; mais,

surtout, le juge-citoyen pouvait représenter si non un danger, un obstacle pour une administration de la justice alignée sur les expectatives du régime.

En 1931, une série d'interventions législatives et le nouveau code de procédure pénale réorganisèrent la Cour d'assises en supprimant définitivement le jury. Désormais la présence populaire à l'administration de la justice est réduite au collège unique de la Cour d'Assises, où, avec deux juges professionnels, siègent cinq juges laïques, nommés par le Ministre de Justice parmi des sujets indiqués par le Président de la Cour d'Appel. Le Collège décide avec un arrêt motivé en fait et en droit, contre lequel on peut se pourvoir en Cassation.

L'expérience du jury en Italie est terminée: la Cour d'Assises renouvelée manque soit d'affinité soit de continuité avec I 'institut qui l'a précédée.

Avec une valeur symbolique, à la chute du régime, un décret rétablit le jury comme juge du fait: toutefois le décret n'entra jamais en vigueur. La Constitution républicaine de 1948 aurait dû proclamer la réintroduction du jury, mais le texte final (article 102, troisième alinéa Const.) énonce, tout simplement, que «La loi règle les cas et les formes de la participation populaire à l'administration de la justice». D'ailleurs l'art. 111 Const. qui rend obligatoire la motivation pour toute décision judiciaire constituait un obstacle ultérieur à la réintroduction du jury.

Le choix est de compromis: d'un côté la victoire des parties politiques contraires au jury, de l'autre la consécration au plus haut niveau du principe de la participation populaire à l'administration de la justice.

Aujourd'hui la Cour d'Assises est encore disciplinée par la loi 10 Avril 1951, n. 287, sur le réaménagement des jugements d'Assises. La loi introduit un Collège mixte de 6 juré et deux juges professionnels, indique la compétence à juger, définit la formation des listes et les règles de la procédure, introduit un deuxième degré de juridiction, avec l'institution de la Cour d'Assises d'appel.

Le code de procédure pénale de 1988 qui a révolutionné la procédure italienne, en adoptant le système accusatoire, n'a pas touché la Cour d'Assises.

Voilà donc la discipline actuelle, compte tenu de quelques modifications ultérieures.

La Cour d'Assises et la Cour d'Assises d'appel sont des organes de la juridiction ordinaire, qui jugent selon la procédure ordinaire. Dans chaque district de Cour d'Appel sont instituées une ou plus Cours d'Assises et une ou plus Cours d'Assises d'appel qui siègent en permanence.

La Cour d'Assises est composée de 2 juges professionnels - un Président, conseilleur de Cour d'appel et un Assesseur (juge *a latere*) - et de 6 juges populaires (les jurés plus 3 membres suppléants); la Cour d'Assises d'appel d'un Président, conseilleur de Cour de Cassation, d'un Assesseur, conseilleur de Cour d'Appel, et de 6 juges populaires (les jurés plus 3 membres suppléants) qui forment un collège unique. Dans leur fonctions, les jurés sont assimilés aux magistrats, participent à la formation de l'arrêt et ont voix égale.

La Cour d'Assises et la Cour d'Assises d'appel jugent, respectivement en première et, le cas échéant, en deuxième instance, les personnes majeures (les mineurs sont toujours jugés par le Tribunal des mineurs) accusées des infractions très graves indiquées à l'art. 5 c.p.p.[1], à titre d' exemple et avec des exceptions: les délits punis avec la peine de réclusion à perpétuité ou avec une réclusion maximale de plus de 24 ans; quelques délits contre la personne; délits contre la personnalité de l'Etat; génocide; réduction en esclavage, traite, achat et vente d'esclaves; délits terroristes; délits d'immigration; trafic d'organes, etc.

---

1 1) Délits punis avec la peine de réclusion à perpétuité ou avec une réclusion maximale de plus de 24 ans. Exception à la règle: les délits, même si aggravés, de meurtre tenté, de cambriolage, d'extorsion, d'associations de type mafieux, même étrangères et les délits, même si aggravés, prévus par les lois sur les stupéfiants sont jugés par les tribunaux . 2) Délits consommés de meurtre avec consentement de la victime, d'incitation au suicide, d'homicide involontaire; 3) Chaque délit intentionnel, d'où est découlée la mort d'une ou plus personnes (es. abandon de mineur suivi de la mort). Exceptions à la règle: les infractions mort ou lésion corporelle comme conséquence d'un autre délit, rixe, délit de fuite sont jugées par les tribunaux; 4) Délits de reconstitution du parti fasciste; génocide; délits contre la personnalité de l'Etat, pourvu qu'ils soient punis avec une réclusion maximale de plus de dix ans; 5) Délits consommés ou tentés a) d'association de malfaiteurs visée à commettre les délits de réduction en esclavage; traite; trafic d'organes prélevés de personne vivante; achat et vente d'esclaves; b) infractions en matière de transport et d'entrée d'immigrés, prévues par le t.u. sur l'immigration d.l. 286/1998; c) approvisionnement et commerce d'organes ou tissus prélevés de personne morte (arts. 22.3 et 22.4 l. 91/1999); d) médiation, à des fins lucratifs, dans la donation d'organes prélevés de personne vivante (art. 22 bis.1 l. 91/1999); 6) Délits consommés ou tentés de réduction en esclavage, traite, achat et vente d'esclaves; 6) Délits à finalité terroriste, pourvu qu'ils soient punis avec une réclusion maximale de plus de dix ans.

Le juré est un citoyen italien qui jouit des droits civils et politiques, est âgé de 30 à 65 ans, a obtenu le diplôme d'école secondaire (1er cycle pour la Cour d'Assises; baccalauréat pour la Cour d'Assises d'appel). Ne peuvent pas être jurés les magistrats ou les fonctionnaires de l'ordre judiciaire; les membres des forces armées, de la police, de toute ordre religieux, les ministres de culte.

Les listes de tous les citoyens éligibles sont rédigées par une Commission de la Mairie. Après une procédure compliquée qui se déroule entre l'autorité judiciaire et la Mairie, les listes des jurés pour les différentes Cours sont enfin établies et les jurés qui formeront chaque Collège sont tirés au sort. Les jurés sont tous destinés à exercer leur fonction dans les deux années suivantes. Tous les trois mois, la Cour d'Assises e la Cour d'Assises d'appel tirent au sort de leur liste 50 citoyens. Le Président du Tribunal convoque les jurés, qui, si ne sont pas dispensés, sont nommés pour trois mois, sauf que le procès ne se prolonge. Remplir la fonction de juré est obligatoire. L'absence non autorisée est sanctionnée, la présence rémunéré. Après le renvoi en jugement par le juge des enquêtes préliminaires, le procès est assigné à la Cour d'Assises, si les délits relèvent de sa compétence. La Cour est déjà formée. A la première audition le Président lit le chef d'accusation. Il explique aux jurés avant ou après l'audition de quoi s'agit-il. Ni les juges professionnels ni les jurés connaissent l'affaire auparavant. Le procès se déroule selon les règles générales. Le Président à chaque séance explique aux jurés ce qui se passe pour les mettre en gré de bien comprendre les faits et la procédure. Après les débats, la Cour délibère en chambre de Conseil avec décision adoptée à majorité. La délibération de vote est orale. Les voix des jurés ont la même valeur des voix des juges professionnels. Le Collège (et donc les juges professionnels ET les jurés) délibère sur les faits et sur la peine. La Cour prononce immédiatement en audience publique le délibéré de l'arrêt et entre 90 jours dépose la motivation. Le condamné peut faire appel à la Cour d'Assises d'appel et se pourvoir en Cassation.

Lors de la rédaction de ce rapport, j'ai demandé aux membres d'une Cour d'Assises de Naples de me parler de la perception de leur travail dans le Collège. Cette recherche a été menée sur 9 jurés (6 membres ordinaires et 3 suppléants), le Président du Collège et l'Assesseur. Le colloque, visé à comprendre les motivations, les opinions, l'auto-perception du Collège, s'est prolongé quelques heures.

J'ai utilisé les techniques de la statistique qualitative, qui est scientifiquement fiable. Toute théorie préconçue étant repoussée, j'ai fait recours à une technique inductive. Je n'ai pas structuré les questions, restant empathiquement ouverte à n'importe quelle conclusion.

Les résultats *du point de vue des jurés* ont montré qu'ils sont très concernés par le procès et remplissent leur rôle avec conscience et passion. Ils se perçoivent comme vrais représentants du peuple. Tous ont souligné à plusieurs reprises qu'ils ne sont pas à même de suivre sans aide le déroulement du procès, auquel ils aimeraient pouvoir participer d'une façon plus éclairée. A leur avis, lorsqu'il y a une acquisition du dossier papier provenant de l'enquête préliminaire, la possibilité de se rendre compte de l'affaire est ultérieurement compromise. En tout cas, ils voudraient pouvoir lire avec calme le dossier et l'examiner chez eux – chose interdite par la procédure. Les jurés considèrent leur rôle mieux valorisé dans les procès qui garantissent le déroulement de tous les débats avant le Collège. Par exemple, les affaires basées sur les preuves obtenues par captation informatique sont jugées hautement techniques et très difficiles à évaluer. Les jurés sont très reconnaissant au Président et à l'Assesseur pour les explications continues visées à leur donner, dans un langage simple, les instruments de compréhension de chaque phase procédurale. Ils ont toutefois noté quelques regrettables exceptions dans l'attitudes d'autres juges professionnels. Les jurés leur reconnaissent en tout cas un rôle clef pour leur participation consciente à l'administration de la justice.

Du point de vue de l'impact de la participation à la Cour d'Assise, les jurés ont souligné que l'expérience aux Assises les fait progresser et les enrichit comme citoyens; en plus une compréhension plus proche du mécanisme judiciaire, des raisons de certaines décisions et des limites qu'un juge doit respecter leur donne une meilleure approche à la justice. Il en découle, à leur avis, une «restitution» importante à la communauté, en termes de diffusion d'informations plus correctes sur l'administration de la justice. La participation au procès aurait une fonction didactique fondamentale et «exportable».

Du point de vue de leur impact sur le procès, les jurés considèrent important le fait d'apporter dans le procès leur émotions et le point de vue des gens ordinaires. A leur avis, cet apport enrichit et le procès et les juges professionnels. Néanmoins ils estiment que le résultat du procès ne changerait

pas beaucoup sans leur présence. L'idée qu'ils pourraient l'emporter sur les membres professionnels du Collège, auxquels ils s'appuient totalement, ne leur vient même pas à l'esprit. Ils soulignent que le procès a trop d'aspects techniques, dont le mécanisme le plus souvent est leur expliqué avec soin, sans qu'ils puissent le saisir vraiment. Ils ne pensent pas que la justice serait moins fiable sans leur participation: d'ailleurs, grâce à l' approche direct au procès, ils font grande confiance au système judiciaire.

A perspective renversée, *les juges professionnels s'expriment sur l'incidence des jurés sur le procès* reconnaissant leur apport en termes d'émotions et leur capacité de suggérer parfois une nouvelle façon de voir l'affaire. Le Président et l'Assesseur jugent le lien des jurés avec la société et la communauté une richesse. Toutefois, du point de vue du fonctionnement de la justice, ils considèrent que seulement dans un petit nombre de cas, là où les questions ne sont pas trop techniques mais relèvent, par exemple, de l'évaluation de la crédibilité d'un témoin, les jurés donnent un apport significatif. Toutefois cet apport reste limité, étant donnée la grande technicisation du procès.

Les résultats de la recherche correspondent en large partie à l'évaluation générale de la Cour d'Assises. L'expérience ne peut pas se dire tout à fait satisfaisante.

Le rôle et la fonction originaire du jury ont été effacés soit par la formule du collège mixte soit par les procédures de recrutement: la première a mis les juges populaires sous la coupe des deux juges professionnels; la deuxième a vidé de représentativité réelle les juges populaires face aux citoyens.

D'ailleurs la figure du juge populaire a été presque oubliée au niveau politique et dans la littérature juridique: aux débats très vifs du début de la République font bientôt suite une certaine indifférence, voir un silence presque total.

Pour faire un bilan: les jurés ont des coûts élevés pour l'administration de la justice, en termes soit économiques soit de fonctionnalité. Sous l'angle d'une possible compensation coûts/profits, à faveur de leur maintien on pourrait invoquer des argumentations bien connues: la proximité du juge populaire aux valeurs culturelles des acteurs du crime; sa formation généraliste, son apport au niveau de solidarité populaire, son rôle de contrôle, surtout dans les périodes de crise des institutions. Argumentations qui ont fait par-

fois pencher même pour une extension des compétences à tous les délits qui ont une répercussion significative sur les intérêts de la communauté. On ajoute, à faveur du système, des considérations d'ordre plus général, telles que la promotion d'une plus consciente participation des citoyens à l'administration d'une justice connue finalement «du dedans».

Tout cela suppose des conditions de base qui sont bien loin d'être présentes dans la réalité italienne, c'est à dire un engagement effectif du citoyen à devenir juré; un rôle réel attribué au juge populaire, une majeure indépendance par rapport aux juges professionnels, un système vraiment représentatif de sélection, une fonctionnalisation du mécanisme des listes aux exigences du procès moderne.

Pour évaluer le choix à faire, Il faut en tout cas décider après avoir dépourvu l'institut de la stratification des significations et des valeur qui l'ont recouvert au fil des années et qui, en grande partie, lui sont devenues étrangères ou qui, au moins, ne le caractérisent plus comme autrefois.

Le choix pour le jury ou pour les jurés ne signifie plus, dans un Etat de droit, choix entre liberté et oppression, entre démocratie et autoritarisme.

Aujourd'hui, dans un contexte social, culturel et politique très transformé, le jury ou les juges populaires ne semblent plus devoir jouer le rôle centrale de contrôle qui leur était confié dans l'Etat libéral. La garantie qu'ils représentaient face au pouvoir n'a plus sa raison d'être face à une magistrature qui a changée et qui représente un contrepoids suffisant pour composition, autonomie et indépendance par rapport à l'exécutif.

La restructuration générale du procès pénal italien en sens accusatoire a aussi effacé le lien historique entre jurés et choix de la procédure, évaluation des preuves, intime conviction.

Le problème va donc allégé de ses aspects idéologiques et évalué plutôt à la lumière des exigences de la justice, de la fonctionnalité au procès de la présence des jurés et du respect des principes et des garanties fondamentaux de l'Etat de droit.

D'ailleurs les perplexités qui peuvent se poser en ordre au maintien des jurés n'impliquent pas du tout une sous-estimation de la participation populaire - prévue par la Constitution italienne - à l'administration de la justice. Au contraire. La recherche et, dans certaines cas, l'expérimentation d'autres

formes d'ouverture de la justice aux citoyens représente un témoignage important de la richesse d'opportunités – peut-être encore à exploiter – qu'un pays moderne peut puiser de la participation populaire à l'organisation de son système juridique.

ÇELİŞMELİ YARGILAMA VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKELERİ BAĞLAMINDA TEŞHİS İŞLEMİ VE BU İŞLEMDE MÜDAFİİN HAZIR BULUNMA YETKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Öznur SEVDİREN*

Öz: Ceza muhakemesi hukukunda önemli bir ispat aracı olarak değerlendirilen teşhis işleminin hukuksal dayanağını, Ceza Muhakemesi Kanunu md.52 oluşturmaktadır. Bu işlemin icrasına ilişkin koşullar ilk kez 2007 tarihinde Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu Ek 6. maddede yapılan değişiklik ile düzenlenmiştir. Uygulamada teşhis işleminin, koruma tedbirlerinin uygulanması ve hüküm tesisi için önemli ve hatta bazen yegane dayanak olduğu gözlemlenmektedir. Teşhis işlemi sonucu elde edilen delilin tanık veya mağdurun beyanını yansıtması itibarıyla bu düzeyde bir delil değeri izafe edilmesiesasen tartışmalıdır. Her halükarda, hata payı çok yüksek bu işlemin icrasının silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri çerçevesinde icrası zorunludur. AİHM'nin de istikrarlı bir biçimde belirttiği üzere, soruşturma aşaması delillerin toplandığı bir aşama olması itibarıyla müdafiin soruşturma işlemlerine katılımı, bu süreçte yargılamanın esasını oluşturan deliller toplandığı için özellikle önemlidir. Her ne kadar, Yargıtay 2008 tarihli bir Ceza Genel Kurul kararında aksi sonuca ulaşmışsa da teşhiste müdafiinin katılımı gerek CMK'nın müdafi ile ilgili hükümlerinin zorunlu sonucu gerekse de silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesinin bir gereğidir.

Anahtar kelimeler: Teşhis, müdafi yardımından yararlanma hakkı, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, yüzleştirme.

---

* Makale gönderim tarihi: 15.04.2019. Makale kabul tarihi: 16.06.2019.
Bilgi Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı.
(ORCID kimlik no: 0000-0003-0952-7741; oznur.sevdiren@bilgi.edu.tr)

IDENTIFICATION PARADE AND THE RIGHT OF THE DEFENCE COUNSEL TO PARTICIPATE TO THIS PROCEDURE UNDER THE PRINCIPLES OF ADVERSIAL AND EQUALITY OF ARMS

Abstract: As a crucial measure of proof in the criminal justice system, identification parade is provided in Article 52 of the Turkish Criminal Procedure Code (CPC). The conditions for the implementation of the aforementioned measure is stipulated in 2007, with an amendment in the Police Powers Act. In practice, hitherto, identification parade is attributed to such probative value that often it serves as most important or sole basis for a conviction decision or protection measures (*Zwangsmassnahmen*). To what extent such a high degree of evidentiary value may be attributed to identification parade is controversial,given the fact that it indeed reflects the statement of victim or witness. Beyond doubt, in any case, as a measure subjecting a high degree of error, identification parade must be conducted in accordance with the principles of equality of arms and advisory procedure. The right to legal assistance, as the ECtHR underlines, is particularly important in the investigation phase, as evidence obtained during this stage determines the entire criminal proceedings. Although the General Criminal Division of the Turkish Court of Cassation in 2008 held that the defence counsel has no such right to be present in this procedure, the counsel is of a critical rule in upholding the principles of the equality of arms and adversarial procedure.

Key words: Identification parade, the right to the defence counsel, equality of arms, adversarial procedure, confrontation.

I. GİRİŞ

Delil serbestliği ve vicdani delil sisteminin geçerli olduğu ceza muhakemesinde teşhis işlemi, şüphesiz, önemli bir delil elde etme aracıdır. Teşhis, esas itibarıyla, tanık veya mağdurun şüphelinin kimliğinin belirlenmesi bakımından beyanlarını yansıtan bir soruşturma işlemidir.[1] Farklı derecelerde yargı yerleri teşhis işleminin belirli bir koruma tedbirinin uygulanması veya

---

1 Kovuşturma aşamasında teşhis ile ilgili olarak bkz., ZAFER, Hamide, Duruşma Aşamasında Teşhis in SIEBER Ulrich/YENİSEY Feridun, **Criminal Law in the Global Risk Society (Global Risk Toplumunda Ceza Hukuku),** Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 419-429. YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s. 615-616.

hüküm tesis edilmesi için yeterli olduğuna kanaat getirmekte ve temel hak ve özgürlükleri önemli ölçüde sınırlayan başta tutuklama olmak üzere koruma tedbirlerinin uygulanmasına veya mahkûmiyet hükmü verilebilmesine dayanak ve hatta yegâne dayanak olarak değerlendirmektedir.[2] Nitekim teşhisin özellikle hırsızlık ve yağma gibi bir kısım suçlarda yaygın bir biçimde başvurulduğu bilgisine mahkeme kararlarında açıkça yer verilmektedir.[3] Ceza muhakemesinde bu denli önemli sonuçlar doğuran bir işlemin adil yargılanma hakkının temel güvencelerinden uzak bir biçimde icra edilmesi ve mahkûmiyet hükmüne esas alınması ise teşhis işleminin neden olabileceği hak ihlallerini artırabilmektedir. Teşhisin bu yönü, özellikle 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu döneminde verilen kararlarla daha fazla gün ışığına çıkmış ve gerek teşhis işleminin hukuksal niteliği gerekse de bu işlemin süjeleri ve adil yargılanma bakımından değerlendirilmesinin daha fazla tartışılmasına neden olmuştur.

Bir muhakeme süjesi olarak müdafiin teşhis işlemine katılmasının zorunlu olup olmadığı bu tartışmaların merkezinde yer almaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda teşhis işleminde müdafiin katılımı ile ilgili açık bir düzenleme yoktur. Ancak, Ceza Muhakemesi Kanunu, 149. maddede açıkça, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında bir veya birden fazla müdafiin yardımından faydalanılabileceği, aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkının engellenemeyeceğini ve kısıtlanamayacağını öngörmektedir.[4] Öğreti de mutabakatla, teşhis işleminde de müdafiin

---

2 Yargıtay CGK, 2008/6-70, 2008/84, 15.4.2008, aynı yönde 2008/6-71, 2008/85, 15/4/2008 (Lexpera) Anayasa Mahkemesi (AYM), Morkoç, 2013/5507, 15/6/2016, para. 16, 63. Abdulkerim Civelek, 2015/13718, 26/12/2018. 6. CD. 2014/11287 E., 2014/21426 K., 18/11/2014. Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin bu karara konu olayda derece mahkemesinin tutumu uygulamayı yansıtması açısından bir örnek teşkil etmektedir. Somut olayda, yapılan teşhis işleminde sanığın eşkal bilgilerinin tutanağa geçmemesi, müştekinin kovuşturmada ifadesinin alınmaması, hakkındaki zorla getirme kararından vazgeçilerek teşhis ile hüküm kurulması 6. CD. tarafından bozma nedeni yapılmıştır.

3 Örnek, YCGK 2012/6-925 E., 2012/1860 K., 18/12/2012; 22. CD., 2015/15082 E., 2016/11000 K., 23/6/2016. Hırsızlık açısından bkz., YCGK., 2014/676 E., 2016/262 K., 24/5/2016 (Lexpera).

4 "*Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda, duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilir*." (CMK md. 149/2/2. cümle).

hazır bulunması gerekliliğinin altını çizmektedir. Ne var ki, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2008 tarihli kararında,[5] bu bağlamda tam aksi sonuca varmıştır.

Bu çalışmada, Yargıtay'ın 2008 tarihli Ceza Genel Kurulu kararı ile vardığı sonuç, teşhis işleminin hukuksal niteliği, işlemin icrası ve delil olarak değerlendirilmesi çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesi bakımından değerlendirilecektir. Konu ile ilgili tartışmalarda, AİHM'nin ilgili içtihadı ve teşhis açısından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun dayanağını oluşturan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na ilişkin öğretide ileri sürülen görüşler ve uygulama da kimi detaylarıyla değerlendirilecektir.

Aşağıda, öncelikle teşhis işlemi ile ilgili genel bir çerçeve çizilecek ve bu tartışmayı müteakip müdafiin bu işleme katılımı, işleme katılmamasının neden olacağı sonuçlar bakımından değerlendirilecektir.

II. TEŞHİS İŞLEMİ İLE İLGİLİ NORMATİF ÇERÇEVE

Türkçe Sözlük'te, teşhis, "*kim ve ne olduğunu anlama, tanıma, seçme; belirleme; tanı" şeklinde tanımlanmaktadır."*[6] Ceza Muhakemesi Kanunu'nda iki ayrı yerde teşhis ifadesi geçmektedir. CMK 81. maddede, 'fizik kimliğin tespiti' başlıklı hükümde üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin *teşhisi* için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç izi, bedeninde yer alıp *teşhisini* kolaylaştıracak diğer özellikler ile sesi ve görüntüleri kayda alınması bağlamında kullanılmıştır. Bu kavramın kullanıldığı diğer hüküm ise, CMK md. 86/1'de ölünün şüpheli veya sanığa gösterilmesi bağlamındadır. Fizik kimliğin tespiti ve ölünün kimliğini belirleme amacıyla teşhis, teşhis işlemi ile bağlantılı olmakla birlikte şüpheli veya sanığın kimliğinin belirlenmesi anlamına gelecek bir biçimde teşhis kavramını haliyle karşılamamaktadır.

Teşhis işleminin Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş olmasından hareketle, öğretide ve uygulamada bu işlemin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almadığına ilişkin bir kabul bulunmaktadır.[7] Bu-

---

5 Y. CGK, 2008/6-70, 2008/84, 15.4.2008, aynı yönde 2008/6-71, 2008/85, 15/4/2008.

6 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ce1207d724fd6.95921831 (Erişim tarihi: 22 Mayıs 2019).

7 YCGK 2012/6-925 E., 2012/1860 K., 18/12/2012. Bu kararda Ceza Genel Kurulu, teşhis

nunla birlikte, mehaz kanun Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yorumu ve öğretideki görüşlerle paralel olarak,[8] Centel ve Zafer'in de isabetle belirttiği üzere, CMK'da soruşturma evresinde, kimliğin belirlenmesine ilişkin hususlarda tanıkların birbirleriyle ve şüpheliyle yüzleştirilmesinin aynı zamanda teşhis işlemini de kapsadığı ileri sürülebilir.[9] Zira, burada esas itibarıyla soruşturma aşamasında gerçekleşecek teşhisten söz edilmektedir.

Teşhis işleminin nasıl icra edileceği ise Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda 2007 yılında yapılan değişlikle birlikte, kolluğun adli görevleri başlığı altında Ek 6. madde içinde düzenlenmiştir. Uygulama birliği ve hukuksal açıdan denetlebilirliğinin sağlanması bakımından söz konusu yasal düzenleme olumlu bir gelişme olarak kaydedilmelidir.[10]Nitekim hükmün mehazını oluşturan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu md. 58/2 bakımından da soruşturma aşamasında teşhis işleminin uygulanabileceği, ancak şüphelinin temel haklarına müdahale dolayısıyla bu düzenlemenin artık yeterli olmadığı savunulmaktadır.[11]Bununla birlikte, esas itibarıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmesi gereken bir işlemin PVSK'da düzenlenmesinin ne denli isabetli olduğu tartışmalıdır. Öğretide, özü itibarıyla bir kolluk işlemi olan bu düzenlemenin PVSK'da olmasının yerinde olduğu belirtilse de,[12] esasen ait olduğu bağlamda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 52. madde-

---

işleminin ilk kez 2/6/2007 gün ve 5681 sayılı Kanunun 5. maddesiyle 2559 sayılı PVSK Ek 6. maddesinde yapılan değişiklikle mevzuatımıza girdiğini belirtmektedir. Yargıtay, 22. CD., 2015/15082 E., 2016/11000 K., 23/6/2016 (Lexpera). **YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 613, YENİSEY Feridun, **Kolluk Hukuku**, Beta, İstanbul, 2015, s. 503-504, ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. baskı, Seçkin, Ankara, 2012, s. 268.

TANER Fahri Gökcen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği,** Seçkin, Ankara, 2019, s. 200-201.

8 IGNOR Alexander/BERTHAU Camilla in Löwe/Rosenberg **Die Strafprozzesordnung und das Gerichtsverfasungsgesetz**, 27. baskı, De Gruyter, Berlin, 2018, s. 218- s. 228.

9 **CENTEL** Nur/**ZAFER** Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Baskı, Beta, 2017, s. 338. Yurtcan da, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi'nde açıkça belirtmese dahi, teşhis ile ilgili Yargıtay kararlarına yer vermektedir. YURTCAN Erdener, **CMK Şerhi**, 8. baskı, Adalet, Ankara, 2017, s. 244-249. Parlar da, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi'nde bu durumu açıkça belirtmemekle birlikte, teşhis ile ilgili PVSK düzenlenmesine ve icrasına ilişkin şartlara değinmiştir, s. 151-152. PARLAR Ali, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017.

10 ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Seçkin, Ankara 2016, s. 282, **CENTEL/ZAFER,** 2017, s. 338.

11 **IGNOR/BERTHEAU,** s. 225.

12 **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ vd.,** 2016, s. 281-282.

sinde kovuşturma aşamasındaki teşhisi de kapsayacak bir biçimde düzenlemesi kanun yapma tekniği açısından kuşkusuz daha doğru olacaktı.

PVSK EK md. 6'ya göre, polis, olaydaki failin, gözaltına alınan şüpheli ile aynı kişi olup olmadığının belirlemek bakımından zorunlu olması halinde, Cumhuriyet savcısının talimatıyla teşhis yaptırabilir. Ancak, yine PVSK'ya göre fotoğraflı teşhisin de yapılabilmesi mümkündür. Aşağıda, teşhis işlemine ilişkin bu koşullar değerlendirilecektir. Ancak, öncelikle, teşhis işleminin hukuki niteliği ve benzer işlemlerden farkı üzerinde durmakta fayda bulunmaktadır.

A- Teşhis İşleminin Hukuki Niteliği ve Benzeri İşlemlerden Farkı

Teşhis işlemi öğretide, *"şüphelinin kendisinin veya fotoğraflarının suç mağduruna veya tanığa gösterilmesi ve bu şekilde şüphelinin tanınması olarak"* tanımlanmıştır.[13]Teşhisin, bu yönüyle yüzleştirme işleminden farklı olduğu CMK'da yüzleştirme işleminin açık tanımı çerçevesinde anlaşılmaktadır. CMK md. 52'ye göre yüzleştirme, tanıkların veya şüphelilerin birbirini tutmayan beyanlarının varlığı halinde çelişkilerin giderilmesi, hangi beyana itibar edileceğinin belirlenmesi ve yeni delil elde edilmesi amacıyla tanıkların ya da şüphelilerin karşı karşıya getirilmesi işlemidir. Dolayısıyla, teşhiste temel amaç, teşhise tabi tutulan kişinin suçun faili olup olmadığını belirlemek ve kimlik tespiti yapmaktır. Yüzleştirmede ise, tanık ifadelerinin doğruluğu ile ilgili bir denetim faaliyeti esas itibarıyla ön plandadır.[14]

Diğer taraftan, soruşturma işlemi olarak teşhis icra edilirken, teşhis işlemine tabi tutulan ile teşhiste bulunan kişiler *"yan yana veya karşı karşıya"* değillerdir.[15] Teşhis işleminde, teşhiste bulunan kişi mağdur veya suçtan zarar gören veya tanıktır. Yüzleştirme işlemi ise tanıkların kendi aralarında ya da tanık ve şüpheli veya sanık arasında icra edilir.

Öte yandan yukarıda belirtildiği üzere, CMK md. 81'de düzenlenen fizik kimliğin tespiti de teşhis işlemi ile bağlantılıdır. Benzer bir düzenleme,

---

13 YENİSEY, Feridun, **Hazırlık Soruşturması ve Polis**, İstanbul, 1987, s. 211, **YENİSEY,** 2015, s. 503-508. DEMİRBAŞ Timur, **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması**, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1996, s. 146, FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A Yayınları, Ankara, 1996, İNCİ Z. Özen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis, **TBB Dergisi**, sy. 85, s. 105-136, 2009. 2009, s. 107.

14 **YENİSEY,** 1987, s. 212, **FEYZİOĞLU,** 1996, s. 332,

15 **YENİSEY,** 2015, s. 508, **İNCİ**, 2009, s. 108.

PVSK md. 5'te düzenlenmektedir.[16] Zira, bu işlem ile teşhis için gerekli materyal, en başta fotoğraf olmak üzere, elde edilmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, bu işlemi yapabilmek için isnada dayanak suçlamanın üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç olmalı ve şüpheli veya sanığın kimliğinin teşhisi için gerekli olmalıdır. Bu koşulların varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç izi, bedeninde yer alıp *teşhisini* kolaylaştıracak diğer özellikler ile sesi ve görüntüleri kayda alınabilir. Şüphelinin veya sanığın,söz gelimi,daha önce parmak izinin alınmış olması halinde yeniden parmak izinin alınması gereklilik kriteri ile bağdaşmaz.[17]Somut olayda söz konusu tedbirin gerekli olup olmadığına soruşturma savcısı karar verecektir. Fizik kimliğin tespiti ile amaç, olay yeri incelemesi ile elde edilen delillerle mukayese edilmesi[18]ve teşhis işlemi için materyal temin edilmesidir. Nitekim, bu durum kanun metninde "teşhisi kolaylaştıracak" ifadesi ile açıkça da belirtilmektedir. Dolayısıyla, teşhis ve fizik kimliğin tespiti tedbirleri arasında doğrudan bir bağ bulunmaktadır. Nitekim, her iki tedbirin hukuki niteliği ile ilgili tartışmaların da ortak bir zemine dayandıklarını söylemek mümkündür.

Gerçekten, fizik kimliğin tespiti, şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ile moleküler genetik incelemeler aşağıda da değerlendirileceği üzere, sıklıkla teşhis işleminin hukuksal niteliğinin belirlenmesinde başvurulmaktadır. Bu işlemler tıpkı teşhis işleminde olduğu gibi beden bütünlüğüne müdahale edilmesini gerektiren işlemlerdir. Bu nedenle ceza muhakemesi hukukunda salt bir araştırma aracı değil, koruma tedbiri yönlerinin de bulunduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan her ne kadar, söz konusu tedbirler koruma tedbirlerinin düzenlendiği bölüm altında yer almamış olsalar da koruma tedbiri niteliklerinin de altı çizilmektedir.[19]

---

16 PVSK'ya göre fizik kimliğin tespiti –parmak izi ve fotoğrafların kayda alınması ile ilgili olarak bkz. **CENTEL/ZAFER**, 2017, s. 331-333.

17 **CENTEL/ZAFER**, 2017, s. 333-335. Ayrıca, bkz., ÖMEROĞLU Ömer, 'Ceza Muhakemesinde Şüpheli ve Sanığın Fizik Kimlik Tespiti', **TBB Dergisi**, sy. 115, 2014, s. 61-102.

18 AKSOY İPEKÇİOĞLU Pervin, 'Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu', Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c. 19, s. 2, 2013, s. 1157-1175, s. 1167-1168.

19 **CENTEL/ZAFER,** 2017, s. 307. *"5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nda ise beden muayenesi, bedene müdahale koruma tedbiri ve soruşturma aracı olma özelliklerini birlikte taşıyacak şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle, bedene müdahale karma nitelikli bir kurum olarak düzenlenmektedir."*

Keza teşhis işleminin gerçekleştirilebilmesi için de saç ve sakalın kesilmesi şüphelinin beden bütünlüğüne müdahale edilmesi gereken haller söz konusu olabilir. Teşhis işlemi de bu yönleriyle bir koruma tedbirine yaklaşmaktadır. Öğretide bir görüş teşhisin mutlaka gözaltında bulunan kişiye karşı uygulanacağından hareketle, teşhis ile ilgili açık düzenleme bulunmayan konularda gözaltı ve ifade vermeye ilişkin esasların geçerli olacağını savunmaktadır.[20]

Teşhis işleminin hukuksal niteliğine ilişkin yukarıda yer verilen görüşler tutarlı olmakla birlikte, öğretide genellikle hukuki niteliğinin belirlenmesinde, bu işlemde birden fazla muhakeme süjesinin bulunduğu hususu gözden kaçırılmaktadır. Teşhis işlemi, soruşturma aşamasında, şüpheli ve sanık açısından gözaltı ve ifade alma ile bağlantılı ve beden bütünlüğüne müdahale olanağı dolayısıyla koruma tedbirine yaklaşmaktadır. Ancak, teşhiste bulunan kişi bakımından teşhis işlemi tanık veya mağdurun ifade vermesidir. Bu durum, konunun CMK'da tanıklık ile ilgili bölümde düzenlenmesi, teşhisin icrasının düzenlendiği PVSK'da da tanıklıktan çekinmeyi düzenleyen CMK md. 45, 46, 47 ve 48 hükümlerine atıfta bulunulmasından anlaşılabilecektir. Nitekim, Alman öğretisinde de konu bu merkezde tartışılmaktadır.[21]

B- Teşhis İşleminin Koşulları

PSVK Ek. 6. madde iki biçimde teşhis düzenlenmiştir: Canlı teşhis veya fotoğraf üzerinden teşhis. Canlı teşhis işlemi için ilgili hükme göre, şüphelinin gözaltına alınmış olması ve teşhis işleminde zorunluluk bulunması gerekir. Teşhis işleminin mutlaka gözaltı süresince yapılması gerekmez. Kişi gözaltına alınmadan da davet usulü ile teşhis işlemine katılması mümkün olduğu haklı olarak kabul edilmektedir. Centel ve Zafer'e göre, davet üzerine de teşhis yapılabilir. Ancak, teşhis için davet edilen şüphelinin zorla getirilmesi kanunda açıkça düzenlenmemiştir.[22] Her halükarda, teşhis şüphelinin gözaltına alınmasının ardından gerçekleşecek ise teşhis için kişinin suç iş-

---

20 **İNCİ,** 2009, s. 111.

21 ROXIN Claus/SCHÜNEMAN Bernd, **Strafverfahrensrecht**, 29. baskı, Beck, Münih, 2017, s. 273. BADER Markus, **KK-StPO**, 8. Aufl. 2019, StPO § 58 Rn. 6-10 (Beck Online), **MAIER Stefan MüKoStPO**, 1. Aufl. 2014, StPO § 58, 2014, StPO § 58 Rn. 38-39 (Beck Online).

22 **CENTEL/ZAFER**, 2017, s. 338.

lediği yönünde belirli bir delil durumunun varlığı CMK'nın gözaltı ile ilgili düzenlemelerinin zorunlu bir sonucudur.

a- Teşhis İşlemi İçin Aranan Şüphe Derecesi

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 6526 sayılı Kanun ile değişik 91. maddesi çerçevesinde Cumhuriyet savcısının gözaltı kararı verebilmesi için bir suçun işlendiğini gösteren somut deliller ve soruşturma yönünden zorunluluk bulunmalıdır. Bu açıdan, CMK md. 90, koruma tedbirleri ile ilgili açıkça şüphenin seviyesinin öngörüldüğü diğer düzenlemelerden kısmen ayrılmaktadır. Bu açıdan, gözaltı ile ilgili aranan şüphe seviyesini kısaca değerlendirmekte yarar bulunmaktadır.

Şüphe kavramı, ceza muhakemesi hukuku bakımından esas itibarıyla koruma tedbirlerinin uygulanması ile ilgili bir koşul olarak ortaya çıkmaktadır.[23] Diğer taraftan, hâkimin maddi gerçeğe ulaşmasıyla sonuçlanan hüküm verme faaliyeti de şüphe kriterleriyle doğrudan ilgilidir.[24] Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şüphe ifadesinin yerine 'belirti',[25] olay[26] ve hal[27] ifadeleri de şüphe kavramı ile bağlantılı bir biçimde kullanılmaktadır.

Gerek Türk hukukunda gerek karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde şüphe kavramının yoğunluğu muhtelif koruma tedbirlerine ilişkin olarak tanımlanmıştır. Örneğin, bir soruşturma başlatılabilmesi için basit şüphenin arandığı ve bunun CMK md. 160'da "bir suçun işlendiği izlenimini veren hal" ifadesi ile karşılandığı kabul edilmektedir. Büyük ölçüde mehaz kabul edilebilecek, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda başlangıç şüphesi/*Anfangsverdacht* tanımlanmaktadır. Basit şüphe, burada bir suçun işlenmiş olduğunun veya şüphelinin suçun işlenmesine karışmış olduğunun mümkün görünmesidir. Basit şüphe, kural olarak ancak, Cumhuriyet savcısının CMK md. 160 bağlamında genel soruşturma yetkilerini kullanması için bir başlangıç oluşturur.

---

23 YAYLA Mehmet, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe**, Seçkin, Ankara, 2016.

24 BİRTEK Fatih, **Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2017.

25 "*Bir kişinin doğal olmayan nedenlerle öldüğüne dair şüpheyi destekleyen belirtililerin olması halinde"*, CMK md. 93 yakalanan ve tutuklanan kişilerin nakli başlığı altında, "*kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı halinde"*.

26 'Diğer kişilerle ilgili arama' başlığı altında CMK md. 117/2'de "*aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığı"*.

27 CMK md. 160 "*bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali*".

Yeterli şüphe ifadesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. maddesinde "soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler" biçiminde iddianamenin tanzimi ve dolayısıyla kamu davasının ikamesi için aranan koşul olarak belirlenmektedir. Kuvvetli şüphe ise, tutuklamaya ilişkin olarak bir dizi koruma tedbirinde aranmıştır: Özel el koyma yöntemlerine ilişkin CMK md. 128'de, şirkete kayyım tayinini düzenleyen CMK md. 133'te, iletişimin denetlenmesini düzenleyen CMK md. 135'te, gizli soruşturmacı tedbirini düzenleyen CMK md. 139'da, teknik takibi düzenleyen CMK md. 140 ile CMK md. 74'te beden muayenesi ile ilgili olarak ilgili tedbirin uygulanması bakımından bir koşul olarak öngörülmüştür.

Makul şüphe ise sadece CMK md. 116'da şüpheli ve sanık ile ilgili arama bağlamında düzenlenmiş, ancak makul şüpheye ilişkin bir tanım vermemiştir. Söz konusu hükme göre *"yakalanabileceği veya suç delillerini elde edebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."* Makul şüphe, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde ise ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır. Yönetmelik'e göre;

"*Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.*

Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir.

Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir.

Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır.

Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır."

Yönetmelik'te makul şüphe tanımı yapılırken, tarafsız üçüncü bir kişinin görüşü değil, kolluk görevlisinin değerlendirilmesinin esas alındığı anlaşılmaktadır.[28] Her ne kadar ihbar veya şikayeti destekleyici emarelerden

---

28 Bu yönüyle, söz konusu tanım denemesinin, esasen, durdurma işlemini düzenleyen PVSK md. 4/A'daki makul sebep ifadesine yaklaştığını belirtmek gerekir. Bkz., YCGK, 2016/70

söz edilse de 'emare' kavramı, bilgi ve veri mevcudiyeti gibi herhangi bir biçimde umma, varsayım veya beklenti düzeyindeki şüpheyi kategorik olarak dışlayan tanımı ile uyumlu değildir.

AİHM ise, md. 5(1)(c)'de bir suç isnadına bağlı olarak tutma ile ilgili yakalama ve gözaltı ile tutuklama arasında bir ayrım gözetmeksizin şu düzenlemeden hareketle gözaltı işlemi için makul şüphenin varlığını zorunlu görmektedir.

"Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması".

AİHM, bir dizi kararında makul şüpheye ilişkin bir tanım geliştirmiştir. Bu içtihatlar çerçevesinde 'makul şüphe' tarafsız bir gözlemciyi ilgili kimsenin bir suç işlediği konusunda ikna edecek unsurların ya da bilgilerin mevcut olması olarak tanımlanmaktadır.[29] Strazburg Mahkemesi, neyin makul olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin olayın koşulları içinde ele alınması gerektiğini belirtmektedir. AİHM, makul şüphenin varlığı için kamu davası açmak için yeterli şüpheye işaret edecek biçimde bilgi ve veri mevcudiyetinin de aranmaması gerektiğini belirterek aynı zamanda negatif bir biçimde de kavramın sınırlarını çizmiştir.[30]

AİHM'nin konu ile ilgili içtihadının Anayasa md. 90/son bakımından etkisi düşünüldüğünde, hakkında bir suç isnadına bağlı olarak gözaltı kararı verilerek teşhis işlemine tabi tutulacak kişinin asgari olarak bir suç işlediğini gösteren ve objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek delil durumunun somut

---

E., 2017/37 K., 31/1/2017 (Lexpera). Makul sebebin sübjektif, makul şüphenin de haliyle objektif olduğu kabul edilmektedir. GÖLCÜKLÜ Şeref/GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. bası, Turhan Kitabevi, 2002, s. 231.

29 Fox, Campbell and Hartley/Birleşik Krallık, para. 32, Erdagöz/Türkiye, 127/1996/945/746, 22/10/1997, para. 51, O'Hara/Birleşik Krallık, Başvuru 37555/97, 16/10/2001, para. 34.

30 O'Hara/Birleşik Kralllık, para. 35, Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık, 11209/84;11234/84; 11266/84; 11386/85, 29 Kasım 1988, para. 53, İpek ve diğerleri/Türkiye, 17019/02 ve 30070/02, 3 Şubat 2009, para. 28. AİHM'nin makul şüphe ile ilgili içtihadının makul şüphenin iç hukuktaki basit şüphe, makul şüphe, yeterli şüphe, kuvvetli şüphe şeklindeki tasnif açısından değerlendirilmemesi gerektiği, Mahkeme'nin burada da esasen özerk bir değerlendirme yaptığı savunulmaktadır. ŞİRİN Tolga, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s. 107.

olayda mevcut olması gerekir. Bu düzeyde bir şüphenin bulunmaması halinde teşhis işleminin uygulanmaması gerekir.

b- Teşhis İşleminde Zorunluluk

PVSK'da açıkça teşhis işleminin zorunlu olmasından söz edilmektedir. Bu şartın, teşhis işleminin tali niteliğini yansıttığı belirtilmektedir. Eğer başka yöntemler, teşhis işlemi ile ulaşılmak istenen amaca yeterli ise artık teşhis işlemine başvurulmamalıdır.[31] Zorunluluk bu yönüyle Anayasal bir ilke olarak orantılılık ilkesi içinde değerlendirilmeli ve amaca uygunluk ve gereklilik olarak anlaşılmalıdır. Bu itibarla, olay yeri incelemesinin sonucuna göre alınan DNA örneklerinin moleküler genetik incelenmesiyle fail kimliklendirilebiliyorsa ya da alınan sperm örnekleri ile yine genetik inceleme sonucunda failin kim olduğu belirlenebiliyor veya parmak izi alınarak fail belirlenebiliyorsa ayrıca teşhis işlemine gerek duyulmayabilir.

c- Teşhis İşleminin İcrası

PVSK Ek. md. 6, teşhis işleminin icrası için Cumhuriyet savcısının talimatının gerekeceğini düzenlemektedir. Bu talimatın yazılı bir talimat olması gerekeceği hususu konusu Cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkilerine ilişkin hükümlerinden çıkarılabilir (CMK md. 160, 161). CMK md. 160/2'ye göre, Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla yükümlüdür. Yine, CMK md. 161'e göre, Cumhuriyet savcısı doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir. Adli kolluk görevlileri, elkoydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhal bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür. Adli Kolluk Yönetmeliği'nde ise bu durum şöyle ifade edilmiştir:

"Cumhuriyet savcısı, adlî kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. Sözlü emir, en kısa sürede yazılı hâle dönüştürülerek mümkün olması hâlinde en seri iletişim vasıtasıyla ilgili kolluğa bildirir; aksi hâlde ilgili kolluk görevlilerince alınmasına hazır edilir. Ancak, kolluk görevlisi emrin yazılı hâle getirilmesini beklemeden sözlü emrin gereğini yerine getirir." (md. 6).

---

31 **İNCİ,** 2009, s. 114.

Teşhis işlemi esas itibarıyla gözaltı sırasında gerçekleşen bir işlem olduğu için talimatın başından itibaren yazılı olmasında zorunluluk vardır. Gözaltı işlemi, özgürlük ve güvenlik hakkının bir istisnası olarak hâkim kararı olmaksızın Anayasa md. 19'un da atıfta bulunduğu Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde gerçekleştirebilir. CMK ise, gerek gözaltı gerekse gözaltı süresinin varlığı yönünden Cumhuriyet savcısının yazılı 'karar' ve emrini gerekli kılmıştır (CMK md. 91/1 ve 2).

Teşhis işlemi kolluk tarafından gerçekleştirilir. Kolluk, polis ve polis teşkilatı olmayan yerlerde jandarmadır. PVSK md. 25'te polis teşkilatı bulunmayan yerlerde, il, ilçe ve bucak jandarma komutanları ile jandarma karakol komutanlarının kanunda yazılı vazifeleri yapabileceği ve yetkilerini kullanabileceği belirtilmektedir.

Çocuk Koruma Kanunu md. 15/1 hükmü çerçevesinde suça sürüklenen çocuk hakkındaki soruşturmanın çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılması gerekir.[32] Çocuğun ifadesinin alınması veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir. Buradan yola çıkılarak, öğretide haklı olarak suça sürüklenen çocuklar bakımından teşhis işleminin çocuğun yararı ve esenliği bakımından bizzat Cumhuriyet savcısı huzurunda yapılması gerektiği belirtilmektedir.[33]

İşleme başlanmadan önce, teşhiste bulunacak kişinin faili tarif eden beyanları tutanağa bağlanır. Teşhis işleminin maddi gerçeği temsil etmesi bakımından işlem öncesi eşkal bildirme son derece önemlidir.[34] Keza, teşhis işlemine tabi tutulan kişilerin birden fazla ve aynı cinsten olması aralarında yaş, boy, ağırlık, giyinme gibi görünüşe ilişkin hususlarda benzerlik bulunması gerekir. Mağdurun veya katılanın beyan ettiği yaş, boy ve ağırlık yönünden benzer kişiler seçilmediyse bu durum işlemin sıhhatini sakatlayacaktır. Bu işlem sırasında, teşhiste bulunan kişi işe teşhis işlemine tabi tutulan kişilerin birbirini görmemesi gerekir. Bu husus yukarıda da vurgulandığı üzere teşhis ile yüzleşmeyi birbirinden ayıran önemli özelliklerdendir. Teşhis işleminin en az iki kere tekrarlanması ve teşhiste bulunması istenen kişiye, şüphelinin

---

32 **CENTEL/ZAFER,** 2017, s. 339.

33 **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ vd.,** 2016 s. 283, **CENTEL/ZAFER,** 2017, s. 339.

34 **IGNOR/BERTHAU,** s. 227, **ODENTHAL**, Hans-Jörg, Identifizierung von Verdaechtigen, Gegenüberstellung und Wahllichtbildvorlage, **Strafo**, 2, 2013, s. 61-70.

teşhis edilecek kişiler arasında yer almıyor olabileceğinin hatırlatılması gerekir.

d- Fotoğraflı Teşhis ve Diğer Teşhis Yöntemleri

Kişinin fotoğrafı üzerinden de teşhis yaptırılabilmesi, PVSK Ek 6. maddede açıkça düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, tek bir fotoğraf veya aynı kişinin farklı fotoğrafları üzerinden teşhis yaptırılamaz. Değişik kişilerin fotoğraflarının aynı büyüklük ve özellikle olmaları gerekir.[35]Fotoğraflı teşhiste teşhisin sağlıklı olabilmesi için fotoğraflar ile şüpheli arasında ilk bakışta görülebilecek farkların olmamasına özen gösterilir.[36]

Uygulamada en fazla problem yaratan alan, fotoğraflı teşhis ile ilgili olarak ortaya çıkabilmektedir. Yargıtay içtihadına konu olan bir olayda,[37] olaydan yaklaşık 4 ay sonra soruşturma aşamasında sanığa ait olduğu iddia edilen bilgisayar çıktısı şeklindeki tek bir fotoğraf üzerinden yapılan teşhis işleminin ardından, bu işleme bağlı olarak 8 ay sonra bu sefer kovuşturma aşamasında bir yüzleştirme işlemi icra edilmiştir. Yüzleştirme işlemi sırasında mağdur, aracına taş atan kişi olarak sanığı teşhis etmesine rağmen, bu kişinin aracından parayı alan kişi olup olmadığını bilmediği şeklinde bir beyanda bulunmuş, 22. Ceza Dairesi ise "usule uygun olmayan teşhis işlemi dışında sanığın atılı suç işlediğine dair cezalandırılmasına yeterli, her türlü kuşkudan uzak, hukuka uygun, kesin ve inandırıcı kanıtların neler olduğu karar yerinde denetime olanak sağlayacak şekilde" açıklanmamasını bozma nedeni yapmıştır.

Bir başka olayda ise sabah saatlerinde yolda yürümekte olan mağdur elinden cüzdanının çalındığını belirtmiş, soruşturma aşamasında alınan ifadesinde kaçan şahsın fiziki özelliklerini ayrıntılı olarak anlatmış ve olaydan iki saat sonra emniyette yaptırılan çoklu fotoğraf teşhisi işlemi sırasında sanığı teşhis etmiş, bu teşhis üzerine aynı gün yakalanan şüphelinin kolluk tarafından "çoklu ve canlı teşhis işlemi" sırasında bu sefer müşteki tarafından teşhis edilememiştir. Yargıtay 13. Ceza Dairesi, derece mahkemesinin oluşan bu çelişkiyi gidermeden ve müştekinin kovuşturma sırasında ifadesine başvurmadan sadece fotoğraf teşhisine dayanarak (CMK md. 210/1 maddesine aykırı olarak) mahkûmiyet hükmü tesis etmesini bozma nedeni yapmıştır.[38]

---

35 Y., 22. CD., 2015/15082 E., 2016/11000 K., 23/6/2016 (Lexpera)

36 Y., 6 CD. kararından aktaran **CENTEL/ZAFER,** 2017, s. 338.

37 Y., 22. CD., 2015/15082 E., 2016/11000 K., 23/6/2016 (Lexpera).

38 Y. 13. CD., 2015/11845 E., 2017/132 K., 17/1/2017. (Lexpera).

Fotoğraflı teşhis işleminin bu şekilde yargı kararlarına yansıyan hata payı ve icra edilişindeki usule aykırılıklar özellikle suç kaydı bulunan kişilere ait fotoğraf albümünden teşhis ile daha da tartışmalı bir hale gelmektedir.[39] Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda suç kaydı bulunan kişilere ilişkin deftere bakarak teşhis gerçekleştirilmiş, ancak dosya içinde söz konusu fotoğrafa yer verilmemiştir. 2. Ceza Dairesi, sanığın bütün aşamalardaki beyanına rağmen yüzleştirme işlemi yapılmadan, tanık ifadeleri arasındaki çelişki giderilmeden hakkında teşhis işlemine dayanarak mahkûmiyet kararı verilmesini bozma nedeni yapmıştır.[40]

Nitekim, Alman öğretisinde, henüz tespit edilmeyen bir şüphelinin teşhisini sağlamak için şüpheli ve diğer kişilerin fotoğraflarının gösterilmesinin hukukiliği tartışılmıştır.[41]Teşhis işleminin icrası canlı teşhiste olduğu gibi fotoğraflı teşhis bakımından Alman hukukunda bir Yönetmelik ile düzenlenmektedir. Bu işlemin hukuksal dayanağının şüpheli açısından Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 81/b'de düzenlenen fizik kimliğin tespiti ile ilgili olduğu, tanık için ise ifade işleminin bir parçası olduğu kabul edilmektedir.[42] Alman öğretisi ve uygulamasında da fotoğraflı teşhisin ispat gücünün sınırlı olduğu kabul edilmekle birlikte,[43] özellikle hafif ve orta düzeyde ağır suçların ispatı bakımından, öncesinde kişinin şüpheli ile ilgili beyanları alınmaksızın yapılan bir fotoğraflı teşhis işlemine sıklıkla başvurulduğu gözlemlenmektedir.[44]

Diğer taraftan, teşhisin icrasının öngörüldüğü PVSK Ek 6. maddede canlı ton teşhisi tanımlanmamıştır. Öğretide, CMK md. 81 bağlamında sesin kayda alınabileceği düzenlemesinden hareketle, ses teşhisinin, CMK md. 160'da bulunan genel araştırma yükümlülüğünden çıkacağı kabul edilmektedir.[45] Bununla birlikte söz konusu görüşü savunan yazarlar,-bu çıkarımın şerhi niteliğinde- konunun klasik teşhis gibi kanunda açıkça düzenlenmesinin gerekli olduğuna vurgu yapmaktadırlar. Kişisel veri bağlamında özel

---

39 Bkz. örneğin, Y. 14 CD, 2014/9111 E., 2016/3331 K., 5/4/2016 (Lexpera). Alman uygulaması için bkz. **ODENTHAL,** 2013, s. 65-67.

40 Y., 2. CD. 2013/21431 E., 2014/9163 K., 3/4/2014.

41 **IGNOR/BERTHAU**, s. 230.

42 **ROXIN/SCHÜNEMANN**, 2017, s. 273, **IGNOR/BERTHAU**, s. 230.

43 **ROXIN/SCHÜNEMANN**, s. 273.

44 **IGNOR/BERTHAU**, 2017, s. 230.

45 **CENTEL/ZAFER,** 2017, s. 339.

yaşamın gizliliğine saygı hakkı ve genel kişilik hakkı yönünden sınırlamalar içeren bu tedbirin temel hak ve özgürlüklerin güvence rejimini düzenleyen Anayasa md. 13'e uygun bir biçimde açıkça ilgili hükümde düzenlenmesi kuşkusuz bir gerekliliktir. Diğer taraftan, Alman öğretisinde kişinin canlı ton teşhise katılmaya zorlanamayacağı, bu durumun kişinin kendi aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanması anlamına geleceği savunulmaktadır.[46]

III. TEŞHİS İŞLEMİNİN DELİL DEĞERİ VE YASAK DELİLLER

A- Teşhis İşleminin Delil Değeri

Yukarıda tartışıldığı üzere, teşhis işlemi teşhise tabi tutulan yönünden bir soruşturma işlemi ve koruma tedbiri içeriği bulunan karma bir kurumdur. Teşhiste bulunan kişi açısından ise, tanık veya mağdur ifadesi niteliğindedir. Bu itibarla, teşhis işleminin delil değerini tanık ifadesinin delil içeriği içinde kendine özgü bir beyan delili olarak değerlendirmek gerekir. Sıklıkla teslim edildiği üzere en eski ve en çok başvurulan delillerden biri olmasına rağmen tanık ifadesi güvenilirliği en tartışılan delildir.[47] Diğer taraftan teşhis işleminin delil gücü bu bakımdan daha azdır. Yargıtay'ın da belirttiği üzere, teşhis işlemine uygulamada özellikle hırsızlık ve yağma gibi bir kısım suçlarda yaygın şekilde başvurulmakta ve çoğu zaman eylemin sabit olup olmadığı ya da suçun sanık tarafından işlenip işlenmediği hususu, yalnızca mağdur veya tanık anlatımlarından ulaşılarak elde edilen delilerle belirlenebilmektedir.[48]Yapılan araştırmalar, görgü tanıklarının teşhis ettiği kişilerin suçsuzluklarının daha sonra kayda değer bir oranda tespit edildiğini ortaya koymaktadır.[49]Bu açıdan ana hatlarıyla tanık ifadesinin ispat gücünü değerlendirdikten sonra, kendi içinde birçok problemi barındıran bir müessese olarak teşhis kurumunun bu açıdan niteliği değerlendirilecektir.

Yargıtay'ın da sıklıkla vurguladığı üzere, vicdani delil sisteminin geçerli olduğu bir sistemde kuşkusuz tanık ve mağdur beyanı son derece önemlidir. Konu, darp ve cebir izinin aradan geçen zaman nedeniyle soruşturma organlarınca öğrenilmesi veya esasen hile, tehdit veya iradeyi etkileyen diğer

---

46 **BADER**, 2019, StPO § 58 Rn. 6-10, **MAIER**, StPO § 58 Rn. 40-44 (Beck Online).

47 AYDIN Devrim, **Ceza Muhakemesinde Deliller**, Yetkin, Ankara, 2014, s. 71.

48 YCGK., 2014/676 E., 2016/262 K., 24/5/2016 (Lexpera).

49 **İNCİ, 2009**, s. 112-113.

bir yöntemle gerçekleştirilmesi dolayısıyla cinsel istismar ve cinsel saldırı fiilleri bakımından özellikle önemlidir. Nitekim, Yargıtay[50] da *"sanığa yüklenen suçların, hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispatının mümkün olduğu ceza yargılamasında, bir delilin reddedilmesi için akla, mantığa, bilimsel verilere, fizik kurallarına, herkesçe bilinen somut duruma, hayatın olağan akışı içinde gündelik yaşamdan edinilen karine niteliğindeki bilgilere aykırı olması ya da tanığın yalan söylediğinin ortaya çıkması gibi reddi için haklı, makul ve kabul edilebilir hukuki gerekçeler olmaksızın"* tanık beyanı şeklindeki delillerin kabul edilmemesinin hukuki gerekçeleri gösterilmeden isnat konusu tehdit ve hakaret suçlarından açık, kesin, yeterli ve inandırıcı delil bulunmadığından bahisle beraat kararı verilmesini bozma nedeni yapmıştır. Bir başka kararında ise, "*Sanığa yüklenen suçun, hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispatının mümkün olduğu ceza yargılamasında, tanıkların, katılanın babası ve halası olmasının, anlatımlarının reddedilmesinin tek haklı ve yasal gerekçesi olamayacağı gözetilmeden... karar verilmesi" ni* bozma nedeni yapmıştır. [51]

Öğretide, tanık beyanlarının delil gücü bu delilin elde edilmesi ile ilgili maddi ceza hukuku normları ile muhakeme normlarının varlığı ile açıklanmaktadır. Tanığın kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunmasını engelleyen bir dizi kanuni tedbir söz konusudur.[52] Birincisi, yalan tanıklık suç sayılmıştır (TCK md. 272). İkincisi, teşhis işleminde de söz konusu olduğu üzere, tanıklıktan çekinme hakkına sahip bulunanlar tanıklık yapmaktan imtina edebilmektedir. Üçüncüsü, tanıkların doğru beyanda bulunmaya zorlayan diğer bir tedbir ise, 'yemin'dir. Yemin eden kişinin, doğruyu söyleyeceğine namusu ve vicdanı üzerine yemin etmesinin etkisiyle doğru beyanda bulunma konusunda içsel bir baskıyla karşılaştığı kabul edilmektedir.[53]

Yine uygulamada, tanık beyanının güvenilirliğinin denetlenebilmesi için en önemli imkan CMK m. 201'de yer verilen doğrudan soru sormadır.[54]Bu

---

50 Y. 4. CD 2012/24967 E., 2014/5637 K., 20/2/2014 (Lexpera).

51 Y. 4. CD 2009/26494 E., 2012/3767 K., 27/2/2012 aktaran **Aydın 2014**, s. 70.

52 GÜNGÖR Devrim, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler', **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 6, sy. 2, 2015, s. 307-317, s. 309, **AYDIN**, 2014, s. 70.

53 **AYDIN**, 2014, s. 70.

54 **AYDIN** 2014, s. 78, KARAKEHYA Hakan, 'Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı', Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c. 19, s. 2, 2013, s. 716-733.

hüküm çerçevesinde, Cumhuriyet savcısı, müdafi veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; katılana, tanıklara, ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere (örneğin katılan sıfatı almamış müştekiye), duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir.[55]Doğrudan soru sorma, AİHS'nin md. 6(3)/d'de düzenlenen "iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek" ile çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkesinin açık bir görünümüdür.[56] Bu bağlamda, konu ile yakından ilgili bu iki ilkeyi kısaca değerlendirmek zorunludur.

AİHM, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerini birbirleriyle bağlantılı bir biçimde tanımlamaktadır.[57] Çelişmeli yargılama, Ruiz-Mateos/İspanya kararında tarafların, *"diğer tarafça sunulan delil veya dosyada yer alan mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma imkânına sahip olması"* olarak tanımlanmaktadır.[58]Çelişmeli muhakemenin etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi, AİHM'ye göre, ancak silahların eşitliği ile sağlanabilir. Bu bakımdan, savunma ve iddia büyük ölçüde eşit konumda olmalıdır.[59]

AİHM, silahların eşitliği kavramını ise ilk kez, Neumeister/Avusturya kararında tanımlamıştır.[60] Strazburg Mahkemesi'ne göre ceza davaları açısından silahların eşitliği *"savunmanın iddia makamı ile eşit bir şekilde davasını hazırlama ve sunma konusunda makul olanaklara sahip olmasının güvence altına alınmasıdır"* .[61]AİHM, silahların eşitliği kavramını soruştur-

---

55 CMK md. 201'e göre, yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir.

56 GÖLCÜKLÜ Feyyaz, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma', **AÜ SBF Dergisi** (İlhan Öztırak'a Armağan), sy. 1-2, 1994, s. 199-234.

57 İNCEOĞLU Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4), Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s. 142.

58 AİHM, Laska ve Lika/Arnavutluk, 12315/04, 17605/04, 20/04/2010, para. 59. Bkz., RAİNEY Benadette/ WICKS Elizabeth/OVEY Clare, The European Convention on Human Rights, 6. baskı, Oxord University Press, Oxford, 2014, s. 264-265. HARRIS David/O, BOYLE Michael (ed.) **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford, 2014 s. 416-418.

59 Konu ile ilgili bkz, **İNCEOĞLU,** 2018, s. 140-143.

60 **RAINEY/WİCKS/OVEY,** 2014, s. 263-264.

61 AİHM, Neumeister/Avusturya, 1936/63, 27/6/1968, **HARRIS/O,BOYLE**, 2014**,** s. 413-416.

manın/kovuşturmanın tarafları arasında adil bir denge olarak anlamaktadır.[62] AİHM, silahların eşitliği kavramını bir müdafi tarafından temsil edilme, kendi kendini savunma, duruşmada bizzat bulunma, delil ileri sürme, dosya içeriğine erişme, aleyhinde bulunan tanıklara soru sorma ve kanun yollarına başvurma gibi konular bağlamında değerlendirmiştir.[63]

Anayasa Mahkemesi de, AİHM ile paralel bir biçimde, çelişmeli yargılama ilkesi ile silahların eşitliği ilkesini birbirleriyle bağlantılı bir biçimde incelemektedir. Anayasa Mahkemesi, çelişmeli yargılama ilkesine ilişkin AİHM tarafından geliştirilen tanımı benimsemekte, çelişmeli yargılama ilkesinin taraflara dava dosyası hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu itibarla tarafların yargılamanın bütününe aktif bir biçimde katılımını gerektirdiğini belirtmektedir.[64] Mahkemece tarafların dinlenilmemesi, delillere karşı çıkma imkanı verilmemesi yargılama faaliyetini hakkaniyete aykırı hale getirebilir.[65] Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru üzerine verdiği bir kararda çelişmeli yargılamanın bir başka boyutunu da şöyle değerlendirmektedir:

"Çelişmeli yargılamanın bir amacı da dosyaya bir görüşün/talebin girmesini sağlamakla sınırlı olmayıp onun mahkemece dikkate alınarak bir sonuca ulaşmasını sağlamaktır. Çelişmeli yargılama ilkesi, sanığın aleyhindeki delillerin çelişmeli bir usul ile mahkemeye sunulmasını ve sadece tanıkların değil diğer delillerin de tartışılmasını gerektirir. Böylelikle başvurucular delilin davayla ilgisini ve ağırlığını değerlendirerek güvenirliği hususundaki iddia ve itirazlarını dile getirebilecektir." [66]

Anayasa Mahkemesi silahların eşitliği ilkesini de, yine AİHM ile paralel bir biçimde, "davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması" olarak tanımlamaktadır.[67] Anayasa Mah-

---

62 AİHM, Dombo Beheer/Hollanda, 14448/88, 27/10/1993, para. 33. Bkz. ayrıca, **TANER,** 2019, s. 96-100.

63 **TANER,** 2019, s. 99.

64 Cezair Akgül, 2014/10634, 26/10/2016, para. 27.

65 Abdullah Özen, 2013/4424, 6/3/2014, para. 21.

66 Cezair Akgül, para. 28.

67 Atilla Oğuz Boyalı, 2013/99 E., 20/3/2014, para. 43.

kemesi, bir mahkumiyet hükmü sadece veya belirleyici ölçüde, sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında "sorgulama veya sorgulatma" imkanı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise, sanığın adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin kabulünün gerekeceğini belirtmiştir.[68]

AİHM, Saidi/Fransa kararında, teşhis işleminin delil değerini bu ilkeler bağlamında değerlendirme fırsatı bulmuştur.[69] Olayda aşırı dozda eroin enjekte edilmesi sonucu hayatını kaybeden iki kişinin farklı günlerde gerçekleşen ölümü ile ilgili sürmekte olan bir soruşturmada, başvurucunun da yer aldığı iki kişi;kendileri de uyuşturucu madde bulundurma, tedarik etme ve kullanma suçları ile itham edilen iki uyuşturucu bağımlısı ile haklarında suç isnadı bulunmadığı anlaşılan diğer üç uyuşturucu bağımlısı tarafından ayrı ayrı teşhis edilmiştir.[70] Başvurucu bu teşhis işlemi sonucunda isnat konusu suçların ağır olması, delillerin toplanmasına devam edilmesi ve yüzleştirme işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için tutuklanmıştır. Soruşturma hâkiminin kararı ile, bir dizi başka tanık da başvurucuyu fotoğrafından uyuşturucu satıcısı olarak teşhis etmiştir. Başvurucunun ve müdafiin yüzleştirme talebi kabul edilmemiştir. Kamu davası, uyuşturucu bulundurma ve tedarik etme ve iki kişinin taksirle ölümüne sebebiyet verme suçlarından açılmıştır ve hüküm bu suçlarla ilgili olarak kurulmuştur. İstinaf aşamasından sonra, temyiz aşamasında, başvurucu, AİHS md. 6(3)/d'nin ihlal edilmesi, söz konusu tanıklar ile yüzleşme olanağının tanınmaması ve tanık ifadelerinin tartışılması olanağı bulunmaması dolayısıyla temyiz incelemesi talebinde bulunmuştur. Ancak, Fransız Yüksek Mahkemesi, yargılama süresince yüzleştirme talebi ile ilgili uygun bir başvuruda bulunulmadığını belirterek temyiz talebini esastan reddetmiştir.

İç hukuk yollarını böylelikle tüketen başvurucu, AİHM'ye yaptığı başvuruda hakkında teşhis işlemi sonucunda elde edilen tanık ifadeleri dışında, bu ifadeleri teyit eden belirti delillerin veya yapılan inceleme sonuçları ve bilirkişi raporlarının bulunmadığına dikkat çekmiştir.[71] Hükümet ise, kollukça yürütülen soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki doğru, tutarlı ve

---

68 Levent Yanlık, para. 71, Cezair Akgül, para. 37.

69 Saidi/Fransa, 14647/89, 20/9/1983.

70 Saidi/Fransa, para. 10 vd.

71 Saidi/Fransa, para. 41.

birbirleriyle uyumlu bir biçimde verilen tanık ifadeleri dikkate alındığında yüzleşmenin bu dosya bakımından gerekli olmadığını belirtmiştir.[72] AİHM, delil değerlendirilmesinin ulusal mahkemelerin takdirinde olduğunu ancak Mahkeme'nin somut olayda delil edilme biçiminin bir bütün olarak yargılamanın adilliğini etkileyip etkilemediğinin Mahkeme tarafından değerlendirileceği şeklindeki içtihadını hatırlatmıştır. İkincisi, Mahkeme, delillerin sanığın katılımıyla aleni bir yargılamada çelişmeli yargılama usulü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki içtihadını da hatırlatmıştır.[73] Bu genel çerçeveden sonra, Strazburg Mahkemesi, savunma hakkına saygı duymak kaydıyla, kolluk soruşturması ve soruşturma hâkiminin kararıyla gerçekleştirilen araştırmalar neticesinde delil elde edilmesinin tek başına Sözleşme'ye aykırı olmadığını belirtmiştir.[74] AİHM'ye göre bu haklar, şüpheli/sanığın (*defendant*) kendi aleyhindeki tanık ifadelerini tartışma ve soru sorma hakkını içerir. Somut olayda hükmün yegâne dayanağının tanık ifadeleri olduğuna dikkat çeken Mahkeme, yüzleştirme işleminin gerçekleştirilmemesinin adil yargılanma hakkından kişiyi belirli ölçülerde mahrum bıraktığını, uyuşturucu ile mücadelenin arz ettiği bütün zorluklara rağmen bir suç isnadı altında kişinin savunma haklarının sınırlanmasını haklı kılmayacağını belirtmiştir.

Ezcümle, AİHM, teşhis işlemi çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesi telifinin kabil olmasının ancak sonraki aşamalarda aleyhe ifadeleri çürütebilme ve soru sorma hakkının tanınması ile mümkün olacağına hükmetmektedir.[75]

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun karar verdiği bir olaya da AİHM'nin Saadi/Fransa kararı ile taşıdığı benzerlik dolayısıyla bu bağlamda değinmekte yarar vardır. Somut olayda, mağdurun kovuşturma aşamasında cep telefonu ile konuştuğu sırada kafasına vurarak cep telefonunu alan olay tarihinde çocuk olan sanık ile ilgili usulüne uygun olmayan bir teşhis yapılmıştır. Zira, teşhis işleminde yaşça şüpheli ile aynı yaşta olmayan üç kişi ile canlı teşhis yaptırılmıştır. Mağdur işlem sonucunda şüpheli suça sürüklenen çocuğu teşhis etmiştir. Ancak, kovuşturma evresinde, cep telefonunun mağdur olay

---

72 Saidi/Fransa, para. 42.

73 Saidi/Fransa, para. 43. Ayrıca bkz., Asch/Avusturya, 12398/86, 26/04/1991, para. 27.

74 Mahkeme'nin bu yaklaşımıyla ilgili bkz., Kostovski/Hollanda, 11454/85, 20/11/1989, para. 41, Isgro/İtalya, 11339/85, 19/2/1991, para. 34.

75 **GÖLCÜKLÜ,** 1994, s. 229.

tarihinde çocuk olan sanık tarafından alınıp alınmadığından emin olmadığını belirtmiş ve bu itibarla suça sürüklenen çocuk hakkında verilen beraat kararı temyiz edilmiştir. Kararın temyizi üzerine ihtisas dairesi olan 6. Ceza Dairesi, mağdur anlatımı ve teşhis işlemine dayanarak atılı suçun işlendiğinden bahisle hükmü bozmuştur. Dikkat edilirse ilgili ihtisas dairesi, burada yaşça uygun olmayan üç kişi ile birlikte canlı teşhisin yaptırılmasını ve söz konusu teşhis işlemine rağmen, kovuşturma aşamasında mağdurun emin olmadığını beyan etmesine (ve hatta yağma suçuna konu cep telefonu sattığı iddia edilen kişiye satılan telefonun farklı bir model olduğunun anlaşılmış olmasına) rağmen olaydan 20 gün sonra gerçekleştirilen teşhis işlemini mahkûmiyet hükmü açısından yeterli görmüştür. Yerel mahkemenin direnme kararının Cumhuriyet savcısı tarafından temyizi üzerine, Ceza Genel Kurulu, suçsuzluk karinesinin de altını çizerek, "kesin bir kanaat vermekten uzak olan teşhis işlemine, mağdurun sonradan döndüğü beyanlarına ve sanığın tüm aşamalardaki istikrarlı savunmalarına göre yağma suçundan sanığın mahkûmiyetine karar verilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir."[76]

Yargıtay Ceza Genel Kurulu önüne gelen bu olay, teşhis işleminin delil gücünün sınırlarına ve hata payına ilişkin bir örnek niteliğindedir. Her ne kadar, teşhis işlemi kuvvetli bir delil olarak değerlendirilse de birçok yönden ispat gücü sınırlıdır. Teşhis işleminin icrasının kendine özgü niteliği dolayısıyla çelişmeli yargılama açısından olanaklar oldukça azdır. Bu aşamada, tanığın ifadesi muhakeme süjelerinin soruları ile verdiği bilgilerin gerçeğe uygun olup olmadığının değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir yargılamada delillerle doğrudan doğruya temas eden hâkiminin yargılama sırasında CMK md. 52 uyarınca yüzleştirme yaptırabilmesi mümkündür ve CMK md. 201 bağlamında tanıklara muhakeme süjelerince usulüne uygun bir biçimde soru sorma hakkı vardır. Keza, her ne kadar, PVSK Ek md. 6, tanıklığa ilişkin hükümlere atıf yapsa da yemin ile ilgili bir düzenlemeye açıkça yer vermiş değildir. Bir an için, kanunda açık bir düzenlemenin bulunduğu varsayılsa dahi, çoğunlukla olayın tek görgü tanığı durumunda bulunan mağdur bakımından[77] öncesinde CMK md. 236/1 hükmü çerçevesinde yemin verdi-

---

76 YCGK, 2012/6-925 E., 2012/1860 K., 18/12/2012 (Lexpera).

77 Öztürk/Erdem mağdur beyanı üzerine şöyle bir değerlendirmede bulunmaktadırlar: *"Hukukumuzda suçtan zarar gören kişiler, kural olarak, tanıklık yapabilir ve tanıklara ilişkin hükümlere tabidir. Fakat bu kişiler olayın tarafı olduğundan, açıklamaları ihtiyatla değerlendirilmelidir. Aslında, mağdur fiil üzerinde gerçekleşmiş olduğu için olayı en iyi bilen*

rilmez. Bu itibarla, tek başına teşhis işlemi, özellikle de kovuşturmada yüzleştirme yapılmaksızın çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği prensipleri çerçevesinde tartışılmayan bir delil olarak hükme dayanak oluşturamaz. Bu sınırlar düşünüldüğünde, teşhis işleminde silahların eşitliğinin ve çelişmeli yargılamanın sağlanabilmesinin güvencesi savunma hakkının en temel bileşenlerinden olan müdafiin katılımının sağlanması olacaktır. Aşağıdaki bölümde bu konu kimi detaylarıyla ele alınacaktır, ancak bu bölümden önce konu ile ilgili delil yasaklarının da üzerinde durulması gerekmektedir.

B- Teşhis İşlemi ve Yasak Deliller

Delillerin elde edilmesi çoğu zaman temel hak ve özgürlükler alanına bir müdahale oluşturduğu için bunların nasıl elde edilebileceği konusunda açık düzenlemeler öngörülmektedir.[78] Belirli bir delilin elde edilmesi ile ilgili hukuka aykırılı söz konusu delili değerlendirme dışı bırakılmasını sonuçlar. Nitekim bu husus, olabilecek en geniş biçimde Anayasa md. 38'de düzenlenmiştir: "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez"* . Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bir dizi düzenleme ile delil yasakları ile ilgili Anayasa ile tutarlı bir çerçeve oluşturulmuştur. CMK md. 206/1 'kanuna aykırı elde edilen' delilin değerlendirilmeyeceğini düzenlemektedir. CMK md. 217 ise yüklenen suçun, "hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille" ispat edileceği belirtmektedir. CMK md. 230/1(b) hükümde hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Nihayet, bu açık hükümlere rağmen, hukuka aykırı elde edilen delilin hükme dayanak olması hali ise kanun yolu denetimi açısından bir mutlak hukuka aykırılık hali olarak değerlendirilmiştir (CMK md. 289(i)).

Adil yargılanma hakkının bir görünümü olan kişinin yakınları aleyhi-

---

kişidir, en azından öyle farz edilebilir. Bu kişiler olayı taraf tutmadan anlatsa, soruşturma ve kovuşturma makamlarının işi kolaylaşır; ancak insan, tabiatı gereği, genellikle kendindi haklı görme eğiliminde olabilir veya öç alma duygusu içine girebilir. Bu nedenle, suçtan zarar görenlerin açıklamaları objektif olmayabilir." ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. baskı, Seçkin, Ankara, 2006, s. 360-361.

78 Delil yasakları ile ilgili bkz., **AYDIN,** 2014, s. 173-179, ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan, vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,** Seçkin, Ankara, 12. baskı, 2018, s. 392-396. **CENTEL/ZAFER**, 2017, s. 769-785, **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ vd**., 2016, s.758/771, **ROXIN/SCHÜNEMANN,** 2017, s. 168-183.

ne beyanda bulunma yasağı, teşhis işlemi bakımından PVSK Ek. md. 6'da açıkça düzenlenmiştir. PVSK Ek md. 6, *"tanıklıktan çekinebilecek olanlar, teşhiste bulunmaya zorlanamaz"* hükmünü içermektedir. Bu düzenleme, Anayasa md. 38 ve AİHS md. 6'da düzenlenen kişinin kendisi ve yakınları aleyhine beyanda bulunmaya zorlanamayacağı yasağının somut bir görünümüdür. Bu itibarla, Ceza Muhakemesi Kanunu md. 45/1 çerçevesinde, şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar teşhis işlemine zorlanamayacakladır.

Ancak, kanun 'tanıklıktan çekinebilecek olanlar' ifadesini kullandığı için teşhis işleminde bulunan kişilerle ilgili sınırlamanın sadece CMK md. 45 kapsamında anlaşılmaması gerekir, belirli bir meslek veya sürekli uğraşı dolayısıyla da kişiler tanıklıktan çekinebilir.[79] Bu itibarla, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler; malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgilere ilişkin teşhise zorlanamazlar. Keza, Avukatlar ve veya stajyerleri veya yardımcıları, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgilere ilişkin olarak teşhise zorlanamazlar. Avukatlar ile ilgili tanıklıktan çekinme hakkı ile Avukatlık Kanunu 36. madde ile de güvence altına alınmıştır.

Kanundaki açık düzenleme çerçevesinde, söz konusu kişilerin teşhis işleminden çekinme haklarının bulunduğunun hatırlatılması gerekir. Böyle bir hakları olduğu belirtilmeden yapılan teşhis işlemi hukuka aykırı delil niteliğindedir ve her halükarda bir mahkûmiyet hükmüne dayanak oluşturamaz.

Teşhis işlemi açısından tartışılan ve hukuksal niteliği bağlamında da öne çıkan diğer bir husus, teşhis işleminin kişinin kendisi aleyhinde delil göster-

---

79 Bu itibarla, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler; malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgilere ilişkin tanıklık yapamazlar.

meye zorlanması anlamına gelip gelmeyeceğidir.[80] Bu bakımdan kimliğinin tespit edilmesine yönelik (parmak izi alma, resim çekme gibi) teşhis ve tanıma yöntemlerinin kendisi aleyhine delil verme yasağı kapsamına girip girmediği tartışılmıştır. Centel ve Zafer'e göre, şüphelinin, muhakemeye aktif olarak yardımcı olma yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, yapılan işleme katlanma ödevi vardır. Şüpheli, bu bakımdan *"teşhis işlemi çerçevesinde kendisinin keşfe konu yapılmasına izin vermek zorundadır."* [81]Bu amaçla, ayrıca kendi görünümünde, örneğin, saçında veya sakalında yapılacak değişikliğe veya başını kaldırmak gibi zorlayıcı tedbirlere katlanmak zorundadır.[82]

Konu Alman uygulama ve öğretisinde de tartışılmıştır. Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Kammergericht*) 1979 tarihinde verdiği bir kararda, teşhis işlemini kendi aleyhinde delil verme yasağı bağlamında tartışmıştır.[83] Söz konusu olayda, şüphelilerin rızaları olmaksızın saç ve sakal biçimleri değiştirilmiştir. Teşhis işlemlerini gerçekleştirebilmek amacıyla kolluk birinci ve ikinci gün sırasıyla sağ ve sol el bileklerine kelepçe takmıştır. Şüpheliler de teşhis sırasında, başlarını öne eğmişler, gözlerini kapatmışlar ve yüzlerini buruşturmuşlardır. Kolluk, şüphelilerin başlarını kaldırmıştır. Şüphelilere teşhis işleminin gerçekleştirmek amacıyla kolluğun zor kullanması nedeniyle yaralamalar gerçekleştirilmiştir. Alman Yüksek Mahkemesi, bu olayda, teşhis işlemine ilişkin ikili bir tasnif yaparak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, tanıklar arasında veya tanıkla şüpheli arasında çelişkili ifadeler olması halinde yapılan işlem ile failin tanınması ve kimliğinin tespit edilebilmesi için yapılan teşhis işlemi olarak ikiye ayrılmalıdır. İlkinde, yüzleştirmeye tabi tutulan kişi açısından susma hakkı veya aleyhe delil göstermeye zorlanma yasağı geçerlidir. Fakat, ikinci durum, sadece failin tanınmasını sağlamak amacıyla gerçekleştirilir. Mahkeme'ye göre somut olay bu ikinci kategori teşhis ile ilgilidir. Olayda, sadece tek taraflı görüş sağlayan ve sesin geçmesine imkân vermeyen bir ayna bulunmaktadır. Bu işlem sırasında, şüpheli sadece pasif durumdadır (*Augenscheinsbeweis*). Mahkeme'ye göre aynı

---

80 **YENİSEY/NUHOĞLU,** 2018, s. 613-614.

81 **CENTEL/ZAFER,** 2017, s. 337. Aynı bağlamda bkz, **IGNOR/BERTHAU**, 2017, s. 229.

82 **CENTEL/ZAFER,** 2017, s. 337.

83 KG, Beschl.v.4.5.1979-(1) StE 2/77 (130/77) aktaran İNCİ Özen, 'Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler', **Hacettepe HFD**, c.7, sy.2, s. 119-168, 2017, s. 145-146.

durum, beden muayenesi bakımından da söz konusudur. Olayda, şüpheliler aktif katılıma zorlanmış değildir, kolluk görevlileri şüphelinin pasif katlanma yükümlülüğünü yerine getirmişlerdir.

Alman öğretisi, beden muayenesine ilişkin Alman Ceza Muhakemesi Kanunumd.81/a'da beden muayenesi hükmünden hareketle bedeni ile ilgili muayeneye katlanma yükümlülüğü bulunan kişinin teşhise katlanma yükümlüğünün evleviyetle bulunduğunu kabul etmektedir.[84] Diğer bir görüş, konuyu fizik kimliğin tespitini düzenleyen Alman Ceza Muhakemesi Kanunu md.81/b çerçevesinde ele almaktadır.[85]Alman Anayasa Mahkemesi de bireysel başvurularda bu yönde karar vermiştir.[86] Alman Ceza Muhakemesi Kanunu md. 81/b'ye göre soruşturma yönünden zorunluluk bulunması ve teşhis işleminin gerekli olması halinde şüphelinin rızası olmasa dahi, fotoğrafı çekilebilir, parmak izi alınabilir, beden ölçüleri alınabilir ve diğer tedbirler uygulanabilir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şüphelinin rızası hilafına da işlemin gerçekleştirileceği açıkça öngörülmüştür, zira fizik kimliğin tespiti bakımından kişi haklarına dönük daha yoğun bir müdahale söz konusudur. Teşhis işlemi ile ilgili bu işlem bakımından kişinin rızası hilafına da gerçekleşebileceği belirtilmediği için kişinin teşhise zorlanamayacağı kabul edilmektedir.[87] Diğer taraftan, Alman uygulamasında genel eğilim, söz konusu hükümlerin uygulanma alanlarının farklılığı dolayısıyla, teşhiste diğer zorlayıcı tedbirlerde olduğu gibi aktif bir biçimde katılım öngörülmemesi dolayısıyla kendi aleyhine delil üretme yasağının ihlal edilmediğinin kabulüdür. Ancak, öğretide, tanıkları yönlendirebilme ihtimalleri dolayısıyla kişinin görüntüsünün değiştirilmesini kabul etmeyen görüşler de vardır.[88]

III. MÜDAFİİN TEŞHİS İŞLEMİNDE HAZIR BULUNMA YETKİSİ

A. Genel Olarak Müdafinin Soruşturma Sürecindeki Konumu

Ceza muhakemesinde müdafi yardımından yararlanma hakkının yönel-

---

84 **IGNOR/BERTHAU**, 2017, s. 228.

85 **ROXIN/SCHÜNEMANN,** 2017, s. 273, **MAIER**, StPO § 58 Rn. 45-47 (Beck Online).

86 BVerfG 14.2.1978- 2 BvR 406/77, BVerfGE 47, 239 aktaran **MAIER**, 2014, StPO § 58 Rn. 45-47 (Beck Online).

87 Bu işlem bakımından şüphelinin katlanma yükümlülüğüne ilişkin **MAIER**, 2014, StPO § 58 Rn. 40-44 (Beck Online).

88 **IGNOR/BERTHAU,** 2017, s. 229.

diği muhtelif amaçlar bulunmaktadır. Müdafi en başta kişinin kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamaması bakımından temel bir güvence oluşturur, bu yönüyle işkence ve kötü muamele ve yasak sorgu yöntemleriyle itiraf elde edilmesinin önünde koruyucu özelliği bulunmaktadır.[89] Keza, AİHM içtihatlarında da sıklıkla vurgulandığı üzere, hukuki yardımdan faydalanma hakkı, adli hataların oluşmasını engelleyerek adaletin doğru bir biçimde tecelli etmesini sağlar.[90]

Müdafi yardımından yararlanma hakkı, 1982 Anayasası'nda açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkan[91] ve Anayasa'nın 36. maddesinde 2001 Anayasa değişikliğinden sonra eklenerek açıkça düzenlenen adil yargılanma hakkının somut bir tezahürüdür. Anayasa'nın 38. maddesinde de adil yargılanma hakkı ile ilgili bazı temel ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkeler sırasıyla md. 38/2'deki *"suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz"* hükmü,[92] "*hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz"* hükmü, *"kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez"* hükmüdür. Anayasa'da Cumhuriyetin Temel Organları kısmında, mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile aleni yargılama, gerekçeli karar zorunluluğunun da haliyle adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirilmesi gerekir.

AİHS md. 6'da ise adil yargılanma hakkı hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı demokratik toplumun temel değerlerini yansıtan haklar ve ilkeler bütünü olarak ayrıntılı bir biçimde tanımlanmıştır.[93] Söz konusu hükümde, adil yargılanma hakkı ile ilgi temel güvencelerin içinde müdafi yardımından

---

89 Bkz., CPT/Inf (96) 21. General Comment No.2 of the Committee against Torture (24 Ocak 2008), para. 13. Commitee on Legal Affairs and Human Rights, 'Securing Access of Detainees to Lawyers' (Rapporteur: Mariatta Karamanlı), AS/Jur(2016) 34, s.1, Bkz., Salduz/Türkiye (BD), para. 53-54, Ibrahim ve diğerleri/Birleşik Krallık (BD) para. 255, Simeonovi/Bulgaristan (BD), 21980/04 12/5/2017, para. 112.

Beuze/Belgium (BD), 71409/10 para. 125-130, 9/11/2018, Blokhin/Rusya, 47152/06, 23/03/2016, para. 198, Simeonovi/Bulgaristan, para.112.

90 Michaud/Fransa, 12323/11, 6/12/2012, para. 11.

91 **İNCEOĞLU,** 2018, s. 14.

92 Masumiyet karinesi, Anayasa md. 15 çerçevesinde olağanüstü hallerde dahi yükümlülüklerin azaltılamayacağı bir alandır.

93 DOĞRU Osman/NALBANT Atilla**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi**, Cilt 1., Legal, İstanbul, 2012, s. 608. **RAINEY/WICKS/OVEY**, s. 292-294.

faydalanma hakkına açıkça yer verilmiştir. AİHS md. 6'ya göre, "*kendisini bizzat veya seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma; avukata ödeme yapabilmek için yeterli imkanı yoksa ve adaletin yararı gerektiriyorsa ücretsiz hukuki yardım alma*" hakkına sahiptir.

Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler ile ilgili uluslararası sözleşmelerin konumunu düzenleyen 90. maddesi düzenlemesi ışığında, AİHS md. 6'da adil yargılanma hakkı ile ilgili çerçevenin de iç hukukumuzun bir parçası olduğunu kabul zorunludur. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu dolayısıyla savunma hakkının çerçevesi ile ilgili Mahkeme bir dizi içtihat geliştirmiştir.

Türkiye'de müdafiinin ceza muhakemesinde süje olarak önemi, özellikle 1992 yılında, hukuki yardımda bulunma hakkının kişinin yakalanma anından itibaren düzenlenmesini de öngören 3842 sayılı Kanun ile sağlanmıştır. Söz konusu Kanun ile çocuklar bakımından da zorunlu müdafilik kabul edilmiştir. Ne var ki, ilgili Kanun, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin yargı alanına giren suçlar yönünden söz konusu değişikliklerin geçerli olmayacağını öngörmüştür. AİHM, başta Salduz/Türkiye olmak üzere birçok kararı[94] açısından gözaltındaki şüphelinin müdafiye erişiminin sistematik bir biçimde sınırlanmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.[95]Büyük Daire tarafından karara bağlanan Salduz/Türkiye kararı, müdafi yardımından faydalanma hakkı ile ilgili temel ilkeleri belirlemiştir.[96]

AİHM, Salduz kararında, hakkında bir suç isnadı bulunan kişinin, gerektiğinde re'sen atanan bir avukat tarafından savunulmasının adil yargılanma

---

94 AİHM benzer gerekçelerle 83 başvuruda daha ihlal kararı vermiştir. Bu kararların icra süreci Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından Salduz grubu olarak takip edilmekteydi. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Haziran 2018 tarihinde bu konuda atılan adımların gözaltında müdafi yardımından faydalanma hakkı açısından ortaya çıkan sorunları ortadan kaldırmaya yeterli olduğuna karar vermiştir. http://inhak.adalet.gov.tr/duyurular/faaliyet_duyurular/2018/haziran/duyuru2/salduzkapanma.html (Erişim tarihi: 22 Mayıs 2019).

95 Salduz/Türkiye (BD) öncesi konu ile ilgili AİHM'nin yaklaşımı için bkz., John Murray/Birleşik Krallık, 18731/91, 8/2/1996, para. 63, Magee/Birleşik Krallık, 28135/95, 6/6/2000, para. 41.

96 Konu ile ilgili bkz., ALTIPARMAK Kerem, Salduz/Türkiye Kararının Uygulanması, Ankara, 2013, http://www.aihmiz.org.tr/files/06_Salduz_Rapor_TR.pdf (Erişim tarihi: 22 Mayıs 2019).

hakkının temel unsurlarından biri olduğunun altı çizilmiştir.[97] Mahkeme'ye göre bu hak "*teorik veya hayali değil ve fakat pratik ve etkili*" bir yol olmak durumundadır. Soruşturma evresi, yargılamanın konusunu oluşturan delillerin toplandığı evre olmak bakımından son derece önemlidir.[98] Bu evrede, avukat yardımından faydalanma hakkı, şüphelinin susma hakkı, kendi kendini suçlamama hakkı ve "kötü muameleye karşı korunma hakkını" güvence altına almaktadır. Mahkeme'ye göre zorunlu sebepler olmadıkça müdafi yardımından faydalanma hakkına sınırlamalar getirilmemelidir.[99] Zorunlu sebeplerin bulunması halinde dahi, Mahkeme'ye göre, kısıtlama gerekçesi ne olursa olsun şüphelinin 6. madde tarafından güvence altına alınan haklarına halel getirmemelidir. Somut olayda, kolluktaki ifadenin müdafii bulunmaksızın verilen bir ifade olduğunu ve bu durumun başvurucunun savunma hakkını esaslı şekilde etkilediğini belirtmiştir. Zira, başvurucunun kolluk ifadesi hakkındaki mahkumiyet hükmü için dayanak olarak kullanılmış, ne sonradan sağlanan hukuki yardım, ne de yargılamanın çelişmeli niteliği, gözaltı sırasında avukata erişim yasağının etkilerini bertaraf edebilmiştir.[100] Mahkeme'ye göre, açık veya zımni olarak kişinin kendi isteği ile müdafi yardımından faydalanma hakkından feragat etmesi mümkündür. Ancak bu feragatin şüpheye yer bırakmayacak bir şekilde yapılmış olması ve önemiyle orantılı asgari güvencelerle korunması gerekmektedir.[101] Mahkeme, bu bakımdan, somut olaydaki gibi başvurucu tarafından imzalanmış, susma hakkı bulunduğuna ilişkin hatırlatmanın yapıldığına ilişkin bir formun varlığının yeterli olmayacağını belirtmiştir.

AİHM, Salduz sonrası bir avukat yardımından faydalanma hakkından feragat bakımından içtihadını geliştirmiştir. Mahkeme, feragati içeren ve polis tarafından düzenlenen tutanağın gerçeği yansıtıp yansıtmadığını test etmektedir.[102] Bu bakımdan, müdafi yardımından feragat ettiğine ilişkin bir form, kişinin kendi iradesi ile avukat yardımını istemediği şeklinde yorum-

---

97 Salduz/Türkiye, para. 51.

98 Salduz/Türkiye, para. 54.

99 Salduz/Türkiye, para. 55.

100 Salduz/Türkiye, para. 58.

101 Salduz/Türkiye, para. 59.

102 **İNCEOĞLU**, s. 335, bkz., örneğin, Yoldaş/Türkiye, 27503/04, 23/2/2010, para. 51-54, Aksin ve diğerleri/Türkiye, 4447/05, 1/10/2013, para. 48.

lanmayabilir.[103] Salduz sonrası, AİHM içtihadında ifade alma dışındaki diğer ceza muhakemesi işlemleri bakımından da bir müdafiin yardımından faydalanma hakkından ayrıca feragatte bulunulması ve bunun da açık bir şekilde yapılması gerektiği belirtilmektedir.[104] Savaş/Türkiye[105] kararında yer gösterme işlemi ve yüzleşme bakımından ifade sırasında feragatte bulunmuş olsa bile yüzleştirme söz konusu olduğunda hakkının şüpheliye bir kez daha açıkça hatırlatılması gerekliliği üzerinde durulmuştur.

AİHM'nin, tek başına teşhis sırasında müdafiin bulunmamasını 6. maddenin ihlali olarak değerlendirdiği kararları da vardır. Strazburg Mahkemesi, Yunus Aktaş,[106] Türkiye kararında konu ile ilgili tutumunu net bir biçimde ortaya koymuştur. Söz konusu olayda, müdafi yardımından faydalanma hakkından feragat ettiği ileri sürülen başvurucu ile ilgili durumu değerlendirmiştir. Bu değerlendirmede, Ağır Ceza Mahkemesi'nde hükmün dayanağı olan teşhis tutanağında kişiye hukuki yardımdan faydalanma hakkının hatırlatıldığı ile ilgili hiçbir emare bulunmadığı ifade edilmiştir. AİHM, yeni tarihli bazı kararlarında da teşhis ile de bağlantılı yer gösterme gibi soruşturma işlemlerinde müdafiin bulunmamasını müdafi yardımından faydalanma hakkına bir müdahale olarak değerlendirilmiştir.[107]

B- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafiiden Yararlanma Hakkı

5271 sayılı Kanun müdafi yardımından faydalanma hakkını geniş bir çerçevede düzenlemiştir.[108] Bu hakkın, soruşturma ve kovuşturmanın değişik evrelerinde muhtelif görünümleri vardır. Bu kapsamda, müdafiden yararlanma hakkının yakalama anından itibaren başladığını söylemek mümkündür;

---

103 Savaş/Türkiye, 9762/03, 8/12/2009, para. 66.

104 Altıparmak 2013, s. 4.

105 Savaş/Türkiye, para. 67.

106 Yunus Aktaş/Türkiye, 24744/03, 20.10.2009, para. 52.

107 İbrahim Öztürk/Türkiye, 16500/04, 17.2.2009, para. 48-49, Türk/Türkiye, 22744/07, 5.9.2017, para. 47, Mehmet Duman/Türkiye, 38740/09, 23.10.2018, para. 41.

108 KOCAOĞLU Sinan, **Müdafi**, 3. baskı, Seçkin, Ankara, 2016, DÜLGER Volkan, 'Ceza Muhakemesinde Müdafiin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar', **Ankara Barosu Dergisi**, sy. 4, s. 39-76. Müdafi yardımından faydalanma hakkının teorik temellerine ilişkin bkz., CENTEL Nur, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1984, ZAFER Hamide, **Faile Yardım Suçu ve Müdafiin Bu Suçtan Sorumluluğu**, Beta, İstanbul, 2004.

söz konusu hakkın CMK md. 90/4 çerçevesinde kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirler alındıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirmesi zorunluluğu içinde bulunduğu kabul edilmektedir.[109] Konu, aynı zamanda, Yakalama Gözaltı ve İfade Alma Yönetmeliği'nde açıkça düzenlenmiştir (md. 6/4).

Müdafi yardımından faydalanma hakkı ile ilgili daha açık bir hüküm, ifade ve sorgunun usulünün düzenlendiği CMK md. 147'dir. Söz konusu hükme görekişinin müdafi seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, müdafiin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği kendisine bildirilir. Müdafi seçecek durumda olmadığı ve bir müdafi yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafi görevlendirilir. Bu hükmün güvencesini, CMK md. 148/4'te düzenlenen delil yasağı oluşturmaktadır. Buna göre, müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.

Müdafi yardımından faydalanma hakkının düzenlendiği CMK md. 147, kanunun zorunlu müdafiliği öngördüğü hükümler ile birlikte değerlendirilmelidir. Zorunlu müdafiliğin kabul edildiği haller şu şekilde sıralanabilir.

1) Şüpheli veya sanık on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunmayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilir (CMK md. 150/2).

2) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada bir müdafii bulunmazsa şüpheli veya sanığın istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilir. (CMK md. 150/3)

3) Fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için; uzman hekimin önerisi üzerine, soruşturmada hâkim veya mahkeme kararı ile resmi bir sağlık kurumunda gözlem altına alınması kararı ancak müdafii dinlenerek verilebilir. Şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hâkim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından bir müdafi görevlendirilir. (CMK md. 74/1 ve 2).

---

109 **CENTEL/ZAFER**, 2017, s. 358, **Öztürk/TEZCAN/ERDEM vd.,** 2018, s. 251.

4) Gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafii de hazır bulunur. (CMK md. 91/7) Bu hükmü tutuklama yönünden tamamlayacak biçimde, CMK md. 101/3'e göre, tutuklama istenildiğinde, şüpheli veya sanık, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafiin yardımından yararlanır.

5) Davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık, duruşma salonundan çıkarılır. Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması bakımından zorunlu görmezse, oturumu yokluğunda sürdürür ve bitirir. Ancak, sanığın müdafii yoksa mahkeme barodan bir müdafi görevlendirilir. (CMK md. 204)

6) Gaip hakkında duruşma açılmaz, delillerin ele geçirilmesi veya korunması amacıyla gerekli işlemleri yapma yetkisi bulunan Mahkeme'nin bu işlemleri sırasında müdafii de kanuni temsilci ve eş gibi hazır bulunabilir. Gerektiğinde, mahkemece barodan bir müdafii görevlendirilir. (CMK md. 244/2 ve 4).

7) Müdafii olmayan kaçaklar hakkında müdafi görevlendirilir (CMK md. 247/4)

8) Müdafi hakkında yasaklılık kararı verilmesi halinde, şüpheli, sanık veya hükümlü ile yeni bir müdafi görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir (CMK md. 151/5).

Müdafiin soruşturma işlemlerindeki rolü özellikle önemlidir, zira bu evre AİHM'nin de işaret ettiği üzere delillerin esas itibarıyla toplandığı aşamadır.[110]CMK md. 149/1'de müdafiin soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiin yardımından faydalanabileceği belirtilmekte ve 3. maddede ise soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkının engellenemeyeceği ve kısıtlanmayacağı düzenlenmektedir. Bu çerçeveyi güçlendirecek biçimde CMK md. 154'te de şüpheli ve sanığın, vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebileceği ve bu kişilerin yazışmalarının denetime tabi tutulamayacağı belirtilmektedir.

---

110 Mehmet Şerif Öner/Türkiye, 50356/08, 13.9.2011, para. 21.

Ceza muhakemesi hukukunda müdafiin soruşturma işlemlerine katılımı bazı hallerde açıkça düzenlenmiştir. Bu bağlamda, aramada hazır bulunma yetkisi, CMK md. 120/3'de "kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz" hükmü ile düzenlenmiştir. CMK md. 84/1 ise, keşif yapılması sırasında müdafiin hazır bulunabileceğini belirtmektedir. Nihayet, CMK md. 85/2'ye göre, 'soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla' müdafi de yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunabilir.

C- Teşhiste Müdafinin Hazır Bulunma Yetkisi

Öğretide, teşhiste müdafinin hazır bulunması yetkisinin bulunduğu konusunda bir mutabakattan söz etmek mümkündür. Bu bağlamda, Yenisey ve Nuhoğlu'na göre, suç işlediğinden şüphelenilerek *"hakları kısıtlayan bir işlem"* yapıldığı andan itibaren şüphelinin müdafiin yardımından yararlanma hakkı doğar.[111] PVSK Ek 6. maddedeki teşhisin en önemli eksikliği, müdafiin konumunun düzenlenmemiş olmasıdır. Zira, Yenisey ve Nuhoğlu'na göre, teşhis işlemi şüphelinin de hazır bulunacağı bir araştırma işlemidir. Bu durum yazarlara göre müdafiin konumu ile ilgili CMK md. 149'un gereğidir. Bu nedenle müdafiine haber verilmeden şüphelinin (veya sanığın) teşhis amacıyla tanıklara gösterilmemesi gerekir. Aksi bir tutum, adil yargılanma hakkını ihlal edecektir. Teşhis işleminin yönlendirici bir biçimde yapılmaması gerekeceği için, müdafiin katılımının bu tarafsızlığı sağlamak için önemli olduğu görüşündedirler. Bununla birlikte klasik teşhisten farklı olarak, Yenisey ve Nuhoğlu'na göre fotoğraf üzerinden tanıma işlemi yapılırken müdafiin hazır bulunmasına gerek yoktur. Zira müdafiin soruşturma evresi sırasında hazır bulunması gereken işlemler, işlem yapılırken sanığın da hazır bulunduğu işlemlerdir. Fotoğraf çekimi sırasında şüpheli ve sanık hazır bulunmadığı için müdafiin de hazır bulunması gerekmez.

Aynı çerçevede Centel ve Zafer de teşhis işleminde müdafiin katkısının teşhisin usulüne uygun yapılmaması veya teşhisi yapanların tanık ya da mağdurları yönlendirme ihtimaline karşı müdafiin hazır bulunması gerektiğini belirtmektedir. [112]

---

111 **YENİSEY/NUHOĞLU,** 2018, s. 615, ayrıca bkz., **YENİSEY,** 2015, s. 505-506.

112 **CENTEL/ZAFER,** 2017, s. 339.

Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre ise,[113] teşhis işlemi her ne kadar PVSK'da da düzenlenmiş olsa da aslında ilgili madde kolluğun adli yetkileri ile ilgilidir. Esasen bir muhakeme işlemi olan teşhis, CMK'nın müdafi yardımından yararlanma ve ifade alma işlemlerine ilişkin düzenlemeleri kıyasen teşhis işlemi bakımından uygulanmalıdır.

Bu kabulün zorunlu sonucu teşhis işleminden önce kişiye müdafi yardımından yararlanma hakkının hatırlatılması, bir müdafinin yardımından yararlanmak isteyen şüpheliye Barodan müdafi talep edilmesi ve eğer zorunlu müdafilik kapsamında ise her halükarda bir müdafi ile temsilinin sağlanmasıdır. Öğretide müdafiinin buradaki rolünün sadece teşhis işleminin usulüne uygun yapılıp yapılmadığını gözlem olduğu belirtilmekte, müdafiin soru sorma veya "herhangi bir katkıda bulunma hakkı" bulunduğu kabul edilmemektedir.

İlginçtir, öğretideki konu ile ilgili mutabakata rağmen, 2008 tarihli Ceza Genel Kurulu kararı ile Yargıtay tam aksi bir istikamette bir sonuca varmıştır. Olayda, mağdur BA'yı Mayıs 2006 tarihinde İstanbul Yenibosna Metro İstasyonu yakınlarında bulunan yeşillik bir alanda yürürken iki kişi bacağına bıçak saplayarak basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde yaralayarak mağdurun cep telefonunu gasp etmişlerdir. Olayın hemen ardından kolluğa müracaat eden müştekinin ifadesi alınarak eşkâl bilgi formu düzenlemiş ve o bölgede bu türden olayların artması üzerine görevlendirilen ekibe bir başka tarihte bir kişinin koşarak gelip iki kişinin kendisini gasp etmeye çalıştığını beyanı ve eşkâl vermesi üzerine, olay mahalline giden kolluk kovalamaca sonucu iki kişiyi yakalamıştır. Bu kişiler eşkâllerine benzer diğer kişilerle teşhis odasına konmuş ve teşhis tutanağına göre mağdur tarafından teşhis edilmiştir. Yargıtay somut olayda, CMK md. 150/3 kapsamında suçun şüphelilere zorunlu müdafii atanması gereken bir suç olduğunu kabul etmiştir. Müdafiin soruşturma işlemlerinde hazır bulunma yetkisinin olduğu yukarıda belirtilen hallere değindikten sonra şu değerlendirmede bulunmuştur:

"*Teşhis işlemi gerektiğinde fotoğraf üzerinden de yapılabilecek olan ve bu yönüyle de şüphelinin imzasının alınmasının bile zorunlu olmadığı bir tanıma işlemidir. Şüpheli buna pasif olarak katılmakta ve teşhis sırasında*

---

113 **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ vd.,** 2016, s. 286. Bkz., ayrıca, GÖKCEN Ahmet/BALCI Murat/ALŞAHİN Mehmet Emin, vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. baskı, Adalet, Ankara, 2017, s. 287.

herhangi bir beyanı da alınmamaktadır. Bu işlemde aktif olarak rol alan kişi olayın mağduru veya tanığıdır. Bu nedenle ifade alma, keşif ve yer gösterme işlemlerinde olduğu gibi müdafiin teşhiste hazır bulundurulma zorunluluğu bulunmamaktadır. Aksinin kabulü halinde soruşturma aşamasındaki bütün işlemlerde örneğin; gözaltı giriş ve çıkış raporlarının alınması gibi... müdafiin hazır bulunması hatta başından sonuna kadar gözaltı süresince müdafiin, şüphelinin sürekli yanında bulundurulması gerekebilecektir."

Yargıtay ilgili kararda, bununla birlikte, müdafiin teşhiste bulunmamasının, şüphelinin teşhise karşı müdafiin hukuki yardımından yararlanmasına, teşhisten önce veya sonra müdafii ile görüşmesine engel teşkil etmeyeceğini de belirtmiştir. Yine, soruşturma aşamasında yüzleştirme ve teşhis işlemleri arasındaki farka değinerek, mağdur veya tanık ile şüphelinin yüz yüze getirilerek karşılıklı beyanlarının alınması şeklinde yüzleştirme tarzında icra edilen işlemlerde şüphelinin beyanı alındığı için artık sadece bir teşhis işlemi bulunmadığı, aynı zamanda şüphelinin aktif olarak katıldığı ifade alma işlemi gerçekleştirildiğinden bu durumda müdafiin katılımının zorunlu olduğunu tespit etmiştir.

Dolayısıyla, Yargıtay yukarıda bahsi geçen Alman Yüksek Mahkemesi'nin kararındaki 'pasif katılma' ekseninde bir karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, müdafiin genel çerçevede CMK md. 149'da tanımlanan hakkını bütün soruşturma işlemleri bakımından uygulamak mümkün değildir. Aynı kararın muhalefet şerhinde ise teşhis konusundaki boşluğun CMK'nın amaçsal yorumu ile doldurulması gerektiği belirtilmiştir. Muhalefet şerhinde isabetle, yukarıda işaret edilen CMK md. 148'de ifade ve sorguda müdafi yardımından faydalanma hakkının güvencesi niteliğindeki delil yasağına değinilmiş bu durumda teşhiste başka bir sonuca varmanın CMK'ya hakim ilkeler ile telifinin kabil olmadığını savunmuştur. Muhalefet şerhi, özellikle uygulamada mağdur ve tanıkların çeşitli nedenlerle "yaptıkları teşhisten kovuşturma aşamasında çeşitli nedenlerle döndüğü ve bu dönüşün sanığın baskısına dayalı görülerek itibar edilemez sayıldığı düşünüldüğünde önemi ve kanıt değeri bir kat daha artan teşhis işleminde müdafiin hazır bulundurulmaması büyük bir eksiklik olacaktır." şeklinde bir değerlendirmeyle uygulamada konuyla bağlantılı bir sorunun da altını çizmiştir.

Öte yandan, Mahkeme'nin vardığı bu sonuçların konu ile ilgili AİHM içtihadı ile uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira, AİHM, teş-

his sırasında müdafiin bulunmamasını 6. maddenin ihlali olarak değerlendirmektedir. Strazburg Mahkemesi, Yunus Aktaş, Türkiye kararında konu ile ilgili tutumunu net bir biçimde ortaya koymuştur. AİHM, diğer bazı kararlarında da özellikle yer gösterme işlemi ile bağlantılı olarak teşhis işleminde müdafiin bulunmamasını müdafi yardımından faydalanma hakkına bir müdahale olarak değerlendirilmiştir.[114]

Konu, bugün için Alman doktrininde de Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan düzenleme ile açıklığa kavuşturulmuştur.[115] Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre teşhiste avukatın bulunması zorunludur.[116] Bununla birlikte, Alman Federal Meclisi bünyesinde bulunan Hukuk ve Tüketicinin Korunması Komisyonu tarafından bu hükmün polis tarafından gerçekleştirilen teşhis işlemlerini madde kapsamının dışında tutan bir yorum benimsendiği kaydedilmelidir. Bu durum, öğretide eleştirilmektedir. Öte yandan, Almanya'da en başta Anayasal düzlemde olmak üzere kolluğun yetkileri Türkiye'de kolluğun yetkilerinden farklıdır.[117] Türkiye'de adli kolluk Cumhuriyet savcısının emir ve talimatı altındadır. Nitekim, PVSK'da da teşhisin Cumhuriyet savcısının talimatı ile gerçekleştirileceği belirtilmektedir.

Ezcümle, hukukumuz çerçevesinde de müdafiin hazır bulunma yetkisinin hâlihazırda mevcut olduğunu kabul zorunludur. Bu itibarla, teşhis işlemini gerçekleştirmeden önce müdafii yardımından faydalanma hakkı hatırlatılmalı ve teşhis sırasında müdafiin işleme nezaret etmesi sağlanmalıdır. Ancak, kuşkusuz, uygulamada bu yönde ortaya çıkabilecek sorunları bertaraf etmek üzere, konunun açık bir düzenleme ile güvence altına alınması gerekmektedir. Öte yandan, fotoğraflı teşhis bakımından şüphelinin bu işleme hazır bulunma yetkisi olmadığından müdafiin de katılabileceğini söylemek

---

114 İbrahim Öztürk/Türkiye, para. 48-49, Türk/Türkiye, para. 47, Mehmet Duman/Türkiye, para. 41.

115 **BADER**, 2019, StPO § 58 Rn. 6-10 (Beck Online).

116 **BADER**, 2019, StPO § 58 Rn. 6-10 (Beck Online).

117 Örn. Alman Anayasası md. 104/2, (2) Özgürlüğün kısıtlanmasına ve bunun süresine ancak mahkeme karar verebilir. Mahkeme kararına dayanmayan her çeşit özgür kısıtlanmasında derhal bir mahkeme kararı alınmalıdır. Polis, kendi yetkisine dayanarak, hiç kimseyi, yakaladığı günün bitiminden sonra göz altında tutamaz. Konunun ayrıntıları yasayla düzenlenir. https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf (Çeviren Christian Rumpf/Gökçe Uzar Schüller, 2014; Erişim tarihi:22 Mayıs 2019)

pratik olarak mümkün görünmemektedir. Alman öğretisinde de fotoğraflı teşhiste müdafiin bulunmasının gerekli olmadığı kabul edilmektedir.[118] Bununla birlikte fotoğraflı teşhisin mutlaka çelişmeli yargılama çerçevesinde tartışmayı mümkün kılacak şekilde tartışmaya açılması ve her halükarda delil gücünün sınırlı olduğunun kabulü gerekmektedir. Nitekim, yukarıda da belirttiğimiz gibi uygulamadaki sorunlar, fotoğraflı teşhisin hata payının yüksekliğini ortaya koymaktadır.

Diğer taraftan, teşhis işleminde müdafiin katılmasının bu işlemi yargılamanın dayanağı haline getirmesi sonucunu kuşkusuz doğurmaması gerekir. Özellikle müdafiin imzaladığı teşhis tutanakları yönünden teşhis işlemine kendinden menkul bir mutlak delil olma vasfı izafe edildiğini gözlemlemek mümkündür. Yargıtay 6. Ceza Dairesi, önüne gelen bir olayda teşhis tutanağına bir diyeceği olmadan imzalayan müdafi, daha sonra ifade ve sorgu işlemlerinde de teşhis işlemini tartışmamış ve tutuklamaya itiraz dilekçesinde de teşhis işlemine dönük bir itirazda bulunmamıştır. Bu durum, Yargıtay 6. Ceza Dairesi tarafından hükmün onanması için yeterli görülmüştür.

Ancak, zorunlu müdafilik kapsamındaki suçlar ile şüphelinin müdafi talep ettiği hallerde müdafiin pratikte imzasına ihtiyaç duyulan bir nevi 'işlem tanığı' olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu durum, yukarıdaki Yargıtay kararından da anlaşılacağı üzere sorunu derinleştirebilecektir.[119] Dolayısıyla AİHM içtihatlarının da vurguladığı üzere etkili savunma hakkı tanınmaksızın ve teşhis işleminin çelişmeli yargılama prensibi çerçevesinde tartışmaya açılmasını güvence altına alacak güvenceler olmaksızın hata payı çok yüksek bu işlemin delil değeri hükme dayanak olmaktan her halükarda uzaktır. Ceza muhakemesinde ikrara dahi tanınmayan bir ispat gücünün teşhis işlemine izafe edilemeyeceğini belirtmek gerekir. Teşhise dayalı olarak sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi için, yalnızca teşhis işleminin mevzuata uygun bir biçimde gerçekleşmesi yetmez, aynı zamanda her türlü şüpheyi ortadan kaldıracak biçimde diğer delillerle de desteklenmesi gerekir.

---

118 HUBER Peter**, BeckOK StPO,** 33. Ed. 1.4.2019, StPO § 58 Rn. 13-15 (Beck Online)

119 Y. 6 CD., 2007/15751 E., 2008/15714 K., 17/9/2008, bu olayda teşhis tutanağına bir diyeceği olmadan imzalayan müdafi, daha sonra ifade ve sorgu işlemlerinde de teşhis işlemini tartışmamış ve tutuklamaya itiraz dilekçesinde de teşhis işlemine dönük bir itirazda bulunmamıştır (Lexpera).

IV. SONUÇ

Teşhis işlemi, ceza muhakemesi hukukunda uygulamada kuvvetli bir ispat aracı olarak değerlendirilmektedir. Yakın zamana kadar hukuksal çerçevesi belirli olmayan bu tedbir, 2007 yılında PVSK'da yapılan bir değişiklikle hukuksal denetime izin verecek biçimde detaylandırılmıştır. AİHM kararlarında da belirtildiği üzere, bu denli önemli bir delilin müdafi yardımından yararlanma hakkı güvencelerinden izole bir biçimde değerlendirilmesi mümkün değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2008 tarihli kararı teşhis ile ilgili hukuksal çerçeveyi dar bir biçimde yorumlamıştır. Hata payı çok yüksek bu delilin temel bir adil yargılanma güvencesi olarak müdafi bulunmaksızın icra edilmesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun müdafi ile ilgili hükümleri ile uyumlu değildir. Teşhise müdafiin katılımı konusunun bu itibarla tartışmaya yer vermeyecek biçimde çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği prensibi çerçevesinde değerlendirilmesi ve kanunda açık bir düzenlemeye kavuşturulması zorunludur.

KAYNAKÇA

AKSOY İPEKÇİOĞLU Pervin, 'Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu', Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c. 19, s. 2, 2013, s. 1157-1175

ALTIPARMAK Kerem, Salduz/Türkiye Kararının Uygulanması, Ankara, 2013, http://www.aihmiz.org.tr/files/06_Salduz_Rapor_TR.pdf (Erişim tarihi: 22Mayıs 2019).

AYDIN Devrim, **Ceza Muhakemesinde Deliller**, Yetkin, Ankara, 2014.

BADER Markus, **KK-StPO/Bader**, 8. Aufl. 2019, StPO § 58 Rn. 6-10 (Beck Online).

BİRTEK Fatih, **Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2017.

CENTEL Nur, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1984.

CENTEL Nur/Zafer Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2017.

DEMİRBAŞ Timur, **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması**, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1996.

DOĞRU Osman/Nalbant Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi**, Cilt 1., Legal, İstanbul, 2012.

DÜLGER Volkan, 'Ceza Muhakemesinde Müdafiin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar', **Ankara Barosu Dergisi**, c. 4, s. 39-76, 2012.

FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996.

GÖKCEN Ahmet/BALCI Murat/ALŞAHİN Mehmet Emin, vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. baskı, Adalet, Ankara, 2017.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma', **AÜ SBF Dergisi (İlhan Öztırak'a Armağan),** sy. 1-2, 1994, s. 199-234

GÖLCÜKLÜ Şeref/Gözübüyük, Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. bası, Turhan Kitabevi, 2002

GÜNGÖR Devrim, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık Beyanının Delil Değeri

Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler', **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 6, sy. 2, 2015, s. 307-317, s. 309.

HARRIS David/O, BOYLE Michael (ed.) **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford, 2014.

HUBER Peter, **BeckOK StPO**, 33. Ed., 2019, StPO § 58 Rn. 13-15 (Beck Online).

İNCEOĞLU Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4), Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.

IGNOR Alexander/BERTHAU Camilla in Löwe/Rosenberg **Die Strafprozzesordnung und das Gerichtsverfasungsgesetz**, 27. baskı, De Gruyter, Berlin, 2018.

İNCİ Z. Özen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis, **TBB Dergisi**, sy. 85, s. 105-136, 2009.

İNCİ Özen, 'Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler', **Hacettepe HFD**, c.7, sy.2, s. 119-168.

KARAKEHYA Hakan, 'Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı', **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c. 19, s. 2, 2013, s. 716-733.

KOCAOĞLU Sinan, **Müdafi**, 3. baskı, Seçkin, Ankara, 2016.

MAIER Stefan, **MüKoStPO/Maier**, 1. Aufl. 2014, StPO § 58 Rn. 38-39 (Beck Online).

ODENTHAL Hans-Jörg, Identifizierung von Verdaechtigen, Gegenüberstellung und Wahllichtbildvorlage, **Strafo**, 2, 2013, s. 61-70.

ÖMEROĞLU Ömer, Ceza Muhakemesinde Şüpheli ve Sanığın Fizik Kimlik Tespiti, **TBB Dergisi**, sy. 115, 2014, s. 61-102

ÖZBEK Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. baskı, Seçkin, Ankara 2016.

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. baskı, Seçkin, Ankara, 2006.

ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan vd., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 12. baskı, 2018.

PARLAR Ali, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017.

RAINEY Benadette/ Wicks, Elizabeth/Ovey, Clare, The European Convention on Human Rights, 6. baskı, Oxord University Press, Oxford, 2014

ROXIN Claus/SCHÜNEMAN Bernd **Strafverfahrensrecht**, 29. baskı, Beck, Münih, 2017.

ŞİRİN Tolga, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.

TANER Fahri Gökcen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği**, Seçkin, Ankara, 2019.

ÜNVER Yener/Hakeri, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. baskı, Seçkin, Ankara, 2012.

YAYLA Mehmet, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe**, Seçkin, Ankara, 2016.

YENİSEY Feridun**, Hazırlık Soruşturması ve Polis**, İstanbul, Beta, 1987.

YENİSEY Feridun, **Kolluk Hukuku**, Beta, İstanbul, 2015.

YURTCAN Erdener, **CMK Şerhi**, 8. baskı, Adalet, Ankara, 2017.

ZAFER Hamide, **Faile Yardım Suçu ve Müdafiin Bu Suçtan Sorumluluğu**, Beta, İstanbul, 2004.

ZAFER Hamide, Duruşma Aşamasında Teşhis in SIEBER Ulrich/YENİSEY Feridun, **Criminal Law in the Global Risk Society (Global Risk Toplumunda Ceza Hukuku)**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 419-429.

RETHINKING THE PLACE OF HUMAN TRAFFICKING IN INTERNATIONAL LAW IN CONSIDERATION OF CRIME AGAINST HUMANITY

Dr. Ekin Deniz UZUN*

Abstract : This paper analyses the emergence of human trafficking as a concept within public international law and the ensuing genesis of an applicable legal framework seeking to address the issue. Even though international law defined human trafficking in 2000 under the Trafficking Protocol, its definition has not resolved the many definitional debates in terms of distinguishing 'trafficking' from related phenomena; i.e, slavery, smuggling and enslavement which is addressed as a 'catch-all term' including trafficking in the context of crime against humanity in the Rome Statute. Thus, this paper looks at only transnational criminal law aspect of trafficking crimes in relation to the definitional debates around human trafficking and crimes against humanity, by asking the following questions: Taking into account of the transnational criminal aspect of human trafficking how this phenomenon is regulated under international law? Is it regulated as one of the crimes against humanity in the context of Rome Statute considering its enslavement regulation that addresses trafficking crimes in its related clause? In sum, this paper not only looks at the international legal rules, but also it critically reviews them to help address how human trafficking is defined and how it is placed within the context of international legal regulations.

Key words: Human trafficking, international law, crime against humanity, transnational crime, definitional analysis.

---

* Makale gönderim tarihi: 19.09.2018. Makale kabul tarihi: 19.12.2018.

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Kamu Hukuku Anabilim Dalı. 1416 Sayılı Kanun uyarınca MEB burslu öğrencisi olarak önce 2012 yılında University of California Davis Hukuk Fakültesi LL.M. Programından master derecesi ile; daha sonra aynı burs ile University of Glasgow, UK Hukuk Fakültesi'nden doktora derecesi ile 2018 Mayıs ayında mezun olmuştur. Aynı zamanda avukattır.

(ORCID kimlik no: 0000-0002-9757-0223; ekndnz@hotmail.com).

İNSANLIĞA KARŞI SUÇ KAVRAMI BAĞLAMINDA ULUSLARARASI HUKUKTA İNSAN TİCARETİNİN YERİNİN YENİDEN DÜŞÜNÜLMESİ

Öz: Bu çalışma, insan ticaretinin uluslararası kamu hukukunda kavramsal olarak doğuşunu ve uluslararası hukuktaki uygulanabilir ilgili kuralların insan ticaretini düzenleme açısından ortaya çıkışını incelemektedir. Bu çalışmada belirtildiği üzere, uluslararası hukuk, insan ticaretini 2000 yılında İnsan Ticareti Protokolü ile tanımlamış olsa da, Protokol'de yapılan tanım, tanımsal meseleye ilişkin olarak ortaya çıkan tartışmalar ekseninde 'insan ticareti' bağlantılı diğer kavramlardan, örneğin, kölelik, kaçakçılık ve Roma Statüsü içeriğinde insan ticaretini de kapsayıcı olacak şekilde düzenlenmiş olan köleliştirme kavramından, insan ticareti olgusunu ayırma hususunda bir çözüm getirememiştir. Bu çalışma, insan ticaretinin sınıraşan suçlar boyutu bağlamında, insanlığa karşı suç kavramı etrafında tanımsal yönden inceleme yaparken, takip eden soruları sormaktadır: Sınıraşan suç boyutu göz önünde bulundurulduğunda, insan ticareti uluslararası hukukta nasıl düzenlenmiştir? Roma Statüsü'nün köleleştirme maddesi kapsamında insan ticaretinin bahsi geçtiği üzere, insanlığa karşı suçlardan birisi olarak düzenlenmiş olduğu mu kabul edilmelidir? Görüldüğü üzere, insanlığa karşı suç kavramı ile ilintili tanımsal inceleme kapsamında, bu çalışma yalnızca insan ticareti ve insanlığa karşı suç ile ilgili uluslararası hukuk kurallarını değil, bu tartışma üzerinden bahsi geçen hukuk kurallarının, insan ticaretini nasıl tanımladığını ve dolayısıyla bu olgunun uluslararası hukukta yerinin nasıl konumlandırıldığını kritik bir bakış açısı ile ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnsan ticareti, uluslararası hukuk, insanlığa karşı suç, sınıraşan suç, tanımsal inceleme.

INTRODUCTION

Human trafficking represents a form of human exploitation that has become a growing social phenomenon and it is regulated through international law as a transnational crime.This term describes the process of moving people within and between countries for the express purpose of exploiting them.[1] Virtually every country is affected by human trafficking because

---

1 GALLAGHER Anne T, 'Using International Human Rights Law to Better Protect Victims of Human Trafficking: The Prohibitions on Slavery, Servitude, Forced Labor and Debt Bondage' in SADAT Leila Nadya / SCARFMICHAEL (Editors), **The Theory and Practices of International Criminal Law: Essays in Honour of M Cherif Bassiouni**, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, 397.

a country can serve as 'a country of origin, a country of destination, and a country of transit.'[2]

This does not mean, of course, that all countries are equally occupied or involved in the same way. One major focal point has been child trafficking in West Africa, which has attracted considerable international interest, including widely disseminated reports on the horrors of "slave boats".[3]

Armed conflict, corruption, economic and social factors are all associated with the practice of trafficking. These challenges are further complicated by the many contemporary crises the world is currently facing including climate change and terrorist infiltration in the Middle East, especially within Syria, Iraq and Somalia. All such crisis contributes to instability, which in turn leads to a range of negative consequences, including criminal activity that includes human trafficking.[4] As such, contemporary crises can exacerbate the effect of pre-existing societal root causes, such as armed conflict, economic and social circumstances, gender and ethnic discrimination, honour killings, poverty, and violations of economic, social and cultural rights.

There are many relevant contemporary representation of the connection between root socio-economic causes and the proliferation of trafficking. In Jordan, young Syrian women are at risk of sex trafficking, as they struggle to survive in a country where they are not allowed to work.[5] Many chil-

---

2 WINTERDYK John/ Perrin BENJAMIN/ REICHEL Philip (Editors), **Human Trafficking Exploring the**

International Nature, Concerns and Complexities, CRC Press, 2012, 9.

3 QUIRK Joel, **The Anti-Slavery Project from the Slave Trade to Human Trafficking**, University of Pennsylvania Press, 2011, 229.

See also KLOPCIC Alja, 'Trafficking in Human Beings in Transition and Post-Conflict Countries', **Human Security Perspectives** 7,Vol.1, N.1, 2004; PERRIN Benjamin, 'Just Passing Through? International Legal Obligations and Policies of Transit Countries in Combating Trafficking in Persons', **European Journal of Criminology**,Vol.7, No.1, 2010, 11.

4 BANBURYAnthony,'I Love the UN, But It Is Failing', **NY Times Sunday Review Opinion**, New York,

18 March 2016, https://www.nytimes.com/2016/03/20/opinion/sunday/i-love-the-un-but-it-is- failing.html?_r=0(Accessed: 10 April 2017).

5 HARPER Lee,'Syrian Women in Jordan at Risk of Sexual Exploitation at Refugee Camps', **The Guardian**, Amman, 24 January 2014, https://www.theguardian.com/global- development/2014/jan/24/syrian-women-refugees-risk-sexual-exploitation (Accessed: 28 July 2017).

dren whose families have fled the Syrian war to Lebanon are forced to work for little or no pay in dangerous conditions.[6] The UN Global Initiative to Fight Human Trafficking notes that children continue to be exploited and trafficked in different industries worldwide, including as sex workers, child soldiers, camel jockeys, beggars or as workers on construction sites and plantations.[7] In Cambodia, Thailand and Vietnam, '[c]hildren as young as 10 are working as sea slaves on fishing boats to fill our cat food tins, making toys for our children, supplying sex for paedophiles, and being purchased as brides'.[8]

Having considered these contemporary cases, we can see that human trafficking continues to get shaped by the instabilities and crises created by our modern world, despite John Ashe claiming that 'human trafficking has no place in the modern world'.[9] Human trafficking persists, and it is thus essential to draw political attention to it as a human rights violation. Identifying trafficking in such terms includes facing such challenges as the fact that the numbers of identified victims have not been consistent and that the vast majority of trafficking victims are unidentified. Because of its irregular and clandestine nature, the numbers on human trafficking remain as estimates.[10] Since no fully representative statistics depicting exact numbers of incidents exist, it is not clear exactly how big of an 'evil' is to be fought against.[11] Regardless of this challenge, the international community to introduce an-

---

6 WHITING Alex, 'Syrian Refugees in Lebanon at Growing Risk of Forced Labour - Anti-Slavery Activists',**Thomson Reuters Foundation**, 12 April 2016, http://news.trust.org/item/20160412000354-xxo0i (Accessed: 28 July 2018).

7 UN GIFT HUB, 'Trafficking of Children', http://www.ungift.org/knowledgehub/en/about/trafficking- of-children.html (Accessed: 27 February 2017).

8 ZIMMERMAN Cathy, 'Migrant Children Who Don't Make the Front Page',**The Chariot Views from the London School of Hygiene and Tropical Medicine**, 2015, http://blogs.lshtm.ac.uk/news/2015/09/15/migrant-children-who-dont-make-the-front-page/ (Accessed: 19 December 2016).

9 UN News Centre, 'Human Trafficking Has No Place in Modern World, General Assembly President Says' 14 July 2014, http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=48271#.WXstQ617FmA (Accessed: 28 July 2017).

10 Protection Policy and Legal Advice Section (PPLAS) & Division of International Protection Services (DIPS), 'Refugee Protection And Human Trafficking - Selected Legal Reference Materials',2008, http://www.refworld.org/docid/498705862.html (Accessed: 22 December 2016).

11 ibid.

ti-trafficking measures at both international and regional levels has matched the rise in incidents of trafficking with an increase in activity.[12]

In 2000 trafficking was defined and addressed under a specific treaty, namely the Trafficking Protocol: 'human trafficking has been recognized as an international legal issue for well over a century, (...) the international legal landscape as it applies to trafficking [has] changed forever.'[13]

The Trafficking Protocol is the most comprehensive treaty on trafficking, having been cited by governments, NGOs, activists and scholars as a prime source. Nonetheless, such international organisations, states and NGOs also offer their own definitions on trafficking.[14] This means, as Chuang concludes, that although 'new legal definitions of "trafficking" were codified in international (...) law in 2000, (...) what conduct qualifies as "trafficking" remains hotly contested'.[15]Consider this, human trafficking 'is not [just] an ordinary crime with transnational dimensions', and that the rules of international counter-trafficking law are not adequate despite the developments that have been made, due to diffuse concepts, circular arguments and a human rights bias pertaining to the issue of trafficking.[16]Indeed, the Trafficking Protocol also acknowledges in its Preamble that there is 'no universal instrument that addresses all aspects of trafficking in persons'.[17] Thus this paper aims to analyse the place of human trafficking in international law by not only considering the Trafficking Protocol but also other related international legal regulations, e.g., the Rome Statute. In that especially recent incidents,

---

12 ibid.

13 GALLAGHER Anne, 'Human Rights and Human Trafficking in Thailand: A Shadow TIP Report' in BEEKS Karen /AMIR Delila(Editors), **Trafficking and Global Sex Industry**, Lexington Books, 2006, 142.

14 ABRAMSON Kara, 'Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol',**Harvard International Law Journal**, Vol. 22, 2003, 480.

15 CHUANG Janie A, 'Rescuing Trafficking from Ideological Capture: Prostitution Reform and Anti- Trafficking Law and Policy', **University of Pennsylvania Law Review,** Vol. 158, 2010, 1656.

16 Protection Policy and Legal Advice Section (PPLAS) & Division of International Protection Services (DIPS), 'Refugee Protection And Human Trafficking - Selected Legal Reference Materials'.

17 PIOTROWICZ Ryszard, 'Victims of People Trafficking and Entitlement to International Protection', **Australian Year Book International Law**, Vol.24, 2005,161.

i.e., forced migration of the Rohinghya and Yazidi people which can be considered as the related examples of trafficking, have caught the international community's attention. For example, George Soros, who escaped Nazi- occupied Hungary, concluded, there were alarming parallels between the plight of the Rohingya people and the Nazi genocide: Since Rohingyas are denied basic freedoms of movement, marriage and childbirth because they are stateless, the violence to which they are subjected could be interpreted as a crime against humanity.[18] Amnesty International stated that 'the deplorable actions of the military could be part of a widespread and systematic attack on a civilian population and may amount to crimes against humanity'.[19] What happened in Thailand was not substandard labour, it was an instance of abusive work without consent in which Myanmarese men were recruited by labour brokers, using deceptive practices.[20]

In this light, this paper sets out to investigate following overarching questions: how human trafficking is regulated in the context of international law; and as considering the international legal framework applicable to human trafficking whether this crime is regulated as a crime against humanity, which would help international community to deal with the modern-day phenomenon of trafficking in its various occurrences.

The introduction part has given a background of human trafficking, as it currently exists as a complex, confusing modern-day phenomenon. Following part, initially traces the genesis of an applicable legal framework by looking at the emergence and development of human trafficking as a concept of public international law. The discussion alludes to the various narratives that have shaped normative developments in this regard, and traces the progress of the relevant legal framework pertaining to human trafficking.[21] Lat-

---

18 HAUGEN Gary A, **Good News about Injustice: A Witness of Courage in a Hurting** World, Inter- Varsity Press, 1998, 72.

19 Al Jazeera / News Agencies, 'Rohingya Abuse May Be Crimes Against Humanity: Amnesty' 19 December 2016, http://www.aljazeera.com/news/2016/12/rohingya-crimes-humanity- amnesty-161219045655733.html(Accessed:19 December 2016).

20 SYLWESTER Joanna G, 'Fishers of Men: The Neglected Effects of Environmental Depletion on Labor Trafficking in The Thai Fishing Industry',**Pacific Rim Law & Policy Journal**, Vol. 23, 2014, 426.

21 GALLAGHER Anne T,**The International Law of Human Trafficking**, 1st published, Cambridge University Press, 2010, 55.

er, this paper considers a set of issues and contemporary incidents linked to them in order to decide whether the international legal rules have regulated human trafficking as a crime against humanity.

I. STRUCTURE OF INTERNATIONAL HUMAN TRAFFICKING LAW

1. First Steps Towards Regulation of A New Phenomenon

Human trafficking has been at the centre of a variety of national and international responses, such that the face of human trafficking - what it looks like, how it is defined, who a trafficked person is - has evolved over time. In this context, the analysis in this section considers international law regulations in order to understand how and when human trafficking first became recognised within a legal framework, and how it was approached and regulated at the level of international law.

This paper posits that the framework for international human trafficking law has been highly influenced by the international movement to abolish white slavery.[22] As is explored in more detail below, 'trafficking' relating to human beings 'came into international use in the early 20th century in connection with white slavery: a term that was initially used to refer to forcible or fraudulent recruitment to prostitution'.[23] Indeed, the current understanding of human 'trafficking has evolved out of a history of international legal mechanisms of addressing four key types of harm': chattel slavery and later other forms of slavery and servitude; prostitution – in particular white slavery; labour violations; and organised crime.[24] In this section, regulations pertaining to white slavery are set forth as the genesis of current international law to do with human trafficking.

The earliest uses of the term 'human trafficking' were confined to a very narrow and specific context, namely the sexual exploitation of white women. As such, in 1873, a report presented to the International Medical Congress

---

22 ibid, 55.

23 ibid, 13.

24 BASSIOUNI Cherif /*et al*., 'Addressing International Human Trafficking in Women and Children for Commercial Sexual Exploitation in the 21st century', **Revue Internationale de Droit Pénal**, Vol. 81, 2010, 418.

called for an end to state regulation of prostitution through brothels.[25] Allain concludes that this attempted ban forms the origin of human trafficking in international law as it represents 'an effort not to end prostitution but to uphold honour of women through suppression of the "white slave" trade'.[26] In addition, in 1877 the International Abolitionist Federation at Geneva brought further global attention to the effort to abolish state regulation of prostitution and the trafficking of women for prostitution.[27] Radhika Coomaraswamy, former UN Special Rapporteur on Violence against Women, phrased these early campaigns as follows: 'anti- trafficking movements have been driven by perceived threats to the "purity" or chastity of certain populations of women, notably white women'.[28]

Furthermore, in 1899, the International Congress met to oppose white slavery.[29] Reformers in the congress perceived human trafficking as follows:

> We want to destroy this traffic (...) Traffic consists of three parts; first, there is supply; second, there are traffickers; and third, there must be a demand (...) [E]verything that can be done (...) to improve women's position (...) will cut off the supply (...) [S]trike at the supply, strike at the traffickers, but strike also at the demand for the victims.

The 1904 International Congress finally adopted the first international agreement to address trafficking; it aimed to suppress the white slave trade by directly addressing the trafficking of white women.[30] As such, in Articles 1 to 4, the 1904 Agreement for the Suppression of White Slave Trade covered situations in which women were forced and/or deceived into prostitution. One of the most significant aspects of the latter agreement was its transnational nature, as demonstrated by it addressing cross-border prostitution.[31]

---

25 ALLAIN Jean, **Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking**, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, 341.

26 ibid, 341.

27 PALMIOTTO Michael J (Editor), **Combatting Human Trafficking: A Multidisciplinary Approach**, CRC Press -Taylor & Francis Group, 2015, xviii.

28 ALLAIN Jean, **Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking**, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, 341.

29 PALMIOTTO, **Combatting Human Trafficking: A Multidisciplinary Approach**, xviii.

30 ibid, xviii.

31 ALLAIN, **Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking**, 342.

Further, in 1910 the International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic was amended to regulate punishment for 'procurers who assisted in trafficking girls under 20 years of age through threats, violence, or fraud'.[32]

References limiting 'trafficking' to white slavery were abandoned in 1927, as the problem was now seen in a wider scope due to new social understandings.[33] In order to address these gaps, in 1921 and then in 1933, the International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children and the International Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age were adopted.

The 1921 Convention focused on combating trafficking through the prosecution of procurers, the licensing and supervising of employment agencies, and the protection of immigrant women and children.[34] The Convention fell short, however, 'because it failed to contain measures for monitoring or enforcing international commitments and left states to determine implementation measures.'[35] Nonetheless, the 1921 Convention represented an overall improvement in many respects including recognising that women and children of any race could be trafficked, as opposed to it only being problematic with white women. This was a big step forward.[36]

The 1933 Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age further expanded trafficking prohibitions to include trafficking

---

32 BASSIOUNI */et al.*, 'Addressing International Human Trafficking in Women and Children for Commercial Sexual Exploitation in the 21st century' , 417-91.

See International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic (3 LNTS 278) done 4 May 1910, entered into force 8 August 1912.

33 GALLAGHER, **The International Law of Human Trafficking**, 14.

34 See BASSIOUNI */et al.*, 'Addressing International Human Trafficking in Women and Children for Commercial Sexual Exploitation in the 21st century', 417.

See International Convention for the Suppression of Traffic in Women and Children (9 LNTS 415) done 30 September 1921, entered into force 15 June 1922, amended by a Protocol approved by the General Assembly on 20 October 1947 (53 UNTS 13).

35 BASSIOUNI */et al.*, 'Addressing International Human Trafficking in Women and Children for Commercial Sexual Exploitation in the 21st century', 438.

36 MORCOM Corin /SCHLOENHARDTAndreas, 'All about Sex?! The Evolution of Trafficking in Persons in International Law', The University of Queensland Human Trafficking Working Group Research Paper, 2011, 13, https://law.uq.edu.au/files/4311/Evolution-of-Int-Law-relating-to- Trafficking-in-Persons.pdf (Accessed: 24 July 2017).

for all 'sexual purposes', including but not limited to prostitution.[37] Yet, the 1933 Convention still had definitional limitations around gendered conceptions of trafficking victims:[38] it still defined trafficking as the transfer of women across nation-state borders for immoral purposes.[39] Trafficking was thus still first and foremost associated with the 'immorality' of prostitution.[40] Accordingly, neither the 1921 nor the 1933 treaty defined the many dimensions of trafficking/traffic, as they solely dealt with the coerced movement of women and girls abroad for the purpose of prostitution.[41] In addition, all the white slave traffic conventions applied only to recruitment and transportation process, and considered prostitution as a matter of internal jurisdiction, e.g., the 1904 Agreement and the 1910 Convention were gender and race biased, as they did not apply to males of any age or to non-Caucasian women and girls.[42]

Things began to change with the 1949 International Convention for the Suppression of the Traffic of Persons and the Exploitation of the Prostitution of Others.[43] The 1949 Convention took into account most of the previous major agreements relevant to the subject, which were thus consolidated into the new agreement. The 1949 Convention remained the major international covenant on trafficking for the next five decades, until the ratification of the Trafficking Protocol in 2000.[44] As such, the following section investigates the evolution of the regulation of trafficking from the beginning of the 1949 Convention until its current-day manifestation.

---

37 GALLAGHER, **The International Law of Human Trafficking**, 58.

38 MORCOM/ SCHLOENHARDT, 'All about Sex?! The Evolution of Trafficking in Persons in International Law', 14.

39 ibid, 14.

40 ibid, 13.

41 ibid, 14.

42 ibid, 13.

43 See Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others (96 UNTS 271) done 2 December 1949, entered into force 25 July 1951 (1949 Trafficking Convention).

44 GALLAGHER Anne T, **Commentary to the Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking**, United Nations Publication, 2010, 19, https://works.bepress.com/anne_gallagher/15/ (Accessed: 24 August 2016).

2. The Major Legal Architecture of Human Trafficking

A- Trafficking In International Human Rights Law

One of the additional protections offered by the 1949 Convention was its extended level of protection, which now included non-white women, since at that time in Europe, Asia and Africa, sexual exploitation began to be obvious. The Convention starts off by underlining the importance of valuing the human rights of trafficked victims by stating in its preamble that 'prostitution and the accompanying evil of trafficking in persons for the purpose of prostitution [were] incompatible with the dignity and worth of the human person and endanger[ed] the welfare of the individual and the community'. Furthermore, the Convention posited 'freedom' as the birth right of every human being and extended the definition and conceptualisation of human trafficking while maintaining its focus on the sex industry.[45] Nonetheless, the 1949 Convention came 'under considerable and wide-ranging attack', even though it survived as the only specialist treaty on human trafficking for more than half a century:[46]

> Many human rights activists and States that operate systems of legalized, licensed, or otherwise regulated prostitution have criticized this instrument for not focusing sufficiently or solely on the more serious, coercive forms of sexual exploitation and for failing to distinguish between consensual and forced prostitution.

The 1949 convention ended up serving as the last official word on trafficking in international law until the adoption of the Convention on the Elim-

---

45 MORCOM / SCHLOENHARDT, 'All about Sex?! The Evolution of Trafficking in Persons in International Law', 15.

46 GALLAGHER, **The International Law of Human Trafficking**, 61. In 2000, the UN Special Rapporteur on Violence against Women stated following:

The 1949 Convention has proved ineffective in protecting the rights of trafficked women and combating trafficking. The Convention does not take a human rights approach. It does not regard women as independent actors endowed with rights and reason; rather, the Convention views them as vulnerable beings in need of protection from the "evils of prostitution". As such, the 1949 Convention does very little to protect women from and provide remedies for the human rights violations committed in the course of trafficking, thereby increasing trafficked women's marginalization and vulnerability to human rights violations. GALLAGHER, **The International Law of Human Trafficking**, 62.

ination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) in 1979.[47] The CEDAW prohibited all forms of trafficking of women, and obligated governments to do all that was in their power: 'States Parties shall take all appropriate measures, including legislation, to suppress all forms of traffic in women and exploitation of prostitution of women'.[48] CEDAW put a new legal tool in women's hands, empowering them to claim their right to equal treatment - including but not limited to being protected against sex trafficking - as internationally recognised and protected.[49] In terms of its scope when it comes to trafficking, CEDAW's reference to all forms of trafficking expanded the prohibitions offered by the 1949 Convention, thereby encompassing a broad range of purposes which went beyond sexual exploitation, including but not limited to forced labour, forced marriage and organ trafficking.[50] Note that Allain states that in time of armed conflict forced marriage 'transpires in situations where the 'spouse' and the 'bride' are unknown to each other but are brought together through an act of violence visited upon the community or the family.' Allain in his analysis continues as follows:

> More so in times of armed conflict, where the legal regime has broken down; the ability of soldiers, as was the case in Sierra Leone, to kidnap and make of their victims 'rebel wives' was to control them as a thing owed. While they could have bought or sold their victims and in cases did transfer, exchange, or give these women as gifts, fundamentally they had the power to do so – but instead they simply used their violently acquired possession. Instead, having established control tantamount to possession, military men used these women to gain benefit from their service (sexual or otherwise) and labour – this under the mantel of a fraudulent marriage. Thus for me, the notion of 'forced marriage' in times of armed conflict is linked in fundamental terms

---

47 ibid, 64.

See Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 18 December 1979 United Nations, Treaty Series, vol 1249, entered into force 3 September 1981 (CEDAW).

48 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, art 6.

49 MACKINNON Catharine A, **Are Women Human? And Other International Dialogues**, 1st ed, Belknap Press - Harvard University Press, 2006, 64.

50 GALLAGHER, **The International Law of Human Trafficking**, 65.

> to slavery; yet, like 'sexual slavery' the crime of 'forced marriage' has distinct characteristics: primarily, the perpetrator's non-consensual hosting of the mantel of spouse and/or marriage onto the victim.[51]

Since the ratification of CEDAW, trafficking has been addressed by a number of other international treaties. As such, the Convention on the Rights of the Child and its Optional Protocol (1989) was an important development for trafficking.[52] Even though the Convention did not deal with trafficking directly, the practice was mentioned in its preamble, which provided a definition for 'the sale of children'.[53] Further, the 'sale of children', child prostitution and child pornography were also expressly prohibited by the UN Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Children.[54] The Protocol stressed the significance and increasing international prevalence of child trafficking, and noted the continuing presence of sex tourism.[55] Additionally, the 1999 ILO Worst Forms of Child Labour Convention included not only the 'worst forms of child labour', but also the acts of procuring, offering or using children for the purposes of prostitution, which includes using children to produce pornographic materials or sexually exploitive performances.[56] The Convention classified trafficking among 'forms of slavery or practices similar to slavery',[57] and accepted its elimination as a matter of urgency, irrespective of countries' levels of development.[58] Similarly,

---

51 ALLAIN Jean, **The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation**, Brill Nijhoff, 2015, 473.

52 See Convention on the Rights of the Child (1577 UNTS 3) done 20 November 1989, entered into force 2 September 1990 (CRC).

53 GALLAGHER, **The International Law of Human Trafficking**, 67.

54 See UNICEF Innocenti Centre, Handbook on the Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, 2009, https://www.unicef- irc.org/publications/pdf/optional_protocol_eng.pdf (Accessed: 22 March 2017).

55 JAMES John E,'Human Trafficking ... a Global problem', **Mercer Law Review**, Vol. 60, 2008, 796.

56 KENDALL Virginia Mary / FUNKT Markus, **Child Exploitation and Trafficking Examining the Global Challenges and U.S. Responses**, Rowman & Littlefield Publishers INC, 2012, 137.

57 ILO Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour C182, 87th ILC session 17 Jun 1999, entered into force 19 November 2000 (Worst Forms of Child Labour Convention), art 3(a).

58 LIUKKUNEN Ulla / CHEN Yifeng (Editors), **Fundamental Labour Rights' in China - Legal Implementation and Cultural** Logic, Springer, 2016, 149.

the Guiding Principles on Internal Displacement Article 11(2) particularly stated that internally displaced persons shall be protected against violence, forced prostitution, any form of indecent assault, slavery or any contemporary form of slavery, such as sale into marriage, sexual exploitation or forced labour of children.[59] Child prostitution, child pornography, and the sale and trafficking of boys and girls for sexual purposes were regulated as closely linked practical matters, such that in most cases they are seen as largely indistinguishable.[60] According to the UN commission, child sexual abuse is

> Contacts or interactions between a child and an older or more knowledgeable child or adult (a stranger, sibling or person in a position of authority, such as a parent or caretaker) when the child is being used as an object of gratification for an older child's or adult's sexual needs. These contacts or interactions are carried out against the child using force, threats, bribes, threats or pressure.[61]

For example, UNICEF links child sexual abuse to commercial sexual exploitation as follows:

> (...) child sexual abuse becomes sexual exploitation when a second party benefits — through a profit or through a quid pro quo — through sexual activity involving a child. This may include prostitution, brothel and street-based sexual exploitation, trafficking for sexual purposes and child pornography.[62]

In addition to these regulations, international law has continued to address human trafficking in different ways by regulating it in the context of diverse treaties, which consider a number of international and regional instruments developed over the years.[63] An example of a relevant international

---

59 UNHCR, Guiding Principles on Internal Displacement 22 July 1998 ADM 1.1, PRL 12.1, PR00/98/109 <http://www.refworld.org/docid/3c3da07f7.html> accessed 13 August 2017.

60 KENDALL / FUNK, **Child Exploitation and Trafficking Examining the Global Challenges and U.S. Responses**,125.

61 ibid, 128.

62 UNICEF, 'Commercial Sexual Exploitation and Sexual Abuse of Children in South Asia', 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children, 2001, 10, http://www.unicef.org/rosa/commercial.pdf (Accessed: 12 October 2016).

63 Some of those regional documents can be exemplified as follows: Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report ETS 197 16 V 2005 done 16 May 2005, entered into force 1 February 2008 (European Con-

human rights treaty is the UN Declaration of Human Rights (UDHR), in which many of the rights identified are important in combatting trafficking. Such rights include 'the right of opportunity to gain a living through work freely chosen or accepted', 'the right to a fair trial, and the right to a remedy'.[64] Further, the Declaration accepts that human rights are for everyone, that rights have no borders and that all human beings to be covered by the basic protections of international human rights law. Accordingly, Article 1 of the UDHR declares that all human beings were born free and equal in dignity and rights. It is clear that the document seeks to recognise and underline the essential, inherent worth of all human beings, further stating that 'disrespect for human rights had led to horrific acts that have outraged people across the world'. Other applicable articles within the UDHR include Articles 2, 3, 4, and 5. Article 2 of the Declaration states that the rights identified belong to everybody. Article 3 declares that 'everyone has the right to life, liberty and security of person'. Articles 4 and 5 posit that 'no one shall be held in slavery or servitude, slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms'; 'no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment'. Another relevant international doctrine that supplements international trafficking law is Article 8 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR, 1966) prohibits slavery and slave trade in all its forms, using similar language to the UDHR. The right to leave any country and freedom of movement that is regulated and protected in the Article 13 of UDHR are also violated in trafficking practices.[65]

Considering the violent nature of trafficking crimes in which victims are deceived and/or coerced for the purpose of exploitation, the above-men-

---

vention); the Council Framework Decision on Combating Trafficking in Human Beings of 2002 (2002/629/JHA) and the 2003 Council Framework Decision on Combating the Sexual Exploitation of Children and Child Pornography (2004/68/JHA) as well as Council Directive 2004/81/EC on the residence permit issued to third country nationals who are victims of trafficking in human beings or who have been subject of an action to facilitate illegal immigration, who cooperate with the competent authorities.

64 GALLAGHER Anne T, **Commentary to the Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking**, 24.

65 GALLAGHER, 'Using International Human Rights Law to Better Protect Victims of Human Trafficking: The Prohibitions on Slavery, Servitude, Forced Labor and Debt Bondage'. See Universal Declaration of Human Rights adopted by UNGA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810 at 71, 10 December 1948 (UDHR).

tioned regulations of international human rights law treaties are noteworthy. Nonetheless, at this point the question remains even though international human rights law has rules pertaining to trafficking, whether it necessarily means to prohibit trafficking in persons—as opposed to practices associated with trafficking.[66] Clearly, the dynamics of the practice of human trafficking constitute several human rights violations, e.g., in related cases 'the inequality between trafficker and trafficked person'[67] is obvious. As an extension of the question above, the next question would be whether human trafficking can be described as a gross human rights violation from a legal perspective. There are two main ways to approach this question, as is explained in the following paragraphs in light of the arguments of Piotrowicz and Gallagher.

When it comes to the legal classification of trafficking, Ryszard Piotrowicz concludes that the classification of human trafficking as a human rights violation is incorrect.[68] He argues that '[i]t is incorrect to say that people trafficking is a breach of human rights for the same reason that it is incorrect to say that 2+2=5: because it is wrong and there is an inherent good in getting things right'.[69] In his view, without state involvement, human trafficking is nothing more than a crime, such as a murder or theft.[70] In other words, although it is true that the State has failed to protect individuals when it comes to trafficking, the same is true with many other crimes, including theft and murder, for which the state is not held responsible.[71] Thus Piotrowicz believes in legal sense, human trafficking to be not a 'human rights violation', but a 'private criminal act or enterprise' in which one or more private citizens are involved in recruitment and transportation of victims, for

---

66 UNHRC, 'Human Rights and Human Trafficking', Fact Sheet, No 36, 2014, 5, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_en.pdf (Accessed: 23 July 2017).

67 NOLL Gregor,'The Insecurity of Trafficking in International Law', in CHETAILVincent / TSCHOPPM Carlos (Editors), **Globalization, Migration and Human Rights: International Law Under** Review, Vol II, Bruxelles, Bruylant, 2007, 344.

68 PIOTROWICZ Ryszard, 'THB in 2016 – Where are we, where have we been and where are we going?', Keynote Speech, TRACE workshop, 2016, http://trace-project.eu/wp- content/uploads/2016/03/TRACE-Stockholm_Piotrowicz.pdf (Accessed: 28 March 2017).

69 PIOTROWICZ Ryszard,'The Legal Nature of Trafficking in Human Beings', **Intercultural Human Rights Law Review**, Vol. 4, 2009,175.

70 ibid, 186.

71 ibid, 187.

the purpose of their exploitation.[72] On the other hand, this paper exerts that perhaps human trafficking can be distinguished and classified as a breach of the state's human rights obligations, specifically because states are required to take 'all reasonable and necessary measures to prevent a given event from occurring'.[73] In consideration of this, Piotrowicz states that it is not that he is arguing that trafficking is not a serious crime or that the state does not have a responsibility to guard against it. When trafficking occurs the state has in fact failed to protect its citizens' human rights. Piotrowicz nonetheless maintains that this lack of state involvement still does not raise state culpability to the point of trafficking counting as a 'human rights violation' by the state. Thus, in his view, despite the state's failure to prevent it, trafficking remains a crime between two (or more) individuals, with no 'state involvement'.

Although this paper considers the merits of Piotrowicz' argument, it leans more towards the argument of Anne T Gallagher. Before proceeding with Gallagher's argument however, it is important to note that Piotrowicz' idea could be even further supported by considering the fact that despite what is said by authors like Gallagher about trafficking qualifying as human rights abuse in legal sense, there is still no definitive global human rights convention concretely and exclusively condemning this practice. Thus, as it stands, trafficking are not dealt with at an international law level as would be called for by its classification as a 'gross human rights violation'. Of course, as stated previously, this does not mean that there are no several international treaties that in one way or another address the issue. The latter include Article 6 in CEDAW, and Article 35 in the CRC. Going back to Gallagher, however, it is important to note her observation that despite these conventions' substantive reference to trafficking, it still remains that none of the relevant international human rights treaty bodies 'ha[ve] yet managed to tie trafficking directly to a violation of a specific right in a specific treaty'.[74] This paper agrees with Gallagher that acknowledging this real gap in

---

72 ibid, 189.

73 UN General Assembly Official Records (GAOR), 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts', Report of the International Law Commission on the Work of its fifty-third session 56th sess, supp no 10, 2001,43, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (Accessed: 23 July 2017).

74 GALLAGHER, 'Using International Human Rights Law to Better Protect Victims of Human Trafficking: The Prohibitions on Slavery, Servitude, Forced Labor and Debt Bondage', 3.

fully recognising trafficking as an international human rights issue 'stops us from being side-tracked by the slick arguments of those who would prefer it to be approached as a straightforward issue of migration, of public order or of organised crime'.[75] Unique, as it is tightly woven into the fabric of an inequitable, unjust and hypocritical world.[76] Yet no treaty addressing trafficking only from a human rights angle has been 'properly able to link itself to a parent instrument tackling detailed obligations as extensive a corruption, exchanging evidence across national borders, and seizing assets of offenders'.[77] In this sense, considering human trafficking as also a tort and a crime inaddition to a human rights violation at the national level may be considered the optimal approach. Through such a lens, criminal or civil law may be invoked as required, including in cases of discrimination and torture.[78]

Alternatively, Gallagher offers an opposing view when she states that the above- mentioned 'conclusion does not negate a central place for international law, including international human rights law, in providing impetus, authority (including legal justification) and structure to an effective national response' to trafficking.[79] At the international level, it is important to acknowledge that human trafficking is a gross human rights violation, in which victims' fundamental rights are violated, and are done so within the jurisdiction of the State.[80] As Gallagher further concludes

> In the present context, such rules affirm a range of obligations on States – not just to protect, support and provide remedies to victims, but also to investigate and prosecute trafficking cases with due diligence; to act against public sector complicity in trafficking; to cooperate with other States; and to prevent future trafficking.[81]

---

75 GALLAGHER, **The International Law of Human Trafficking**, 3.

76 GALLAGHER Anne T, 'Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway', **Virginia Journal of International Law**, Vol.49, No.4, 2009, 792.

77 ibid, 793.

78 GALLAGHER Anne T, 'A Response to Jean Allain and Ryszard Piotrowicz', Opinio Juris, 8 June 2009, http://opiniojuris.org/2009/06/08/a-response-to-jean-allain-and-ryszard-piotrowicz/ (Accessed: 20 December 2016).

79 ibid.

80 PIOTROWICZ Ryszard, 'The Legal Nature of Trafficking in Human Beings', **Intercultural Human Rights Law Review**, Vol. 4, 2009,188.

81 GALLAGHER Anne T, 'A Response to Jean Allain and Ryszard Piotrowicz', Opinio Ju-

It is also important to note that '[t]he United Nations General Assembly and the Human Rights Council have repeatedly affirmed that trafficking violates and impairs fundamental human rights, as have many of the international human rights mechanisms.'[82] In addition, it must be noted that trafficking 'was a matter for international human rights law long before it became an issue of migration or of transnational organized crime'.[83] Thus, considering its current place within the international legal system, it is reasonable to conclude that on its own trafficking has 'traditionally not been served well by the international human rights system.[84]

As Piotrowicz states, 'when THB occurs it is evident that a victim may be the object of severe exploitation as well as serious criminal offences'.[85] This is because when a person is trafficked, many aspects of the law are infringed, and thus many legal fields are necessarily involved. These areas include criminal law, human rights law, migration law and employment law, as are encompassed by such acts as deprivation of freedom, forced labour, sexual exploitation, mental abuse and illegal entry into a state.[86] However, in terms of dealing with human trafficking in the field of human rights law, Piotrowicz concludes that

> (...) traffickers, as private individuals, by definition cannot be held to account before any human rights tribunal; only States can. And States will only be held accountable if they have done something, or omitted to do something, that amounts to a failure to respect or ensure respect for the rights supposed to be guaranteed.[87]

Yet this paper, in light of Gallagher's argument, posits that it remains crucial to acknowledge human trafficking as a human rights violation for which states are accountable. The latter is the only way to ensure that trafficking is prevented, that victims are protected, and that their needs are addressed on an international level.

---

ris, 8 June 2009, http://opiniojuris.org/2009/06/08/a-response-to-jean-allain-and-ryszard-piotrowicz/ (Accessed: 20 December 2016).

82 UNHRC, 'Human Rights and Human Trafficking', 5.

83 GALLAGHER, **The International Law of Human Trafficking**, 477.

84 ibid, 477.

85 PIOTROWICZ, 'The Legal Nature of Trafficking in Human Beings',176.

86 ibid,177.

87 PIOTROWICZ, 'The Legal Nature of Trafficking in Human Beings',197.

Ultimately, rather than agreeing on a universal instrument that would addressall aspects of human trafficking, international human rights law has developed a series of rules that form the 'international counter-trafficking law system'. Accordingly, the 1990s marked an important shift in relation to the framework of legal response(s) to human trafficking, as the issue finally began to be seen as a transnational criminal law concern.[88] This evolution resulted in the adoption of a new treaty, which served as 'the principal legally binding global instrument to combat trafficking in persons', namely the Trafficking Protocol.[89] As Goodey concludes, whereas until the beginning of the 20th century, human trafficking had been linked with prostitution and exploitation in the labour market, the Trafficking Protocol offered a shift in perspective, to situating trafficking within a transnational crime context.[90] As is explored in detail in the following section, the Trafficking Protocol was in many ways a turning point in the context of international human trafficking law regulations. The Protocol signified a shift in many ways, including by such acts as extending sexual exploitation as a form of exploitation of labour and including provisions to do with trafficking and organ removal.[91]

B- Trafficking in Transnational Criminal Law: The Organised Crime Convention, The Trafficking Protocol and The Rome Statute

a- The Drafting Process of the Trafficking Protocol

This section looks at the creation of the Protocol to Prevent, Suppress, and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime (Trafficking Protocol) seeking to demonstrate the manner in which human trafficking found its place within this specific Protocol.

---

88 GALLAGHER, **The International Law of Human Trafficking**, 68.

89 ibid, 68.

90 WINTERDYK John/ PERRIN Benjamin / REICHEL Philip (Editors), **Human Trafficking Exploring the International Nature, Concerns and Complexities**, CRC Press, 2012, 7.

See also GOODEY Jo, 'Human Trafficking - Sketchy Data and Policy Responses, Criminology and Criminal Justice' (2008) 8(4) **Criminology & Criminal Justice**, Vol. 84, No.4, 2008, 421.

91 HERZ Annette, 'Human Trafficking and Police Investigations' in WINTERDYK / PERRIN / REICHEL (Editors), **Human Trafficking Exploring the International Nature, Concerns and Complexities**, 133.

The Protocol is the most recent international treaty on human trafficking. It should be noted that before the ratification of the Protocol could take place,arriving at a universally accepted definition to regulate human trafficking proved to be a difficult task. This is because 'human trafficking' is best described as a 'process' and thus cannot be attached to a single act: any attempt to define the phenomenon by linking it to a specific act falls short of grasping it. As such, all the regulations pertaining to human trafficking that were to be taken into account in drafting the Protocol were neither in order nor regulated systematically. Thus, the Trafficking Protocol's definition of the term 'human trafficking' can be regarded as substantive in such a way that this paper appraises its ratification as a breakthrough, and adopts its definition of human trafficking as the most appropriate one.

This part explores in what ways the Trafficking Protocol represents a breakthrough. For the present purposes, note that the Protocol contains for the first time, a definition of the term 'trafficking in human beings' which forms the 'basis for the adoption of the appropriate penal provisions in the State Parties and makes the international cooperation in HT proceedings easier'.[92] Before this, trafficking had been an 'obscure but jealously guarded' and relatively inactive mandate of the UN human rights system,[93] and governments had struggled to address issues pertaining to this phenomenon. For many years, there was no internationally accepted definition, which led to misaligned, contradictory national responses, and rendered ineffective any kind of cross- border cooperation.[94] In this light, the following paragraphs outline how the Protocol came into international usage.

b- Regulative Approach of Trafficking Protocol

Before 2000, forced labour, child labour, debt bondage, forced marriage and commercial sexual exploitation of children and adults flourished in many parts of the world.[95] International anti-trafficking instruments at the

---

92 ibid,133.

93 CHUANG Janie A, 'Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law', **The American Journal of International Law**, Vol. 108, No. 4, 2014, 615.

94 See GALLAGHER Anne /HOLMES Paul, 'Developing an Effective Criminal Justice Response to Human Trafficking Lessons from the Front Line', **International Criminal Justice Review**, Vol.18, No.3, 2008, 318.

95 See GALLAGHER, 'Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway', 792.

time were datedand not comprehensive enough in their scope to combat human trafficking.[96] Even though many countries enacted their own specialist trafficking laws, 'trafficking problem' emerged as a political and practical issue.[97]

When it comes to the sexual exploitation of women, the issue was discussed at the 1993 Vienna International Conference on Human Rights[98] and the 1995 Beijing International Conference on Women.[99] Between these events, proposals on an international treaty of transnational organised crime were first tabled at the World Ministerial Conference on Organised Transnational Crime in Naples, Italy, in November 1994.[100]

Nonetheless, as Gallagher explains, the origins of the Trafficking Protocol can actually be traced back to Argentina's interest in the issue of trafficking, specifically to do with minors.[101] Argentina was dissatisfied with the slow progress of negotiations for an additional protocol to the CRC, which would address child prostitution and child pornography.[102] The country was concerned with addressing such trafficking from a purely human rights perspective, as Argentina found it important to develop a broader international attack on transnational organised crime.[103] As such, Argentina's proposal was for a new convention against trafficking in minors, discussed at the 1997 Session of the UN Commission on Crime Prevention and Criminal Justice.[104]

---

96 See GALLAGHER Anne T, 'Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis',**Human Rights Quarterly**, Vol.23, 2001, 975.

97 GALLAGHER / HOLMES, 'Developing an Effective Criminal Justice Response to Human Trafficking Lessons from the Front Line', 319.

98 OHCHR, 'World Conference on Human Rights', 14-25 June 1993, http://www.ohchr.org/EN/ABOUTUS/Pages/ViennaWC.aspx (Accessed: 5 April 2016).

99 UN Women, '1995 Beijing International Conference on Women', http://www.unwomen.org/en/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on- women (Accessed: 5 April 2016).

100 GALLAGHER Anne T / DAVID Fiona, **The International Law of Migrant Smuggling**, 1st published, Cambridge University Press, 2014, 34.

101 GALLAGHER, 'Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis', 982.

102 ibid, 982.

103 GALLAGHER/ DAVID, **The International Law of Migrant Smuggling**, 36.

104 GALLAGHER, 'Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis', 982.

In late 1997, the UN General Assembly established an intergovernmental group of experts to prepare a preliminary draft, after receipt of which it established an intergovernmental Ad Hoc Committee. Following these initial steps, in December 1998, the UN proposed the creation of a new international document addressing the issue of human trafficking. In other words, the aim was to identify the universal patterns in the organisation of human trafficking in 'an attempt to tame this heterogeneous reality so it could be comprehended as an entity appropriate for a certain set of interventions.'[105] The Vienna Process consisted of more than 120 states, NGOs and intergovernmental agencies, and lasted less than two years.[106] The Vienna Process 'represented the first comprehensive attempt by the international community to invoke international law as a weapon against transnational organized crime'.[107] Ultimately, representatives from more than eighty countries met in Palermo, Italy, in 2000.

The Convention and the Protocols were negotiated at a series of eleven meetings of a special intergovernmental Ad-hoc Committee under the auspices of the UN Crime Commission, which were held in Vienna from January 1999 until October 2000 and more than 100 countries took part.[108] The purpose of this meeting was to adopt a new international legal framework to combat transnational organised crime. Thus, the mobilization represented by the Trafficking Protocol took the form it did through two years of extensive meetings, and was highly influenced by human rights movements, including ones with feminist roots.[109] E.g.,'feminists seeking the abolition of

---

105 WARREN Kay, 'The 2000 UN Human Trafficking Protocol: Rights, Enforcement, Vulnerabilities' in GOODALE Mark/ MERRY Sally Engle (Editors), **The Practice of Human Rights - Tracking Law between the Global and the Local**, Cambridge University Press, 2007, 243.

106 ROTH Venla (Editor), **Defining Human Trafficking and Identifying its Victims a Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finish Legal Responses to Prostitution Related-Trafficking in Human Beings**, Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 151.

107 GALLAGHER / DAVID, **The International Law of Migrant Smuggling**, 36.

108 TOUZENIS Kristina,**Trafficking in Human Beings - Human Rights and Transnational Criminal Law, Developments in Law and Practices**, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 2010, 28.

109 WARREN, 'The 2000 UN Human Trafficking Protocol: Rights, Enforcement, Vulnerabilities', 264.

prostitution altogether have argued that, because prostitution is equivalent to violence against women, trafficking and prostitution are also equivalent terms'.[110] This mobilisation resulted in the adoption of the Trafficking Protocol. The UN opened the Conventions and its Protocols[111] for signing to made official in Palermo, the heartland of the Sicilian mafia, and since then the Protocols, including the Trafficking Protocol, have been known as the 'Palermo Protocol'.[112]

In December 2003, the Trafficking Protocol came into force as part of the UN Convention against Transnational Organised Crime. In order to become a party to the Protocol, states must also become a party to the Organised Crime Convention, as the Protocol and the Convention are to be 'interpreted together', whereby the 'Protocols were not intended to become stand-alone treaties'.[113]In this context, the way the Protocol regulates human trafficking is outlined in the following paragraphs: The Protocol, in Articles 5-8, articulates a set of issues, reforms and remedies for receiving states. The articles oblige State Parties to implement legal reforms in order to criminalise trafficking and ensure victim protection. The final issue of coordination of state officials in law enforcement and immigration is dealt with in Articles 9-11, with the aim of identifying perpetrators and victims along international

---

110 SHAH Svati P,'Sex Work & Women's Movements', CREA Working Paper, 2011, 11, http://www.nswp.org/sites/nswp.org/files/Sex%20work%20and%20Women's%20Movements.pdf (Accessed: 1 November 2016).

111 United Nations Convention Against Transnational Organised Crime (2225 UNTS 209) done 15 November 2000, entered into force 29 September 2003 (Organised Crime Convention) is supplemented by three additional treaties (Protocols) as follows: Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime 15 November 2000, GA Res 55/25 Annex IIII, UN GAOR, 55th Sess, Supp No 49, at 62, UN Doc. A/45/49 (Vol I) (2001) entered into force 28 January 2004 (Migrant Smuggling Protocol); Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime A/RES/55/2515 entered into force 25 December 2003 (Trafficking Protocol); Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime GA Res 255, 15 November 2000 UN Doc A/RES/55/255 (2001), done 31 May 2001, entered into force 3 July 2005 (Firearms Protocol).

112 ALLAIN Jean, **The Law and Slavery - Prohibiting Human Exploitation**, BRILL, 2015, 267.

113 GALLAGHER, **The International Law of Human Trafficking**, 73.

routes used by organised crime groups. The latter is done so that 'the provisions on "other measures", including border procedures and the security and control of documents, are more precise'.[114] Even though the

Protocol obliges State Parties to criminalise conduct amounting to human trafficking in Article 5 on criminalisation, it does not deal with the criminal law sanctions. In order to tighten the net around traffickers, the Protocol states that State Parties shall pass new laws to criminalise human trafficking. In this context, State Parties are also expected to share information to boost links between law enforcement in countries of trafficking (origin, transit and destination).

When it comes to its use of language, in some provisions of the Protocol make it so that certain items are seen as either mandatory or at least worthy of consideration/positive effort.[115] Concurrently, terminology used at other times makes certain provisions seem weak or 'optional',[116] such as the provisions guiding ways to assist and protect victims of trafficking. The latter is due to the Protocol's use of 'hypothetical' and noncommittal language such as 'shall endeavour to', 'shall consider in appropriate cases', and 'to the extent possible'.[117] Victim protection needs to be unambiguous. Unlike many other crimes, threat to a victim does not end once she or he has escaped or been rescued from a criminal situation.[118] Protection needs to be defined broadly because of the many ways traffickers can manipulate victims, including through violence, deception, imprisonment, collusion, debt bondage, isolation, religion, culture and belief.[119] Although the Protocol has several protective provisions, including 'victim assistance and support', it does not say how such support should occur.[120] Instead it notes that 'a State

---

114 JONSSON Anna (Editor), **Human Trafficking and Human Security**, Routledge Taylor & Francis Group, 2009, 73.

115 ibid, 72.

116 HYNLAND Kelly E,'The Impact of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children', **Human Rights Brief**, Vol.8, No.2, 2001, 31.

117 ibid, 3.

118 GALLAGHER,**The International Law of Human Trafficking**, 301.

119 UNODC – UN GIFT, 'Anti-Human Trafficking Manual For Criminal Justice Practitioners - Module 4: Control Methods in Trafficking in Persons', 2009, 4, https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP_module4_Ebook.pdf (Accessed: 19 April 2017).

120 KAYE Julie / WINTERDYK John, 'Explaining Human Trafficking' in WINTERDYK /

Party will not be breaching either the letter or the spirit of the Convention if it decides, after proper consideration, to provide no material, medical, or other assistance whatsoever to any victim of trafficking within its territory'.[121] Clearly, such a statement goes against any notion of 'victim assistance and support'. Furthermore, it is also important to note that although the Protocol is a progressive document; its focus does repeatedly shift back to women and children, and the disproportionate impact of trafficking for sexual exploitation on this population, thus still taking a 'gendered' perspective on the issue.[122]

In light of its structure, it can be concluded that the Protocol grew out of efforts to develop a new international response to trafficking and to offer practical guidance to states, with drafting laws, which would help in creating comprehensive national anti-trafficking strategies, and assisting with resources to implement them.[123] Moreover, considering the nature of human trafficking as a multifaceted phenomenon with diverse perpetrators across state border,[124] the Protocol successfully establishes a definition and mechanism for trafficking meant to emphasise the transnational aspect of this phenomenon.[125] In this respect, the Protocol as a law enforcement instrument is unique in comparison to other treaties, in that it is created as a subset of the Organised Crime Convention, and links human trafficking to transnational organised criminal practices associated with drug and weapon trafficking.[126]

PERRIN / REICHELPhilip (Editors), **Human Trafficking Exploring the International Nature, Concerns and Complexities**, 60.

121 GALLAGHER / HOLMES, 'Developing an Effective Criminal Justice Response to Human Trafficking Lessons from the Front Line', 72.

122 WARREN, 'The 2000 UN Human Trafficking Protocol: Rights, Enforcement, Vulnerabilities' 250.

123 See UNODC, 'Model Law to Help States Fight Modern Slavery', http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2009/July/model-law-on-trafficking-in-persons-.html (Accessed: 14 September 2016).

124 PICARELLI John, 'Human Trafficking & Organised Crime in the US & Western Europe', in Cornelius FRIESENDORF (Editor), **Strategies Against Human Trafficking: The Role of the Security Sector**, National Defence Academy and Austrian Ministry of Defence and Sports & Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2009, 128.

125 ALLAIN Jean,'No Effective Trafficking Definition Exists: Domestic Implementation of the Palermo Protocol', **Albany Government Law Review**, Vol.7, 2014, 112.

126 MILIVOJEVIC Sanja / SEGRAVE Marie, 'Evaluating Responses to Human Trafficking' in WINTERDYK John/ PERRIN Benjamin / REICHEL Philip (Editors), **Human Trafficking Exploring the International Nature, Concerns and Complexities**, CRC Press, 2012, 236.

Accordingly, human trafficking is defined within the Protocol as 'one of the three 'evils' that haunts the globe' alongside terrorism and drug trafficking.[127] Such terminology is effective in recognising the growing importance and urgency of curtailing human trafficking. Yet it is important to add that this does not necessarily mean that the Protocol requires State Parties to take action against trafficking only in cases with an international element or cases, which involve organised crime.[128] The inclusion of the transnational aspect in the Trafficking Protocol is meant to acknowledge not only the international dimension of this phenomenon, but also the fact that trafficking is not solely a border-crossing problem in every case.[129] At the state level, the Organised Crime Convention requires that the offence of trafficking be established in the domestic law of every state party, independently of its transnational nature or the involvement of an organised criminal group,[130] which is why many court cases involve domestic trafficking settings.[131] Case in point, in Mexico, a man started the trafficking process by meeting and courting his 16-year-old victim, with the 'couple' eventually moving to a different city, upon arrival in which he forced her into prostitution, taking away all the proceeds.[132] As is seen from this example, it is possible for trafficking to be conducted by only one individual. Similarly, in a court case from Brazil, a European man was found guilty of recruiting a local woman through a feigned romantic relationship for the purpose of bringing her to Europe for sexual exploitation.[133]

---

127 KAYE Julie / WINTERDYK John, 'Explaining Human Trafficking', in WINTERDYK / PERRIN / REICHEL (Editors), **Human Trafficking Exploring the International Nature, Concerns and Complexities**, 57.

128 GALLAGHER / DAVID, **The International Law of Migrant Smuggling**, 68.

129 ELLIOTT Jessica, **The Role of Consent in Human Trafficking**, 1st published, Routledge Taylor & Francis Group, 2015, 57.

130 GALLAGHER, 'Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway', 792; TODRES Jonathan, 'Widening Our Lens: Incorporating Essential Perspectives in the Fight against Human Trafficking',**Michigan Journal of International Law**, Vol. 33, No.1, 2011, 56.

131 See UNODC, 'Global Report On Trafficking in Persons – 2016', United Nations Publication, 2016, http://www.unodc.org/documents/data-and- analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf (Accessed 24 July 2017).

132 ibid.

133 ibid.

According to the Protocol, human trafficking can also be organised by a group of individuals too.[134] Indeed, the Protocol primarily emphasises the 'organised group crime' aspect of human trafficking. As such, trafficking is said to be mostly maintained by the 'nether world' of criminal groups in which victims are trafficked for profit.[135] From the perspective of perpetrators of organized crime, human trafficking is a high-profit and low-risk venture that offers them sizeable monetary gains with a limited risk of being caught and prosecuted.[136]Criminal networks can relatively easily recruit victims in particular countries and move them across specific borders.[137] In these cases, traffickers belong to mafia-type transnational organised criminal groups or non-organised crime networks. For example, Albanian Luan Plakici was the head of a gang of traffickers, and used a false British passport to facilitate the illegal entry into the UK of between 50and 60 young women. This particular perpetrator's way of approaching young women from Romania was by offering them a job in the UK. Yet, after clearing immigration controls with fake passports, the women were forced to work as prostitutes.[138] If trafficking is committed as an organised crime, since the trafficking scheme is larger in this case, then one is more likely to find evidence of associated crimes, such as document fraud, money laundering, cyber-crime and corruption involved.[139]In relation to the link between trafficking and corruption, criminal organisations seek ways to take advantage of immigration control, border protection and security systems that are weakened by corruption.[140]

---

134 RUSEV Atanas, **Human Trafficking, Border Security and Related Corruption in the EU**, DCAF a Centre for Security Development and the Rule of Law Paper Series, 2013, 2.

135 WARREN, 'The 2000 UN Human Trafficking Protocol: Rights, Enforcement, Vulnerabilities', 245.

136 Transparency International - The Global Coalition against Corruption, 'Corruption and Human Trafficking', Working Paper 03/2011, 2, http://issuu.com/transparencyinternational/docs/ti- working_paper_human_trafficking_28_jun_2011?mode=window&backgroundColor=%2322222 2 (Accessed: 22 August 2016).

137 ibid.

138 BBC News, 'Prison for Sex Slave Gang Leader', BBC, 2003,http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/3340921.stm(Accessed 2 September 2016.

139 SHELLEY Louise, 'Human Trafficking as a Form of Transnational Crime' inLEE Maggy (Editor), **Human Trafficking**, Portland, Willan, 2007, 116-37.

140 UNODC, 'Corruption and the Smuggling of Migrant', Issue Paper 2013, 11, http://www.unodc.org/documents/human- trafficking/2013/The_Role_Of_Corruption_in_the_Smuggling_of_Migrants_Issue_Paper_UNOD C_2013.pdf (Accessed: 24 March 2017).

The Protocol develops a method to deal with the transnational organised crime nature of trafficking, namely the 'Three P's' approach: Prevention, Protection and Prosecution in its 'Statement of Purpose'. Article 2 of the Trafficking Protocol expands on this approach, as follows:

The purposes of this Protocol are: (a) To prevent and combat trafficking in persons, paying particular attention to women and children; (b) To protect and assist the victims of such trafficking, with full respect for their human rights; and (c) To promote cooperation among States Parties in order to meet those objectives.

In connection with 'Three P's' approach, Todres concludes that the point of failure of international law on human trafficking goes back to how it is designed.[141] As the emphasis of the Protocol is on intercepting, punishing and prosecuting traffickers, it is designed to facilitate cooperation between states to combat organised crime.[142] As a result of this focus on the logistics/ practicalities of movement/borders, it may be argued that the document loses its focus on human rights.[143] The major concern of the Protocol is border controls and police cooperation. As such, the protection of victims' human rights does not seem to be the direct aim of the document, which also limits the status quo of the Protocol.[144] By taking this approach, the Protocol encourages State Parties to criminalise trafficking and to adopt policies and programs to prevent and combat against such transnational organised crime. This means the emphasis of the Protocol is on perpetrators of human trafficking rather than victims.[145] Accordingly, the Protocol requires States Parties to take action against all forms of inappropriate dealing that lead to exploitation in order to end the subset of inappropriate transactions that are

---

141 See TODRES Jonathan, 'Widening Our Lens: Incorporating Essential Perspectives in the Fight against Human Trafficking',**Michigan Journal of International Law**, Vol. 33, No.1, 2011, 53.

142 ANDERSON Bridget / ANDRIJASEVIC Rutvica, 'Sex, Slaves and Citizens: The Politics of Anti- Trafficking', **Soundings**, Vol. 40, 2008,136.

143 WARREN, 'The 2000 UN Human Trafficking Protocol: Rights, Enforcement, Vulnerabilities', 265.

144 ANDERSON / ANDRIJASEVIC, 'Sex, Slaves and Citizens: The Politics of Anti- Trafficking', 136.

145 ALLAIN Jean, 'No Effective Trafficking Definition Exists: Domestic Implementation of the Palermo Protocol', **Albany Government Law Review**, Vol.7, 2014, 120.

transnational in nature.[146] In this respect, it should be noted that one appealing advantage of the law enforcement approach is that it offers potential for prosecuting traffickers directly.[147] Presumably, the Protocol would also allow for the prosecution of individual officials involved too,[148] even though it does not address the role of the State or government officials in committing or tolerating trafficking. In some cases government officials, such as police and border control officers, are themselves involved in human trafficking,[149] which in turn requires law enforcement agencies to be organised, empowered and funded in a manner that enables them to respond appropriately to such dynamics.[150]

Lastly, although there seems to be consensus on what constitutes trafficking in the context of the Protocol; this does not necessarily mean that the definition of trafficking within the Protocol marks the end of all such definitional debates.[151] While the Protocol stands as an ostensibly comprehensive attempt to stop trafficking, it nonetheless does not represent an international consensus on the definition of trafficking.[152] In large part, this is also 'the result of the diverse views represented in UN institutions and of the loose and fragmented ways in which UN institutions function'.[153] Furthermore, the current international legal understanding of trafficking is also narrow[154] and complex. Resultantly, the following part helps address the question of what human trafficking is under international law (primarily the Trafficking Protocol), and then looks at the meaning and context of the definitional quagmire surrounding this phenomenon.

---

146 See HATHAWAY James C, 'The Human Rights Quagmire of "Human Trafficking"', **Virginia Journal of International Law**, Vol. 49, No.1, 2008, 1.

147 BRUCH Elizabeth M, 'Models Wanted: The Search for an Effective Response to Human Trafficking', **Stanford Journal of International Law**, Vol. 40, 2004, 17.

148 ibid, 21.

149 FRIESENDORF Cornelius (Editor), **Strategies Against Human Trafficking: The Role of the Security Sector**, National Defence Academy and Austrian Ministry of Defence and Sports & Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2009, 17-21.

150 GALLAGHER / HOLMES, 'Developing an Effective Criminal Justice Response to Human Trafficking Lessons from the Front Line', 326.

151 GALLAGHER, **The International Law of Human Trafficking**, 47.

152 COONTZ Phyllis / GRIEBEL Catherine, 'International Approaches to Human Trafficking: The Call for a Gender-Sensitive Perspective in International Law', **Women's Health Journal**, Vol. 4, 2004, 47.

153 ibid, 48.

154 ibid, 47.

c- The Rome Statute: Is Human Trafficking a Crime Against Humanity?

i- *Kunaracet als*. Case of the ICTY on Trafficking and Enslavement

The Rome Statute, which is the only treaty addressing crimes against humanity, refers to 'trafficking' in Article 7 as a crime against humanity under the category of crime of enslavement, reads as follows:[155]

> For the purpose of this Statute, 'crime against humanity' means any of the following actswhen committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: (a) Murder; (b) Extermination; (c) Enslavement; (d) Deportation or forcible transfer of population; (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (f) Torture; (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity; (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court; (i) Enforced disappearance of persons; (j) The crime of apartheid; (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.

This reference, takes place in the Article 7(c) of the Rome Statute, has also deepened the definitional quagmire of human trafficking. Explicit inclusion of trafficking in Article 7 was interpreted by the ICTY in the Kunarac et als case as expanding the Statute's definition of enslavement beyond the 1926 Slavery Convention to include human trafficking.[156]

---

155 JALLOH Charles Chernor, 'What Makes a Crime against Humanity', **American University International Law Review**, Vol. 28, No.2, 2013, 382.

The Rome Statute provides for the creation of the ICC in the aim of punishing the most serious violations of human rights in cases when national justice systems fail at the task. SCHABASWilliam A, **An Introduction to the ICC**,1st published, Cambridge University Press, 2001, ix.

156 KIM Jane, 'Prosecuting Human Trafficking as a Crime Against Humanity Under the Rome

Discussions around slavery, trafficking and enslavement in the context of the Rome Statute raise the following concerns: Whether enslavement can be understood as an umbrella term including trafficking;[157] whether trafficking can be judged as slavery, considering the definition of enslavement in Article 7(c) of the Rome Statute and in the Elements of Crimes of the Convention on the Abolition of Slavery as the 'right of ownership over a person'.

These concerns can be explained as follows:

In the first case scenario, the above-mentioned explicit inclusion of trafficking in Article 7 established a perception that the Statute's definition of enslavement expanded beyond the slavery definition of the 1926 Slavery Convention to include human trafficking.[158] Bassiouni concluded that including trafficking as a form of enslavement under Article 7 is of 'essential significance' because it 'precludes a perpetrator from claiming that he has not "enslaved" because he has not literally "put the person to work"'.[159] According to Kim, 'the inclusion of trafficking under the Statute's enslavement provision expands longstanding and traditional formulations of the crime of enslavement', and 'while the phrase "modern day slavery" is colloquially accepted, some jurists challenge the expansive legal use of the term "slavery" rendering it "virtually meaningless" when it covers a wide range of practices'.[160] The ICTY in the Kunarac et als case accepted the Protocol's means element, which is the abuse of power or of a position of vulnerability,[161] as customary international law, in order to fulfil the Rome Statute's intent to

---

Statute', **Columbia Law School Gender and Sexuality Online**, 2011, 8, SSRN:http://ssrn.com/abstract=1779263 (Accessed: 10 April 2017).

157 WILT Harmen van der 'Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts',**Chinese Journal of International Law**, Vol. 13, 2014, 298.

158 KIM Jane, 'Prosecuting Human Trafficking as a Crime Against Humanity Under the Rome Statute', **Columbia Law School Gender and Sexuality Online**, 2011, 8, SSRN:http://ssrn.com/abstract=1779263 (Accessed: 10 April 2017).

159 BASSIOUNI M Cherif, **Crimes against Humanity in International Criminal Law** (2nd ed, Kluwer Law International, 1999), 311.

160 KIM, 'Prosecuting Human Trafficking as a Crime Against Humanity Under the Rome Statute', 6.

161 UNODC, 'Abuse of a Position of Vulnerability and Other "Means" within the Definition of Trafficking in Persons', Issue Paper, 2013,http://www.unodc.org/documents/human- trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf (Accessed: 30 June 2016).

target trafficking as a form of enslavement.[162] Further, the ICTY also reiterated the classic definition of the Slavery Convention,[163] and characterised enslavement as an umbrella term for slavery, servitude and forced labour: 'enslavement as a crime against humanity' may be 'broader than the distinct definitions of slavery, the slave trade and servitude or forced or compulsory labour found in the other areas of international law'.[164] The Tribunal, with the aim of including trafficking in the realm of enslavement, also stated the following: 'Further indications of enslavement include exploitation; the exaction of forced or compulsory labour or service, often without remuneration and often, though not necessarily, involving physical hardship; sex; prostitution; and human trafficking.'[165] The Tribunal evidently interpreted enslavement in a broad context as an umbrella term including slavery and trafficking.[166]

In the second scenario, this 'identification' supports the idea that human trafficking may grow into slavery in consideration of the Trial Chamber's

---

162 Note that neither allegations of human trafficking have been brought to the ICC, nor they have appeared before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) or the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR).KIM Jane, 'Prosecuting Human Trafficking as a Crime Against Humanity Under the RomeStatute', **Columbia Law School Gender and Sexuality Online**, 2011, 3, SSRN:http://ssrn.com/abstract=1779263 (Accessed: 10 April 2017).

163 WILT, 'Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts', 304.

164 Prosecutor v Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Trial Judgment), IT-96-23- T & IT-96-23/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 22 February 2001, (Kunarac et als), 193.

See also KEANE David /MCDERMOTT Yvonne (Editors), **The Challenge of Human Rights: Past, Present and Future**, Edward Elgar Publishing, 2012, 227.

Note that 'On appeal, the appellants claimed that the Trial Chamber adopted too broad a definition of the crime of enslavement, emphasizing in particular the requirements of lack of consent and duration as constituent elements of the crime. The Appeals Chamber did not agree and corroborated the Trial Chamber's findings.' WILT, 'Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts',**Chinese Journal of International Law**, 304.

165 Prosecutor v Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Trial Judgment), IT-96-23- T & IT-96-23/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 22 February 2001, (Kunarac et als), 193.

166 ALLAIN Jean, 'The International Legal Regime of Slavery and Human Exploitation and Its Obfuscation by the Term of Art: 'Slavery Like Practice' in **The Law and Slavery Prohibiting Human Exploitation**, Brill Nijhoff, 2015, 89.

identification. The Chamber set a number of factors as an important indication of enslavement:[167]

> Under this definition, indications of enslavement include elements of control and ownership; the restriction or control of individual's autonomy, freedom of choice and freedom of movement; and accruing of some gain to the perpetrator. The consent or free will of the victim is absent. It is often rendered impossible or irrelevant by, for example, the threat or use of force or other forms of coercion; the fear of violence, deception or false promises; the abuse of power; the victim's position of vulnerability; detention or captivity, psychological oppression or socio- economic conditions. Further indications of enslavement include exploitation; the exaction of forced or compulsory labour or service, often without remuneration and often, though not necessarily, involving physical hardship; sex; prostitution; and human trafficking.

The Chamber also determined a duration requirement which defines 'the duration of the suspected exercise of powers attaching to the right of ownership' as another factor in order to conclude whether someone was enslaved.[168] Based on this approach, Obakata developed an argument stating that human trafficking

> (...) may be treated as slavery when the traffickers themselves continue[d] to exploit their victims. If the continuous exercise of ownership on the part of traffickers [was] terminated (i.e. people being exploited by those other than traffickers) when they reach[ed] their destination, trafficking [could not] then be regarded as slavery.[169]

In its explanation, the Tribunal also stated that subsequent exploitation can effectively amount to slavery, because the right of ownership was fully exercised and retained when people were exploited in sex and other industries in states of destination.[170] Another way of looking at this is once the

---

167 ibid, 447-48.

168 OBOKATA Tom, 'Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: Some Implications for the International Legal System',**International and Comparative Law Quarterly**Vol. 54, No.2, 2005, 449.

169 ibid, 449.

170 ibid, 18.

right of ownership is fully exercised and retained when people are exploited, these acts can be regarded as slavery.[171]

Indeed, a review of recent developments in international law shows that the concept of slavery remains highly contested in relation to international criminal justice.[172] In this respect, Allain, in regards to discussions around slavery/enslavement/trafficking in the context of the Rome Statute, observed that failure to define substantive content of the prohibition of enslavement would have an effect on the international community's ability to bring to justice individuals who are criminally responsible for violating the prohibition.[173] It should be noted that apart from having an established definition of slavery in international and domestic law, very little action has been taken to prosecute individuals for enslaving others in this 'neo-abolition' era.[174]However, because this section looks at the ICTY decision, it takes into consideration other interpretations, which might feature in that decision. Thus, the discussion is not really over/concluded. Following part, for this reason, aims to reaches a conclusion about interpreting trafficking as a crime against humanity.

ii- Human Trafficking Should not be Understood (just) as a Crime Against Humanity

Inclusion of trafficking as a term in the context of such a regulation has opened up room for new interpretations, due to the fact that the Statute does not make the meaning of 'trafficking crimes' clear enough. Further, the ICTY, in the Kunarac et als case, in which Kunarac and Kovač were charged with the 'enslavement and rape of Muslim women whom they had detained during six months and abused for their own sexual gratification', analysed

---

171 ibid, 449.

172 GALLAGHER, 'Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway', 798.

173 ALLAIN Jean, 'The Definition of "Slavery" in General International Law and the Crime of Enslavement within the Rome Statute', Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, 2007, 1, https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/069658BB-FDBD-4EDD-8414- 543ECB-1FA9DC/0/ICCOTP20070426Allain_en.pdf (Accessed: 28 March 2017).

174 ALLAIN Jean / BALES Kevin, 'Slavery and Its Definition', Global Dialogue Queen's University Belfast Law Research Paper 12-06, 2012, 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2123155,(Accessed: 29 July 2017).

the definition(s) of enslavement/slavery/trafficking.[175] Accordingly, the Trial Chamber reiterated the classic definition of the Slavery Convention,[176] and characterised enslavement as an umbrella term for slavery, servitude and forced labour: 'enslavement as a crime against humanity' may be 'broader than the distinct definitions of slavery, the slave trade and servitude or forced or compulsory labour found in the other areas of international law'.[177]

In this light, this section aims to conclude whether human trafficking crimes can be interpreted as amounting to crimes against humanity under the provision of enslavement in the Rome Statute. This concern is addressed in the following paragraphs.

Considering the violent nature of traffickers' conduct, it is easy to label trafficking-related acts as crimes against humanity. Thus, it is important to understand whether regulations (such as the Rome Statute), in fact apply to these situations. In the preamble of the Rome Statute of the ICC, it was stressed that 'the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished'. Such crimes were noted as includinginternational crime(s) of enslavement and war crime(s) such as sexual slavery.[178] Further, the UN Security Council Presidential Statement,[179] and Resolution 2331, adopted in 2016,[180] refer to human trafficking crimes committed in war as crimes against humanity. During the meeting of the Security Council in December 2015, '[s]ome speakers emphasised that ISIL's use

---

175 WILT, 'Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts', 304.

176 ibid, 304.

177 ALLAIN Jean, **The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation**,189.
On appeal, the appellants claimed that the Trial Chamber adopted too broad a definition of the crime of enslavement, emphasizing in particular the requirements of lack of consent and duration as constituent elements of the crime. The Appeals Chamber did not agree and corroborated the Trial Chamber's findings. WILT, 'Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts', 304.

178 Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010) (2187 UNTS 90) adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002.

179 United Nations Meetings Coverage & Press Releases, 'Security Council Presidential Statement Says Human Trafficking Might Constitute War Crimes, as Members Consider Issue for First Time', 16 December 2015, https://www.un.org/press/en/2015/sc12165.doc.htm (Accessed: 23 July 2017).

180 ibid.

of people as human shields, sexual slaves and forced labourers constituted war crimes and crimes against humanity, and thus punishable by the International Criminal Court'.[181] Furthermore, the S/RES/2331 stresses that 'human trafficking has contributed to other forms of transnational organized crime, which could exacerbate conflict and foster increased global insecurity and instability'.[182] Secretary-General Ban Ki-Moon has stressed that 'all perpetrators [of trafficking] must be brought to justice', and only an 'international response could succeed in resolving an international problem like human trafficking'.[183] The latter indicates the transnational criminal law aspect of trafficking crimes. It should also be noted that 'crimes against humanity can [also] be perpetrated when there is no armed conflict taking place. It is misleading - in fact wildly inaccurate - to think of [trafficking] occurring only during armed conflict'.[184] Without any doubt, when trafficking is deployed during armed conflict, the damage is more brutal and horrific:[185] This is why it is important to conclude whether trafficking can be regarded as one of the 'most serious crimes of concern to the international community as a whole or delicta juris gentium'.[186]

Using enslavement as an umbrella-term for trafficking is not legally correct. As well, the slavery analogy is not an accurate way of categorising human trafficking crimes as an international crime. After all, even if human trafficking, by taking into account the opinion of the ICTY, can beassimilated into the provision of enslavement or another category in the Rome Statute's Article 7, it would mean that trafficking qualifies as a crime against humanity, and is eligible for prosecution and trial by the ICC and internation-

---

181 ibid.

182 ibid.

183 ibid.

184 PIOTROWICZ Ryszard, ''States' Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations', **International Journal Refugee Law**, Vol. 24, No. 2, 2012,184.

185 United Nations Meetings Coverage & Press Releases, 'Security Council Presidential Statement Says Human Trafficking Might Constitute War Crimes, as Members Consider Issue for First Time'.

186 OBOKATA Tom, **Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective Towards a Holistic Approach**, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 139.

al criminal tribunals.[187] Yet, in such a situation, several other key elements must also be met before an act can be elevated to a crime against humanity.[188]

The Rome Statute's article 7(1)(a)-(k) establishes the perpetration of the acts enumerated in the context of crime against humanity, which reads as follows:

> The acts must constitute an attack directed against any civilian population; the acts must be widespread or systematic in nature; the attack must be pursuant to, or in furtherance of, a State or organisational policy to commit such attacks; the acts must be committed as part of the attack; the perpetrator(s) must have known that the conduct was part of or intended the conduct to be a part of such an attack.

This regulation can be completed on the point of:

> Crimes against humanity are typically committed against fellow nationals as well as foreigners; [c]rimes against humanity are international crimes; [c]rimes against humanity are committed by politically organized groups acting under color of policy; [c]rimes against humanity consist of the most severe and abominable acts of violence and persecution; [c]rimes against humanity are inflicted on victims based on their membership in a population rather than their individual characteristics.[189]

Above-mentioned key elements include following:

Whether it is accepted that human trafficking is widespread and there is no country on earth immune from human trafficking. E.g., considering human trafficking as a transnational organized crime, its presence is felt in all the countries across the world, therefore there would be a need to have aninternational body or statute which could address the human trafficking cases and deliver effective and efficient prosecution;[190]

---

187 WILT, 'Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts', 299.

188 OBOKATA, 'Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: Some Implications for the International Legal System', 451.

189 LUBAN David, 'A Theory of Crimes Against Humanity',**Yale Journal International Law**, Vol. 29, 2004, 93ff.

190 ASTON Joshua N /PARANJAPE Vinay N, 'Human Trafficking and Its Prosecution: Chal-

If acts of trafficking can be considered as attacks directed against any civilian population.[191]

Indeed such attacks on civilian populations are done through human trafficking based on some policies of using the children as shields in armed conflicts, using women for sexual exploitation, exploiting women and children through forced labour and finally exploiting many cultural and ethnic groups or population;[192]

If it is perceived that human trafficking is a profitable business of organised criminal groups and is committed systematically;

If human trafficking can be committed purely for personal motives or if it is proven that 'the perpetrator was aware of the attack but may not have the knowledge of all the characteristics and precise details of the attack and the policy of the State or the organization';[193]

If it is acknowledged that either there is an organisation, 'in the absence of a State policy there must be an organization, but only a "State-like" organization having some type of policy would qualify';[194]

If there is 'any entity with the capacity to carry out crimes against humanity'.[195] In addition, accepting the latter approach involves accepting the understanding that non-state actors, such as traffickers or organisations backed by governmental policies can also commit trafficking.

Creating distinctions between crimes and labelling some as 'against humanity' dictates an understanding that in fact some crimes are inhuman.[196] This requiresan assessment of whether human trafficking crimes indeed

---

lenges of the ICC', 2012, 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2203711 (Accessed: 29 March 2017).

191 WILT, 'Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts', 315.

192 ASTON/ PARANJAPE, 'Human Trafficking and Its Prosecution: Challenges of the ICC', 8.

193 ibid, 9.

194 CHERNOR Jalloh Charles,'What Makes a Crime against Humanity',**American University International Law Review**, Vol. 28, No.2, 2013, 384.

195 ibid, 385.

196 GAITA Raimond, 'Refocusing Genocide: A Philosophical Responsibility' in ROTHJohn K (Editor), **Genocide & Human Rights - A Philosophical Guide**, Palgrave Macmillan, 2005, 153-163.

have an impact on humanity in the first place. Humanity in this context refers to both humankind and the spirit of human nature. Bassiouni considers crimes against humanity as grievous enough to 'shock the conscience of mankind'.[197] Crimes against humanity such as genocide or slavery shock humankind's conscience, even though specific instances of such actions may not threaten peace and security.[198] Viewed along these lines, 'crimes against humanity' as a term 'signifies that all humanity is the interested party and that humanity's interest may differ from the interests of the victims'.[199] The question becomes whether such deep understanding can be established and implemented for trafficking crimes, as 'violating humanness and offending against humankind are not equivalent' - sadistic rape or murder degrades the humanity of its victim without impacting the interests of the entire human race.[200]

In light of this section's analysis, it can be concluded that if the requirements are indeed met to accept human trafficking as a crime against humanity, states will be more reluctant to combat corruption, intimidation and bribery perpetrated by traffickers due to direct control of the offence of trafficking that would become possible at the international level.[201] Obligations of protection would be implemented in a more effective way, especially considering the importance of identification and non-criminalisation of trafficked victims. This would also encourage states to take global action against human trafficking crimes.[202] However, it is also important to note that the ICC is only the last resort to prosecute such cases and to have jurisdiction over the crimes conducted in the state party's territory, which would only happen if the states fail to 'exercise criminal jurisdiction or are not able to investigate and prosecute the cases or are unwilling to investigate and prosecute cases'.[203] If states 'start prosecuting and resolving cases of trafficking

---

197 BASSIOUNI M Cherif, 'International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes', **Law and Contemporary Problems**, Vol. 59, No. 4, 1996, 69.

198 LUBAN, 'A Theory of Crimes Against Humanity', 88.

199 ibid, 88.

200 ibid, 90.

201 OBOKATA Tom, 'Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: Some Implications for the International Legal System',**International and Comparative Law Quarterly**Vol. 54, No.2, 2005, 453.

202 ibid, 454.

203 ASTON / PARANJAPE, 'Human Trafficking and Its Prosecution: Challenges of the ICC',1.

and crimes against humanity in aneffective manner at the national level, then the ICC will have no cases to prosecute'.[204]

The Rome Statute also fails to define the substantive content of the prohibition of enslavement, which directly affects the ability of the international community to bring to justice those individuals who are criminally responsible for violating the prohibition.[205] 'Enslavement' as interpreted by the ICTY is not a catchall term that all trafficking crimes can be put under: 'although the link between trafficking and slavery has been clearly acknowledged by the European Court of Human Rights, that court has shied away from stating explicitly that trafficking amounts to enslavement'.[206] The court stressed the clear links between the two practices:

> (...) trafficking in human beings, by its very nature and aim of exploitation, is based on the exercise of powers attaching to the right of ownership. It treats human beings as commodities to be bought and sold and put to forced labour, often for little or no payment (...) It involves the use of violence and threats against victims, who live and work under poor conditions.

It should also be noted that the duty to eradicate slavery as a human rights violation is clearly identified by the International Court of Justice as a supreme rule of customary international law, a legal obligation erga omnes, and part of jus cogens, a fundamental norm of international law;[207] whereas there is no clear indication and regulation for human trafficking crimes.[208] This also confirms that 'a criminal justice response alone, represented by the Trafficking Protocol and international criminal law, is not sufficient'[209]

---

204 ibid, 1.

205 ALLAIN, **The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation**, 799.

206 PIOTROWICZ Ryszard,''States' Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations', **International Journal Refugee Law**, Vol. 24, No. 2, 2012,201.

207 See BASSIOUNI Cherif, 'Enslavement as an International Crime', **New York University Journal of International Law & Politics**, Vol.23, 1991, 445.

208 RASSAMA Yasmine, 'Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade under Customary International Law', **Virginia Journal International Law**, Vol. 39, 1999, 322.

209 OBOKATA, 'Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: Some Implications for the International Legal System', 457.

to tackle trafficking as a matter of international crime, particularly a crime against humanity. E.g., it might be also considered whether human trafficking can be determined under the category of 'other human acts' of the Article 7(1)(k) as crime against humanity, yet again 'other human acts' is not defined and specified by the Rome Statute that wouldhelp address trafficking crimes as one of the crimes against humanity. Thus, a clear understanding of trafficking in connection to crimes against humanity would be preferable to a broad and arguably vague definition under international law, if the aim was to elevate human trafficking to a crime against humanity.

II. CONCLUSION

This paper has provided an analysis of the international legal rules pertaining to human trafficking. From a historical standpoint, human trafficking was initially understood as 'white' slavery in the first part of the 20th century, which is why five international instruments adopted during this period to combat against white slave trafficking. Further, the 'period after the 1980s saw strong pressures for deregulation, led by the international financial institutions and the erosion of social protection systems for vulnerable people',[210] which 'led to the trafficking of women and also men, much of it through labour brokers and unscrupulous recruitment agencies operating in both sender and destination countries'.[211]

Considering such regulations, the meaning of trafficking as a term was complicated due to the use of 'white slave traffic' in the treaties of the 1904 Agreement and the 1910 Trafficking Convention, implying a crossover between the slave trade and the process of trafficking.[212] As such the 1910 Trafficking Convention used the terms slave, slavery, and slave trade without defining the context in which these terms were used.[213] By the 1930s, treaties regulating sexual exploitation adopted the word 'traffic' in English, while in French, Spanish and other languages the word 'trade' was used,

---

210 PLANT Roger, 'Forced Labour, Slavery and Human Trafficking: When Do Definitions Matter?', Anti-Trafficking Review, Vol. 5, 2013, 153.

211 ibid, 153.

212 ELLIOTT Jessica, **The Role of Consent in Human Trafficking**, 1st published, Routledge Taylor & Francis Group, 2015, 50.

213 ibid, 50.

creating confusion over terminology that continues to this day.[214] Despite how extensively this term is used, several regional and transnational treaties have regulated human trafficking later on. One of the main reasons for the increasing proliferation of treaties on the issue has been the increasing rate and visibility in human trafficking incidents in the past decade, leading to an increase in legal responses.[215] Eventually these legal developments led to the creationof anumber of legal instruments designed to combat human trafficking at both the international and regional levels.[216] Indeed, these instruments have expanded the existing anti-trafficking legal regime, which has been in place since the late 19th century.[217] As a result, international criminal law, international human rights law, international labour law, regional international law and international refugee law now govern human trafficking.[218]

Long before the label 'human trafficking' was introduced to public international law, treaties had been adopted to regulate and abolish the phenomenon of slavery. Treaties aiming to abolish slavery may in many ways be seen as predecessors to modern attempts to deal with human trafficking, albeit there are also significant differences between the terms slavery and trafficking. In order to understand the modern legal architecture applicable to human trafficking, this section has conducted an analysis of the evolution of trafficking under international law to assess how these past developments have influenced contemporary attempts to regulate this phenomenon.

Even though a nexus of international legal rules manages human trafficking, this paper has shown that before the Trafficking Protocol, human trafficking was not the focus of any one specific treaty. In addition, this paper illustrates that, with the adoption of the Trafficking Protocol in 2000, this phenomenon was defined and addressed explicitly. Due to the treaty's importance, the analysis looks at how the Protocol emerged and how it regulates human trafficking. Even though trafficking looks different and

---

214 DOTTRIDGE Mike, **Kids as Commodities? Child Trafficking and What to Do About It**, International Federation Terre des Hommes, 2004, 18.

215 Protection Policy and Legal Advice Section (PPLAS) & Division of International Protection Services (DIPS), 'Refugee Protection And Human Trafficking - Selected Legal Reference Materials'.

216 ibid.

217 ibid.

218 ibid.

is defined and understood differently in different parts of the world and in different places, a lot of time and effort has gone into coming up with a legal framework/structure that can be applied to the practice worldwide. This paper has walked readers through this history and objective, showing them both the variety in definitions/understandings, and the efforts toward a unified view of trafficking, at least in a legal context. Yet, albeit the Trafficking Protocol is significant in defining human trafficking, there is ongoing debate over the meaning of trafficking in comparison to other overlapping phenomena, namely enslavement on the transnational criminal level in the context of Rome Statute. This issue is addressed as a definitional quagmire, and some related examples are given as contemporary challenges to understanding what constitutes human trafficking, which in turn include discussion of how international law has responded to such challenges.

On one hand, considering the Rome Statute's definition of describing human trafficking through enslavement, such provision is not legally correct. As Suzan Miers concludes, use of the term 'slavery' may be said to cover such a wide range of practices that this risks making it virtually meaningless.[219] It is not only slavery but also other forms of human exploitation that have been instrumental in building the world as we know it, and continue to this day to drive global economic growth, whether it be through cheap labour, cheap sex or cheap goods.[220] Indeed, the adjective 'modern' in the phrase 'modern-day slavery' 'acknowledges that it is an anachronism to compare a contemporary phenomenon with an arcane institute of the past'.[221] Yet this also causes an assumption that the phenomenon of 'modern-day' slavery encompasses all forms of exploitative practices, including trafficking. Thus, the expression 'modern-day slavery' may be seen as the only way to address all exploitative acts, yet modern trafficking is so much more expansive than could have been imagined hundreds or thousands of years ago. Trafficking not only covers the exploitative acts of a lover who exploits the physical attractions of his so-called girlfriend, but also the ulterior motives of huge organisations which

---

219 MIERS Suzanne, **Slavery in the Twentieth Century: The Evolution of a Global Problem**, Rowman Altamira, 2003, 453.

220 GALLAGHER Anne T, 'Understanding Exploitation', **Harvard International Review**, 2011, 5.

221 WILT, 'Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts', 314.

'reap millions of dollars from their ignoble trade'.[222] As such trafficking is too expansive for it to be only explainable through reference to a dated concept like slavery. Trafficking is a crime to do with moving people for the express purpose of their exploitation. Trafficking can also include varying degrees of violence, including trafficking in armed conflict and related acts, which have been described as crimes against humanity. As such, the UN's reference to the enslavement provision of the Rome Statute includes human trafficking in its regulation. Thus it is important to conclude that despite such referrals, there is still no firm ground to address trafficking under the terms of the Rome Statute. Therefore, this paper's ultimate recommendation is that human trafficking be engaged with as a growing global concern; trafficking should thus be confronted as yet another component of a response to severe global inequalities on the spectrum of human exploitation.[223]

---

222 ibid, 314.

223 MAHDAVI Pardis, **Gridlock: Labor, Migration, and Human Trafficking in Dubai**, Stanford University Press, 2011, 31.

REFERENCES / KAYNAKLAR

ABRAMSON Kara, 'Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol', **Harvard International Law Journal**, Vol. 22, 2003.

Al Jazeera & News Agencies, 'Rohingya Abuse May Be Crimes Against Humanity: Amnesty', 19 December 2016, http://www.aljazeera.com/news/2016/12/rohingya-crimes-humanity-amnesty-161219045655733.html (Accessed:19 December 2016).

ALLAIN Jean, **Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking**, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

ALLAIN Jean, **The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation**, Brill Nijhoff, 2015.

ALLAIN Jean, 'No Effective Trafficking Definition Exists: Domestic Implementation of the Palermo Protocol', **Albany Government Law Review**, Vol.7, 2014.

ALLAIN Jean, 'The International Legal Regime of Slavery and Human Exploitation and Its Obfuscation by the Term of Art: 'Slavery Like Practice' in **The Law and Slavery Prohibiting Human Exploitation**, Brill Nijhoff, 2015.

ALLAIN Jean, 'The Definition of "Slavery" in General International Law and the Crime of Enslavement within the Rome Statute', Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, 2007, https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/069658BB-FDBD-4EDD-8414-543ECB1FA9DC/0/ICCOTP20070426Allain_en.pdf (Accessed: 28 March 2017).

ALLAIN Jean & BALES Kevin, 'Slavery and Its Definition', Global Dialogue Queen's University Belfast Law Research Paper 12-06, 2012, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2123155, (Accessed: 29 July 2017).

ANDERSON Bridget / ANDRIJASEVIC Rutvica, 'Sex, Slaves and Citizens: The Politics of Anti- Trafficking', **Soundings**, Vol. 40, 2008.

ASTON Joshua N / PARANJAPE Vinay N, 'Human Trafficking and Its Prosecution: Challenges of the ICC', 2012, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2203711 (Accessed: 29 March 2017).

BASSIOUNI M Cherif, **Crimes against Humanity in International Criminal Law** (2nd ed,Kluwer Law International, 1999).

BASSIOUNI M Cherif, 'Enslavement as an International Crime', **New York University Journal of International Law & Politics**, Vol. 23, 1991.

BASSIOUNI M Cherif, 'International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes', **Law and Contemporary Problems**, Vol. 59, No. 4, 1996.

BRUCH Elizabeth M, 'Models Wanted: The Search for an Effective Response to Human Trafficking', **Stanford Journal of International Law**, Vol. 40, 2004.

BANBURY Anthony, 'I Love the UN, But It Is Failing', **NY Times Sunday Review Opinion**, New York, 18 March 2016, https://www.nytimes.com/2016/03/20/opinion/sunday/i-love-the-un-but-it-is- failing.html?_r=0 (Accessed: 10 April 2017).

BASSIOUNI Cherif /*et al*., 'Addressing International Human Trafficking in Women and Children for Commercial Sexual Exploitation in the 21st century', **Revue Internationale de Droit Pénal**, Vol. 81, 2010.

BBC News, 'Prison for Sex Slave Gang Leader', BBC, 2003, http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/3340921.stm (Accessed 2 September 2016).

CHERNOR Jalloh Charles, 'What Makes a Crime against Humanity', **American University International Law Review**, Vol. 28, No. 2, 2013.

CHUANG Janie A, 'Rescuing Trafficking from Ideological Capture: Prostitution Reform and Anti-Trafficking Law and Policy', **University of Pennsylvania Law Review,** Vol. 158, 2010.

COONTZ Phyllis / GRIEBEL Catherine, 'International Approaches to Human Trafficking: The Call for a Gender-Sensitive Perspective in International Law', **Women's Health Journal**, Vol. 4, 2004.

DOTTRIDGE Mike, **Kids as Commodities? Child Trafficking and What to Do About It**, International Federation Terre des Hommes, 2004.

ELLIOTT Jessica, **The Role of Consent in Human Trafficking**, 1st published, Routledge Taylor & Francis Group, 2015.

FRIESENDORF Cornelius (Editor), **Strategies Against Human Trafficking: The Role of the Security Sector**, National Defence Academy and Austrian Ministry of Defence and Sports & Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2009.

GALLAGHER Anne T, 'Using International Human Rights Law to Better Protect

Victims of Human Trafficking: The Prohibitions on Slavery, Servitude, Forced Labor and Debt Bondage' in SADAT Leila Nadya / SCARF MICHAEL (Editors), **The Theory and Practices of International Criminal Law: Essays in Honour of M Cherif Bassiouni**, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.

GALLAGHER Anne T, **The International Law of Human Trafficking**, 1st published, Cambridge University Press, 2010.

GALLAGHER Anne, 'Human Rights and Human Trafficking in Thailand: A Shadow TIP Report' in BEEKS Karen / AMIR Delila (Editors), **Trafficking and Global Sex Industry**, Lexington Books, 2006.

GALLAGHER Anne T, **Commentary to the Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking**, United Nations Publication, 2010, https://works.bepress.com/anne_gallagher/15/ (Accessed: 24 August 2016).

GALLAGHER Anne T, 'Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway', **Virginia Journal of International Law**, Vol. 49, No. 4, 2009.

GALLAGHER Anne T, 'A Response to Jean Allain and Ryszard Piotrowicz', Opinio Juris, 8 June 2009, http://opiniojuris.org/2009/06/08/a-response-to-jean-allain-and-ryszard-piotrowicz/ (Accessed: 20 December 2016).

GALLAGHER Anne T, 'Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis', **Human Rights Quarterly**, Vol. 23, 2001.

GALLAGHER Anne T / DAVID Fiona, **The International Law of Migrant Smuggling**, 1st published, Cambridge University Press, 2014, 34.

GALLAGHER Anne / HOLMES Paul, 'Developing an Effective Criminal Justice Response to Human Trafficking Lessons from the Front Line', **International Criminal Justice Review**, Vol.18, No.3, 2008.

GALLAGHER Anne T, 'Understanding Exploitation', **Harvard International Review**, 2011.

GAITA Raimond, 'Refocusing Genocide: A Philosophical Responsibility' in ROTH John K (Editor), **Genocide & Human Rights - A Philosophical Guide**, Palgrave Macmillan, 2005.

GOODEY Jo, 'Human Trafficking - Sketchy Data and Policy Responses, Criminology and Criminal Justice' (2008) 8(4) **Criminology & Criminal Justice**, Vol. 84, No. 4, 2008.

HARPER Lee,'Syrian Women in Jordan at Risk of Sexual Exploitation at Refugee Camps', **The Guardian**, Amman, 24 January 2014, https://www.theguardian.com/global- development/2014/jan/24/syrian-women-refugees-risk-sexual-exploitation (Accessed: 28 July 2017).

HATHAWAY James C, 'The Human Rights Quagmire of "Human Trafficking"', **Virginia Journal of International Law**, Vol. 49, No.1, 2008.

HAUGEN Gary A, **Good News about Injustice: A Witness of Courage in a Hurting** World, Inter- Varsity Press, 1998.

HERZ Annette, 'Human Trafficking and Police Investigations' in WINTERDYK John / PERRIN Benjamin / REICHEL Philip (Editors), **Human Trafficking Exploring the International Nature, Concerns and Complexities**, CRC Press, 2012.

HYNLAND Kelly E, 'The Impact of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children', **Human Rights Brief**, Vol. 8, No. 2, 2001, 31.

JALLOH Charles Chernor, 'What Makes a Crime against Humanity', **American University International Law Review**, Vol. 28, No. 2, 2013.

JAMES John E, 'Human Trafficking ... a Global problem', **Mercer Law Review**, Vol. 60, 2008.

JONSSON Anna (Editor), **Human Trafficking and Human Security**, Routledge Taylor & Francis Group, 2009.

KAYE Julie / WINTERDYK John, 'Explaining Human Trafficking' in WINTERDYK John / PERRIN Benjamin / REICHEL Philip (Editors), **Human Trafficking Exploring the International Nature, Concerns and Complexities**, CRC Press, 2012.

KIM Jane, 'Prosecuting Human Trafficking as a Crime Against Humanity Under the Rome Statute', **Columbia Law School Gender and Sexuality Online**, 2011, SSRN:http://ssrn.com/abstract=1779263 (Accessed: 10 April 2017).

KEANE David / MCDERMOTT Yvonne (Editors), **The Challenge of Human Rights: Past, Present and Future**, Edward Elgar Publishing, 2012.

KENDALL Virginia Mary / FUNK T Markus, **Child Exploitation and Trafficking Examining the Global Challenges and U.S. Responses**, Rowman & Littlefield Publishers INC, 2012.

KLOPCIC Alja, 'Trafficking in Human Beings in Transition and Post-Conflict Countries', **Human Security Perspectives** 7, Vol.1, No.1, 2004.

LIUKKUNEN Ulla / CHEN Yifeng (Editors), **Fundamental Labour Rights' in China - Legal Implementation and Cultural** Logic, Springer, 2016.

LUBAN David, 'A Theory of Crimes Against Humanity', **Yale Journal International Law**, Vol. 29, 2004.

MAHDAVI Pardis, **Gridlock: Labor, Migration, and Human Trafficking in Dubai**, Stanford University Press, 2011.

MILIVOJEVIC Sanja / SEGRAVE Marie, 'Evaluating Responses to Human Trafficking' in WINTERDYK John / PERRIN Benjamin / REICHEL Philip (Editors), **Human Trafficking Exploring the International Nature, Concerns and Complexities**, CRC Press, 2012.

MIERS Suzanne, **Slavery in the Twentieth Century: The Evolution of a Global Problem**, Rowman Altamira, 2003.

MORCOM Corin / SCHLOENHARDT Andreas, 'All about Sex?! The Evolution of Trafficking in Persons in International Law', The University of Queensland Human Trafficking Working Group Research Paper, 2011, https://law.uq.edu.au/files/4311/Evolution-of-Int-Law-relating-to- Trafficking-in-Persons.pdf (Accessed: 24 July 2017).

MACKINNON Catharine A, **Are Women Human? And Other International Dialogues**, 1st ed, Belknap Press - Harvard University Press, 2006.

NOLL Gregor, 'The Insecurity of Trafficking in International Law', in CHETAIL Vincent / TSCHOPP M Carlos (Editors), **Globalization, Migration and Human Rights: International Law Under** Review, Vol II, Bruxelles, Bruylant, 2007.

OBOKATA Tom, 'Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: Some Implications for the International Legal System', **International and Comparative Law Quarterly** Vol. 54, No. 2, 2005.

OBOKATA Tom, **Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective Towards a Holistic Approach**, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

OHCHR, 'World Conference on Human Rights', 14-25 June 1993, http://www.ohchr.org/EN/ABOUTUS/Pages/ViennaWC.aspx (Accessed: 5 April 2016).

PALMIOTTO Michael J (Editor), **Combatting Human Trafficking: A Multidisciplinary Approach**, CRC Press -Taylor & Francis Group, 2015.

PERRIN Benjamin, 'Just Passing Through? International Legal Obligations and Policies of Transit Countries in Combating Trafficking in Persons', **European Journal of Criminology**,Vol.7, No.1, 2010.

PICARELLI John, 'Human Trafficking & Organised Crime in the US & Western Europe', in Cornelius FRIESENDORF (Editor), **Strategies Against Human Trafficking: The Role of the Security Sector**, National Defence Academy and Austrian Ministry of Defence and Sports & Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2009.

PIOTROWICZ Ryszard, 'Victims of People Trafficking and Entitlement to International Protection', **Australian Year Book International Law**, Vol. 24, 2005.

PIOTROWICZ Ryszard, 'THB in 2016 – Where are we, where have we been and where are we going?', Keynote Speech, TRACE workshop, 2016, http://trace-project.eu/wp- content/uploads/2016/03/TRACE-Stockholm_Piotrowicz.pdf (Accessed: 28 March 2017).

PIOTROWICZ Ryszard, 'The Legal Nature of Trafficking in Human Beings', **Intercultural Human Rights Law Review**, Vol. 4, 2009.

PIOTROWICZ Ryszard, ''States' Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations', **International Journal Refugee Law**, Vol. 24, No. 2, 2012.

PLANT Roger, 'Forced Labour, Slavery and Human Trafficking: When Do Definitions Matter?', Anti-Trafficking Review, Vol. 5, 2013.

Protection Policy and Legal Advice Section (PPLAS) & Division of International Protection Services (DIPS), 'Refugee Protection And Human

Trafficking - Selected Legal Reference Materials', 2008, http://www.refworld.org/docid/498705862.html (Accessed: 22 December 2016).

RASSAM A Yasmine, 'Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade under Customary International Law', **Virginia Journal International Law**, Vol. 39, 1999.

ROTH Venla (Editor), **Defining Human Trafficking and Identifying its Victims a Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finish Legal Responses to Prostitution Related-Trafficking in Human Beings**, Martinus Nijhoff Publishers, 2012).

RUSEV Atanas, **Human Trafficking, Border Security and Related Corruption in the EU**, DCAF a Centre for Security Development and the Rule of Law Paper Series, 2013.

SCHABAS William A, **An Introduction to the ICC**,1st published, Cambridge University Press, 2001.

SHAH Svati P, 'Sex Work & Women's Movements', CREA Working Paper, 2011, 11, http://www.nswp.org/sites/nswp.org/files/Sex%20work%20and%20Women's%20Movements.pdf (Accessed: 1 November 2016).

SHELLEY Louise, 'Human Trafficking as a Form of Transnational Crime' in LEE Maggy (Editor), **Human Trafficking**, Portland, Willan, 2007.

SYLWESTER Joanna G, 'Fishers of Men: The Neglected Effects of Environmental Depletion on Labor Trafficking in The Thai Fishing Industry', **Pacific Rim Law & Policy Journal**, Vol. 23, 2014.

Transparency International - The Global Coalition against Corruption, 'Corruption and Human Trafficking', Working Paper 03/2011, http://issuu.com/transparencyinternational/docs/ti- working_paper_human_trafficking_28_jun_2011?mode=window&backgroundColor=%2322222 2 (Accessed: 22 August 2016).

TODRES Jonathan, 'Widening Our Lens: Incorporating Essential Perspectives in the Fight against Human Trafficking', **Michigan Journal of International Law**, Vol. 33, No.1, 2011.

TOUZENIS Kristina, **Trafficking in Human Beings - Human Rights and Transnational Criminal Law, Developments in Law and Practi-**

ces, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 2010.

UN General Assembly Official Records (GAOR), 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts', Report of the International Law Commission on the Work of its fifty-third session 56th sess, supp no 10, 2001, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (Accessed: 23 July 2017).

United Nations Meetings Coverage & Press Releases, 'Security Council Presidential Statement Says Human Trafficking Might Constitute War Crimes, as Members Consider Issue for First Time', 16 December 2015, https://www.un.org/press/en/2015/sc12165.doc.htm (Accessed: 23 July 2017).

UN Women, '1995 Beijing International Conference on Women', http://www.unwomen.org/en/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on- women (Accessed: 5 April 2016).

UN GIFT HUB, 'Trafficking of Children', http://www.ungift.org/knowledgehub/en/about/trafficking- of-children.html (Accessed: 27 February 2017).

UN News Centre, 'Human Trafficking Has No Place in Modern World, General Assembly President Says' 14 July 2014, http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=48271#.WXstQ617FmA (Accessed: 28 July 2017).

UNICEF Innocenti Centre, Handbook on the Optional Protocol on the Sale of Children, Child

Prostitution and Child Pornography, 2009, https://www.unicef- irc.org/publications/pdf/optional_protocol_eng.pdf (Accessed: 22 March 2017).

UNICEF, 'Commercial Sexual Exploitation and Sexual Abuse of Children in South Asia', 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children, 2001, 10, http://www.unicef.org/rosa/commercial.pdf (Accessed: 12 October 2016).

UNHCR, Guiding Principles on Internal Displacement 22 July 1998 ADM 1.1, PRL 12.1, PR00/98/109 <http://www.refworld.org/docid/3c3da07f7.html> accessed 13 August 2017.

UNHRC, 'Human Rights and Human Trafficking', Fact Sheet, No 36, 2014, 5, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_en.pdf (Accessed: 23 July 2017).

UNODC – UN GIFT, 'Anti-Human Trafficking Manual For Criminal Justice Practitioners – Module 4: Control Methods in Trafficking in Persons', 2009, https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP_module4_Ebook.pdf (Accessed: 19 April 2017).

UNODC, 'Model Law to Help States Fight Modern Slavery', http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2009/July/model-law-on-trafficking-in-persons-.html (Accessed: 14 September 2016).

UNODC, 'Global Report On Trafficking in Persons – 2016', United Nations Publication, 2016, http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf (Accessed 24 July 2017).

UNODC, 'Corruption and the Smuggling of Migrant', Issue Paper 2013, http://www.unodc.org/documents/human- trafficking/2013/The_Role_Of_Corruption_in_the_Smuggling_of_Migrants_Issue_Paper_UNOD C_2013.pdf (Accessed: 24 March 2017).

UNODC, 'Abuse of a Position of Vulnerability and Other "Means" within the Definition of

Trafficking in Persons', Issue Paper, 2013, http://www.unodc.org/documents/human- trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf (Accessed: 30 June 2016).

QUIRK Joel, **The Anti-Slavery Project from the Slave Trade to Human Trafficking**, University of Pennsylvania Press, 2011.

WARREN Kay, 'The 2000 UN Human Trafficking Protocol: Rights, Enforcement, Vulnerabilities' in GOODALE Mark / MERRY Sally Engle (Editors), **The Practice of Human Rights - Tracking Law between the Global and the Local**, Cambridge University Press, 2007.

WINTERDYK John / Perrin BENJAMIN / REICHEL Philip (Editors), **Human Trafficking Exploring the International Nature, Concerns and Complexities,** CRC Press, 2012.

WHITING Alex, 'Syrian Refugees in Lebanon at Growing Risk of Forced Labour - Anti-Slavery Activists', **Thomson Reuters Foundation**, 12 April 2016, http://news.trust.org/item/20160412000354-xxo0i (Accessed: 28 July 2018).

WILT Harmen van der 'Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts', **Chinese Journal of International Law**, Vol. 13, 2014.

ZIMMERMAN Cathy, 'Migrant Children Who Don't Make the Front Page', **The Chariot Views from the London School of Hygiene and Tropical Medicine**, 2015, http://blogs.lshtm.ac.uk/news/2015/09/15/migrant-children-who-dont-make-the-front-page/ (Accessed: 19 December 2016).

International Law Treaties / Court Decisions

Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others (96 UNTS 271) done 2 December 1949, entered into force 25 July 1951 (1949 Trafficking Convention).

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 18 December 1979 United Nations, Treaty Series, vol 1249, entered into force 3 September 1981 (CEDAW).

Convention on the Rights of the Child (1577 UNTS 3) done 20 November 1989, entered into force 2 September 1990 (CRC).

ILO Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour C182, 87th ILC session 17 Jun 1999, entered into force 19 November 2000 (Worst Forms of Child Labour Convention), art 3(a).

International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic (3 LNTS 278) done 4 May 1910, entered into force 8 August 1912.

International Convention for the Suppression of Traffic in Women and Children (9 LNTS 415) done 30 September 1921, entered into force 15 June 1922, amended by a Protocol approved by the General Assembly on 20 October 1947 (53 UNTS 13).

Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime 15 November 2000, GA Res 55/25 Annex IIII, UN GAOR, 55th Sess, Supp No 49, at 62, UN Doc. A/45/49 (Vol I) (2001) entered into force 28 January 2004 (Migrant Smuggling Protocol);

Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime A/RES/55/2515 entered into force 25 December 2003 (Trafficking Protocol);

Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their

Parts and Components and Ammunition, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime GA Res 255, 15 November 2000 UN Doc A/RES/55/255 (2001), done 31 May 2001, entered into force 3 July 2005 (Firearms Protocol).

Prosecutor v Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Trial Judgment), IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 22 February 2001, (Kunarac et als).

Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010) (2187 UNTS 90) adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002.

Universal Declaration of Human Rights adopted by UNGA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810 at 71, 10 December 1948 (UDHR).

United Nations Convention Against Transnational Organised Crime (2225 UNTS 209) done 15 November 2000, entered into force 29 September 2003 (Organised Crime Convention).

THE PROTECTION OF THE RIGHT TO FOOD DURING ARMED CONFLICTS: THE SCOPE OF INTERNATIONAL LAW AND THE CASE OF SYRIA*

Arş. Gör. Rabia İlay AKBULUT PEERZADA**

Abstract: The right to food, as a basic human right, is on the agenda of the international community since the emergence of international human rights law. It is recognised not only by the Universal Declaration of Human Rights, but also by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). States Parties to the ICESCR are under the obligation of at least the realization of the minimum essential level of the right to food, namely freedom from hunger, even under the circumstances of armed conflicts. The 1949 Geneva Conventions and its Additional Protocols of 1977 also impose obligations on States regarding access to food, as a basic human need, and prohibit the use of starvation as a weapon. However, in today's world, freedom from hunger is violated during armed conflicts by exposing thousands of people to starvation. The protracted armed conflict in Syria is a case in point, violating the rules of international law and oblige us to question what the right to food means during armed conflicts. This article examines the significance of the freedom from hunger during armed conflicts in terms of the conflict in Syria by discussing the scope of the right to food in international law.

Key Words: Right to food, freedom from hunger, armed conflict, war crimes, crimes against humanity

---

* On author's request: This article is derived from the PhD. study on the subject of "The Right to Food in International Law" (Uluslararası Hukukta Gıda Hakkı) conducted at İ.D. Bilkent University Graduate School of Economics and Social Sciences (Faculty of Law). I am greatly thankful to the UN Special Rapporteur on the Right to Food Prof. Dr. Hilal ELVER and Prof. Dr. Yücel ACER for their comments and constructive criticisms for the earlier draft of this article.

** Makale Geliş Tarihi: 20.02.2019. Makale Kabul Tarihi: 12.05.2019.

İ.D. Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi; Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-3934-7901; rabia.ilay@gmail.com).

SİLAHLI ÇATIŞMALAR ESNASINDA GIDA HAKKININ KORUNMASI: ULUSLARASI HUKUKUN KAPSAMI VE SURİYE ÖRNEĞİ

Öz: Temel bir insan hakkı olarak gıda hakkı, uluslararası insan hakları hukukunun doğuşundan beri uluslararası toplumun gündemindedir. İlgili hak, sadece İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile değil, aynı zamanda hukuken bağlayıcı olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Antlaşma ile de tanınmıştır. ESKHUS'ye taraf olan devletler gıda hakkının asgari gerekli seviyesini oluşturan açlıktan kurtulma hakkını silahlı çatışma şartları altında dahi korumakla yükümlüdürler. 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 Ek Protokolleri de temel bir insan ihtiyacı olan gıdaya erişim hakkını korumaya yönelik hükümler içermekte olup açlığın silah olarak kullanılmasını yasaklamıştır. Bununla birlikte, günümüzde silahlı çatışmalar esnasında pek çok insan açlıktan ölmeye terk edilmek suretiyle açlıktan kurtulma hakkı ihlal edilmektedir. Bu bağlamda, Suriye'de yaşanan silahlı çatışma, milletlerarası hukukun kurallarını ihlal eden ve bizi gıda hakkının silahlı çatışmalar esnasında gerçekten bir anlama sahip olmadığını sormaya zorunlu kılan tipik bir örnektir. Bu makale, gıda hakkının milletlerarası hukuktaki kapsamını tartışmak suretiyle, açlıktan kurtulma hakkının silahlı çatışmalar esnasında taşıdığı önemi, Suriye'de yaşanan çatışma açısından incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Gıda hakkı, açlıktan kurtulma hakkı, silahlı çatışma, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar

I. INTRODUCTION

The right to food is on the agenda of the international community since the Universal Declaration of Human Rights (hereinafter UDHR) accepted in 1948. Following the UDHR[1], in 1966 the recognition of human rights including the right to food was empowered by the adoption of the Twin Covenants, namely the International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter ICCPR)[2] and the International Covenant on Economic, Social

---

1 UDHR, Art. 25(1): ***Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food****, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control*. [emphasis added.]

2 The right to food recognised indirectly by the ICCPR in relation to the right to life. The treaty organ of the ICCPR, Human Rights Committee interpreted the right to life in a broad manner by calling states to "*take all possible measures to reduce infant mortality and to increase life expectancy, especially in adopting measures to eliminate malnutrition and*

and Cultural Rights (hereinafter ICESCR)[3], both having direct or indirect implications on the right to food.

In addition to these conventional obligations, there have been political commitments to combat against hunger for decades around the globe, particularly the World Food Summit in 1996[4] targeted to halve the number of hungry people by 2015[5] and the Millennium Development Summit in 2000[6], which consolidated this target by promising to halve the proportion of people who suffer from hunger by 2015[7]. However, the international community was unable to achieve this goal by the targeted time. According to the Food and Agriculture Organization (FAO), there were still 795 million hungry people in 2015 around the globe[8].

---

epidemics." OHCHR, CCPR General Comment No. 6: Art.6 (Right to Life) Adopted at the Sixteenth Session of the Human Rights Committee, on 30 April 1982, par. 5. In its recent general comment on the right to life, the HRC addressed *"the duty to protect life also implies that States parties should take appropriate measures to address the general conditions in society that may give rise to direct threats to life or prevent individuals from enjoying their right to life with dignity."* The HRC pointed out that *inter alia* these general conditions may include widespread hunger and malnutrition. OHCHR, Human Rights Committee, General Comment No. 36 (2018) on Art.6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life. CCPR/C/GC/36, 30. October. 2018, par. 26. ICCPR, Art.1 concerning the right to self-determination has also implications with regard to the right to food stating that *"In no case may a people be deprived of its own means of subsistence."*

3 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 3 January 1976, in accordance with Art.27; https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr. aspx (Last visited: 18.04.2019).

4 The World Food Summit was held at FAO Headquarters in Rome, Italy, from 13 to 17 November 1996, in conformity with the FAO Conference Resolution 2/95 of 31 October 1995. For further information see http://www.fao.org/wfs/resource/english/resolute.htm (Last visited: 18.04.2019)

5 World Food Summit, Rome Declaration on World Food Security, 13-17 November 1996, Rome, Italy; http://www.fao.org/WFS/ (Last visited: 04.12.2018)

6 Millennium Summit (6-8 September 2000); https://www.un.org/en/events/pastevents/millennium_summit.shtml (Last visited: 18.04.2019)

7 UN Millennium Declaration, Resolution adopted by the General Assembly, A.RES.55/2, 18 September 2000; https://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm (Last visited: 18.04.2019)

8 FAO, The State of Food Insecurity in the World 2015, Meeting the 2015 international hunger targets: taking stock of uneven progress, Rome, 2015; http://www.fao.org/3/a-i4646e.pdf (Last visited: 04.12.2018).

In 2015, international community took another step for combating against hunger within the framework of 2030 Sustainable Development Goals[9]. One of the targets to be reached is to end hunger by 2030[10]. However, the figures of today's world show that the international community has fallen further behind of its goal, and it seems impossible to end hunger by 2030 unless more deliberate measures are taken.

According to the FAO Report, the number of chronically undernourished people in the world has increased to 821 million in 2017, which means one out of nine people is undernourished[11]. The report of the former year also indicates that the number of hungry people tends to rise after a prolonged decrease and the number of chronically undernourished people increased up to 815 million in 2016, from 777 million in 2015[12]. The Report underlines that the main reason for this increase is the protracted conflicts in different parts of the world, by pointing out that; "*Conflict is a key driver of situations of severe food crisis and recently re-emerged famines, while hunger and undernutrition are significantly worse where conflicts are prolonged and institutional capacities weak*" [13].

---

9 2030 Sustainable Development Goals; https://una-gp.org/the-sustainable-development-goals-2015- 2030/ (Last visited: 18.04.2019)

10 See UNGA Res., Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1, 21 October 2015;https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/glo balcompact/A_RES_70_1_E.pdf (Last visited: 18.04.2019).

11 FAO, The State of Food Security and Nutrition in the World Building Climate Resilience for Food Security and Nutrition, Rome, 2018; http://www.fao.org/3/I9553EN/i9553en.pdf (Last visited 13.12.2018).

12 FAO, The State of Food Security and Nutrition in the World Building Resilience for Peace and Food Security, Rome, 2017; https://docs.wfp.org/api/documents/WFP-0000022419/download/?_ga=2.10010140 5.228441373.1507189 274-313392846.1507189274 (Last visited 04.12.2018).

13 FAO, The State of Food Security and Nutrition in the World Building Resilience for Peace and Food Security, p.ii; The UN Special Rapporteur on the Right to Food Hilal Elver also addressed how contemporary armed conflicts affected the right to food of people living in the conflict zones and inadequacy of international response in return for breaches of international law. See generally, United Nations General Assembly, Right to Food, A/72/188, 21 July 2017; https://digitallibrary.un.org/record/1301068 (Last visited: 18.04.2019) [Hereinafter Elver Report.] See also UN Security Council Resolution 2417 (2018) recalling *"the link between armed conflict and violence and conflict-induced food insecurity and the threat of famine,"* and calling on "*all parties to armed conflict to comply with their obligations under*

The recent report of the FAO also draws attention to the countries in armed conflict by categorizing them as high-risk countries and defines "high risk" as *"when there is a high likelihood of a new emergency or a significant deterioration of the current situation with potentially severe effects on agriculture and food security"* [14]. The FAO also invites its partners to "*start implementing early actions on a no-regret basis"* [15].

Although 90 per cent of the hungry population is chronically hungry and only 10 per cent of this number suffers from hunger because of armed conflicts, it is widely accepted that armed conflicts not only exacerbate hunger and malnutrition around the globe but also epitomize the worst form of this global problem by causing starvation in conflict-affected regions[16]. Moreover, contrary to the general belief, casualties in conflict affected areas arise from hunger and disease, rather than the armed conflict itself[17]. FAO also points out that the proportion of undernourished people living in conflict zones is three times more than that in developing countries[18].

Today, the ongoing conflicts in Syria, Yemen, South Sudan and Northern Nigeria are clear examples of these facts. In 2015, instead of being able to celebrate the achievement of goals set in the international summits mentioned above, the international community was shocked by the images of starving people in different provinces of Syria, namely Zabadani and Madaya. By the end of 2016 and 2017, more soul-shattering images from Aleppo and Eastern Ghouta appeared on the media in spite of the United Nations Security Council Resolutions regarding delivery of humanitarian assistance to the conflict affected-areas in Syria.

---

international humanitarian law" . UN/S/RES/2417(2018), Adopted by the Security Council at its 8267th meeting on 24 May 2018, par.1.

14 The high-risk countries include Afghanistan, Cameroon, Democratic Republic of the Congo, Syrian Arab Republic, South Sudan, Yemen. See FAO, Early Warning Early Action report on food security and agriculture 2019 January- March, Rome, 2019; http://www.fao.org/3/CA2892EN/ca2892en.pdf (Last visited: 20.02.2019).

15 FAO, Early Warning Early Action report on food security and agriculture 2019 January-March.

16 OHCHR, The Right to Adequate Food, UN Fact Sheet 34, 2010, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34en.pdf (Last visited 23.12.2018)

17 Elver Report, 2017, par. 9.

18 FAO, Peace and Food Security: Investing in resilience to sustain rural livelihoods amid conflict, Rome, 2016; http://www.fao.org/3/a-i5591e.pdf (Last visited: 13.11.2018).

Similarly, the armed conflicts in Yemen did not only caused civilian casualties, however worsen the situation of food insecurity in the country. By the beginning of 2017, the worst situation broke out in South Sudan, causing the declaration of famine in some parts of the country. Although the situation has been ameliorated through the humanitarian assistance, in some parts of the country, such as Unity and Jonglei, 45.000 people are still under starvation risk and the general picture of food security in the country is not promising[19]. By the same token, the recent joint-report prepared by the FAO and World Food Programme (WFP) and the statements of the UN officials warn that people in Yemen, Northern Nigeria and Somalia are on the brink of famine arising from the conflicts, if the measures are not taken immediately[20].

These circumstances of today's world make us question whether international law offers material solutions for the problem of armed conflict driven starvation, despite the fact that there is an explicit legal basis for the protection of the right to food and protecting civilians from starvation during armed conflicts, respectively in International Human Rights Law (IHRL) and International Humanitarian Law (IHL).

II. THE PROTECTION OF THE RIGHT TO FOOD IN INTERNATIONAL LAW

1. The Right to Food in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

The right to food is explicitly recognised in Article 11(1) of the ICE-

---

19 UN Special Rapporteur on the Right to Food, Famine Watch, South Sudan, https://hilalelver.org/media_coverage/famine-watch/ (Last visited 26.12.2018).

20 Monitoring food security in countries with conflict situations, A joint FAO/WFP update for the United Nations Security Council (January 2018); http://www.fao.org/3/I8386EN/i8386en.pdf (Last visited 24.12.2018) for the detailed analysis of food security in countries with conflict situations. (Hereinafter FAO/WFP Update). See also UN News, "Yemen: 'Time is running out' to head off devastating famine, warns UN food agency chief", 19 September 2018; https://news.un.org/en/story/2018/09/1019752 (Last visited: 12.11. 2018); UN News, "From droughts to floods in Somalia; displacement and hunger worsen, says UN", 8 June 2018; https://news.un.org/en/story/2018/06/1011741 (Last visited: 12.11.2018); UN News, "Nigeria: Famine averted but millions still at risk, stresses top UN relief official", 13 September 2018; https://news.un.org/en/story/2017/ 09/564812-nigeria-famine-averted-millions-still-risk-stresses-top-un-relief-official (Last visited: 12.11.2018).

SCR, under the scope of the right to an adequate standard of living including adequate food, clothing, and housing. According to the Article 11(1):

"The States Parties to the present Covenant recognise the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent"[21].

The 'freedom from hunger', as a sub-norm, within the scope of the 'right to adequate food' is separately recognised in the second paragraph of the same article as:

"The States Parties to the present Covenant, recognizing the fundamental right of everyone to be free from hunger, shall take, individually and through international co-operation, the measures, including specific programmes,…"[22].

It is the only right called "fundamental" in the Covenant and accepted as the minimum core of the right to food which means states are under obligation to ensure at least this minimum level of the right under any circumstances including man-made disasters such as armed conflicts.

It is pointed out by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (hereinafter CESCR) "*a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of the rights is incumbent upon every State party"*[23]. In this regard, Committee also emphasised the importance of the minimum core obligation by expressing that *"If the*

---

21 ICESCR, Art. 11(1). [Emphasis added.]

22 ICESCR, Art. 11(2). [Emphasis added.]

23 OHCHR, CESCR General Comment No.3: The Nature of States Parties' Obligations (Art.2, Par.1, of the Covenant), Adopted at the Fifth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 14 December 1990, par. 10. [Hereinafter General Comment 3] (General Comments are authoritative interpretations prepared by human rights treaty bodies regarding the provisions of its corresponding human rights treaty. There are general comments on specific issues of human rights such as the rights of persons with disabilities, the role of national human rights institutions etc. Even though general comments do not have a binding effect as soft law instruments, they have authoritative effect on states as a guidance on how to fulfil their obligations under the relevant treaty.) For detailed analysis of the minimum core obligation see also YOUNG, Katherine, "The Minimum Core Obligation of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", **Yale Journal of International Law**, Vol. 33, 2008, pp. 113-175.

Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its raison d'être" [24].

This aspect of the state obligations regarding the right to food is also underlined by the CESCR in the General Comment 12 which clarifies the meaning of the right in question in detail. According to the CESCR, *"Violations of the Covenant occur when a State fails to ensure the satisfaction of, at the very least, the minimum essential level required to be free from hunger"* [25]. In order to realize freedom from hunger as a minimum essential level of the right to food, *"the State has to demonstrate that every effort has been made to use all the resources at its disposal in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations"* [26].

Freedom from hunger, as a basic human right, is also accepted as a part of customary international law which is binding on all states irrespective of the fact that it is a party to the ICESCR or not[27].

The basic idea of IHRL is to provide legal protection for everyone regardless of their race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status[28]. In the situations of armed conflict, three main questions arise with respect to the applicability of IHRL: (1) does IHRL apply during armed conflict? (2) if so, how do human rights obligations apply to matters also covered by the IHL? (3) does IHRL apply extraterritorially[29]?

---

24 General Comment 3, par.10.

25 OHCHR, CESCR General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11), Adopted at the Twentieth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 12 May 1999, par.17. [Hereinafter General Comment 12].

26 General Comment 12, par.17. See also General Comment 3, par.10.

27 NIADA Laura, "Hunger and International Law: Far-Reaching Scope of the Human Right to Food", **Connecticut Journal of International Law**, Vol. 22, 2006-2007, p. 166.; CHEN Ying, "The Right to Food", **European Journal of Law Reform**, Vol. 12, Issue 3-4, 2010, p. 171; KEARNS III Anthony Paul, "The Right to Food Exists Via Customary International Law", **Suffolk Transnational Law Review,** Vol. 22, 1998, p. 223.

28 UDHR, Art. 2.

29 For a detailed discussion on the applicability of human rights obligations in situations of armed conflict, see LUBELL Noam, "Parallel Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law", **Israel Law Review**, Vol. 40, No. 2, 2007, pp. 648-660; ORAKHELASHVILI Alexandre, "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence", **The European Journal of International Law**, Vol. 19, No. 1, 2008, pp. 161-182.

The answer of the first question is that IHRL is applicable at all times without excepting internal violence, disturbances, tensions, public emergencies and international armed conflicts[30]. To be more precise, human rights treaties remain applicable both in times of international and non-international armed conflicts unless the human rights treaty itself recognises derogations to cease the applicability of concerned treaty in certain situations[31].

The questions with regard to the applicability of human rights obligations during armed conflicts were also evaluated by the International Court of Justice (ICJ) in various cases[32]. The answer of the second question was given by the Court in *the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* case (Hereinafter the *Wall* Case). The Court explicated the relationship between IHRL and IHL:

"As regards, the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be ex-

---

30 The applicability of human rights during armed conflicts was also recognised by the UN Security Council Resolution 237 on the situation in Middle East. According to the said Resolution, the Security Council underlined that *"essential and inalienable human rights should be respected even during the vicissitudes of war"*. See UN/S/RES/237 (1967) Adopted unanimously at the 1361st meeting, on 14 June 1967. By the same token, see also UNGA Res. 2675 (XXV) on Basic Principles for the Protection of Civilian Populations in Armed Conflicts, 9 December 1970; UNGA Res. 2676 (XXV) on Respect for Human Rights in Armed Conflicts, 9 December 1970; UNGA Res. 2677 (XXV) on Respect for Human Rights in Armed Conflicts, 9 December 1970.

31 OHCHR, International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict, New York and Geneva, 2011; https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict.pdf (Last visited: 11.11.2018); SCHMID Evelyne, **Taking Economic, Social and Cultural Rights Seriously in International Criminal Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 58-59; GIACCA Gilles, "The Relationship between Economic, Social and Cultural Rights and International Humanitarian Law", in RIEDEL Eibe/GIACCA Gilles/GOLAY Christophe, **Economic, Social, and Cultural Rights in International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 308. [Hereinafter GIACCA, 2014a.] Some of the international human rights treaties contain derogation clauses which allow the suspension of rights during states of emergency including armed conflicts. For instances see ICCPR, Art. 4; European Convention on the Protection of Human Rights (ECHR), Art. 15; American Convention on Human Rights, Art. 27.

32 For detailed analysis of these cases, see MATHESON Michael J., **International Civil Tribunals and Armed Conflict**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2012, pp. 323-332.

clusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, lex specialis, international humanitarian law" [33].

In the *Nuclear Weapon* case, the Court confirmed that the protection of ICCPR did not cease in times of armed conflict, except certain provisions may be derogated from by the operation of Article 4 of the Covenant[34]. However, the Court concluded that respect for the right to life was not such a provision and was applicable in hostilities[35]. It should be also noted that in the same case, the ICJ clarified that the right to life could only be applied in accordance with the relevant provisions of *lex specialis*, IHL. According to the Court:

"… whether a particular loss of life, through the use of certain weapon in warfare is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself.[36]*"*

The Court also applied various human rights treaties, including the ICCPR, the Convention on the Rights of Child and the African Charter on Human and People's Rights in the *Congo* case. The Court found that killings, torture and destruction of houses by the Ugandan forces had violated related provisions of the said human rights treaties[37].

---

33 *Legal Consequences of the Construction of a Wa11 in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 2004*., par. 106. In this case, The Court found that the construction of the Wall and related restrictions on civilians violated both IHRL and IHL. *Legal Consequences of the Construction of a Wa11 in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 2004*, par. 134.

34 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*., paras. 24-25.

35 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, paras. 24-25. The Court reiterated the same opinion regarding the protection offered by human rights in case of armed conflict in the *Legal Consequences of the Construction of a Wa11 in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 2004*, par. 106; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, par. 216.

36 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*., par. 25.

37 *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, paras. 216-220.

Regarding the third question, it might be said that the extraterritorial application of human rights treaties is of particular relevance to armed conflict, since military operations of one state in foreign territory affect the population of another state. In the *Wall* case, the ICJ considered the issue by interpreting Article 2(1) of the ICCPR, which applied to *"all individuals within its territory and subject to its jurisdiction"*. The Court stated:

"…while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory. Considering the object and purpose of the International Covenant on Civil and Political Rights, it would seem natural that even such is the case, State parties to the Covenant should be bound to comply with its provisions"[38].

In the *Wall* case, the ICJ came to the same conclusion with respect to the applicability of the ICESCR and the Convention on the Rights of Child in occupied Palestinian territory[39].

In parallel with the decisions of the ICJ on the applicability of the IHRL, it might be said that the applicability of the rights recognised in the ICECSR continues even during armed conflicts, due to the fact that the Covenant does not include a derogation provision[40]. The applicability of economic, social and cultural rights (ESCR) during armed conflicts has been also recognised and confirmed by the international practice of various UN Charter-based organs and human rights bodies, and prevalent state practice[41]. That is to say, any emergency situation, including armed conflicts, does not allow states to arbitrarily or unlawfully interfere with the rights recognised in the ICESCR[42].

The right to food, as a socio-economic right, therefore, is applicable both in peacetime and during armed conflicts. In other words, the protec-

---

38 *Legal Consequences of the Construction of a Wa11 in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 2004*., par. 109.

39 *Legal Consequences of the Construction of a Wa11 in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 2004*., par. 112-113.

40 See generally MÜLLER Amrei, "Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights", **Human Rights Law Review**, Vol. 9, No. 4, 2009, pp. 557-601.

41 See generally GIACCA Gilles, **Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflicts**, Oxford University Press, Oxford, 2014. [Herineafter GIACCA, 2014b]; GIACCA, 2014a, pp. 308-309.

42 SCHMID, 2015, p. 59.

tion of the right to food by IHRL continues during armed conflicts by being complemented by IHL applicable in such situations[43]. Particularly, freedom from hunger, as a minimum core content of the right to food should be protected under all circumstances[44].

The vital importance of the fulfilment of minimum core obligations is also articulated in the report of the United Nations High Commissioner for Human Rights (UNHCHR) dealing with the protection of ESCR[45]. In this report, the UNHCHR also lays emphasis on that *"the adoption of deliberately retrogressive measures constitutes a prima facie violation of the Covenant"* [46] by referring to the relevant general comments of the CESCR. In addition to that, the UNHCHR reminds that *"Retrogressive measures cannot be justified solely on the basis of the existence of an armed conflict or other emergency"* [47].

It is obvious that armed conflicts pose a risk of adoption of retrogressive measures, since the allocation of resources totally changes because of the change in the priorities of the states during armed conflicts. The states prioritise the military and security expenses instead of the fulfilment of human rights in a situation of conflict. In other respects, it becomes harder for states to collect taxation revenues to create sources to protect human rights while the collapse of infrastructure necessary for the fulfilment of ESCR such as the right to health, education and food causes more expenses on states.

Even under these compelling circumstances of armed conflicts, states, as a matter of priority, are obliged to devote their maximum available resources to meet minimum core obligations, if could not to do so, it must show that every effort has been made in this respect[48]. This obligation requires the state to avoid taking retrogressive measures even in situations of armed conflicts and at least maintain the existing protection level with regard to ESCR, including the right to food[49].

---

43 ZEIGLER Jean/ GOLAY Christophe/ MOHAN Claire / WAY Sally-Anne, **The Fight for the Right to Food**, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2011, p. 101.

44 YIGZAW Destaw A., "Hunger and the Law: Freedom from Hunger as a Freestanding Right", **Houston Journal of International Law**, Vol. 36(3), 2014, p. 712.

45 UNGA, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, E/2015/59, 19 May 2015, paras. 19, 22, 27, 28.

46 UNGA, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, par. 25.

47 UNGA Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, par. 26.

48 UNGA Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, par. 30.

49 UNGA Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, par. 30.

General Comment 12 reveals the content of the right to food and corresponding state obligations. According to the CESCR, the food should be adequate, available, accessible and sustainable in order to the realization of the relevant right[50].

Following the clarification of the content of the right to food, the Committee also enucleates the obligations of states as follows:

> *"The right to adequate food, like any other human right, imposes three types or levels of obligations on States parties: the obligations to respect, to protect and to fulfil. In turn, the obligation to fulfil incorporates both an obligation to facilitate and an obligation to provide. The obligation to respect existing access to adequate food requires States parties not to take any measures that result in preventing such access. The obligation to protect requires measures by the State to ensure that enterprises or individuals do not deprive individuals of their access to adequate food. The obligation to fulfil (facilitate) means the State must proactively engage in activities intended to strengthen people's access to and utilization of resources and means to ensure their livelihood, including food security. Finally, whenever an individual or group is unable, for reasons beyond their control, to enjoy the right to adequate food by the means at their disposal, States have the obligation to fulfil (provide) that right directly. This obligation also applies for persons who are victims of natural or other disasters"*[51].

---

50 The CESCR elucidates the meanings of these concepts as follows: *"The concept of adequacy is particularly significant in relation to the right to food since it serves to underline a number of factors which must be taken into account in determining whether particular foods or diets that are accessible can be considered the most appropriate under given circumstances for the purposes of Article 11 of the Covenant. The notion of sustainability is intrinsically linked to the notion of adequate food or food security, implying food being accessible for both present and future generations. The precise meaning of "adequacy" is to a large extent determined by prevailing social, economic, cultural, climatic, ecological and other conditions, while "sustainability" incorporates the notion of long-term availability and accessibility. The Committee considers that the core content of the right to adequate food implies: The availability of food in a quantity and quality sufficient to satisfy the dietary needs of individuals, free from adverse substances, and acceptable within a given culture; The accessibility of such food in ways that are sustainable and that do not interfere with the enjoyment of other human rights."* General Comment 12, paras. 7-8.

51 General Comment 12, par. 15.

Furthermore, the CESCR clarified the situations causing the violation of the right to food[52]. *Inter alia*, *"denial of access to food to particular individuals or groups, the prevention of access to humanitarian food aid in international conflicts or other emergency situations"*[53] are listed as the main reasons for the violation of the right to food during armed conflicts.

Whereas the language of the General Comment 12 is state centred and the violations of the right to food require state responsibility because of the nature of IHRL, the massive and systematic violations of the right to food can also require individual criminal responsibility along with state responsibility[54] as discussed in detail below.

2. Implications of the Right to Food in the 1949 Geneva Conventions and its Additional Protocols

IHL, as a branch of international law, is established on the principle of humanity- also referred to as the principle of unnecessary suffering- [55] which indicates that all humans have the capacity and ability to show respect and care for all, even their sworn enemies. It does not only limit means and methods of warfare in order to preserve human life and dignity, but also includes provisions for minimizing human suffering and the protection of civilians in the midst of war[56]. Within this context, before the birth of IHRL,

---

52 See General Comment 12, par. 19 for state actions and omissions leading to the violation of the right to food.

53 General Comment 12, par. 19.

54 See GIACCA, 2014a, p. 326; SKOGLY Sigrun, "Crimes Against Humanity – Revisited: Is There a Role for Economic and Social Rights?", **The International Journal of Human Rights,** Vol. 5, No. 1, Spring 2001, pp. 69-71; KEARNEY Diana, "Food Deprivations as Crimes Against Humanity", **International Law and Politics,** Vol. 46, 2013 pp. 263-288; HERIK Larissa ven den, "Economic, Social and Cultural Rights International Criminal Law's Blind Spot?", in RIEDEL Eibe/GIACCA Gilles/ GOLAY Christophe, **Economic, Social, and Cultural Rights in International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 354-356.

55 BLANK Laurie R./NOONE Gregory P., **International Law and Armed Conflict Fundamental Principles and Contemporary Challenges in the Law of War**, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2013, p. 41.

56 For a detailed study on the protection of civilians in the situations of armed conflict, see BATUR YAMANER Melike, **Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması**, Arıkan, İstanbul, 2007. For an overview of IHL, see also TURNS David, "The Law of Armed Conflict (International Humanitarian Law)", in **International Law**, MALCOLM D. Evans (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 821-851.

IHL imposed obligations regarding the protection of food as a basic need of civilians and prisoners of war during armed conflicts, albeit these food-related rules are not characterized as a human right to food.

The importance of the protection of the right to food during armed conflicts is emphasised by the International Committee of the Red Cross (ICRC) as the main body to provide humanitarian help for people affected by conflict and armed violence and to promote the laws that protect victims of war.

As the ICRC remarks that:

> *"It is almost a platitude to note that armed conflict is major cause of denial of food or of access to food given the obvious link between war and the malnutrition, disease and death usually left in its wake. Curiously, however, the ongoing international debate on the right to food has unfolded largely without reference to either armed conflict as a key reason for lack of food or to international humanitarian law as a body of rules intended to ensure food in armed conflict situations"* [57].

Having criticized the negligence of this aspect of the issue in the international discussion on the right to food, the ICRC underlines that the provisions of IHL must be considered as an essential component of the legal framework on the right to food[58]. Likewise, IHL and IHRL must be mutually reinforced for the protection of the right to food in times of armed conflicts[59].

The principle of distinction- also referred as discrimination- as the basic principle of IHL[60] requires that *"In order to ensure respect for and protec-*

---

57 Statement made by the ICRC to the Commission on Human Rights. 57th Annual Session of the United Nations Commission on Human Rights- Agenda item 10-27 April 2001, https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/statement/57jr49.htm (Last visited: 21.12.2018).

58 Statement made by the ICRC to the Commission on Human Rights. See also PEJIC Jelana, "The Right to Food in Situations of Armed Conflict: The Legal Framework", **Revue internationale de la Croix-Rouge,** Vol. 83, No. 844, 2001, pp. 1097-1109; MACALISTER-SMITH Peter, "Protection of civilian population and the prohibition of starvation as a method of warfare: Draft Texts on International Humanitarian Assistance in Disaster Situations", **Review of the International Red Cross**, Vol.31, Issue. 284, October 1991, pp. 440-459 for a detailed analysis of the food-related provisions of IHL.

59 Elver Report, 2017, par. 64.

60 Customary IHL, Rule 1: "*The principle of distinction between civilians and combatants: The parties to the conflict must all times distinguish between civilians and combatants. Attacks may only be directed against combatants. Attacks must not be directed against civilians."*

tion of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives" [61].

This principle also applies in non-international armed conflicts to distinguish between persons taking a direct part in hostilities and those not directly participating in the conflict or who have ceased to do so because, for example, they are *hors de combat* or have surrendered, who are entitled to be treated humanely and to receive respect for their person, religious practices, honour and convictions without adverse distinction[62].

Apart from this basic rule, IHL includes food-related provisions in preventative nature namely, the prohibition of the use of starvation as a weapon, the prohibition of destruction of crops, foodstuff, water and other objects which are essential for the survival of civilians and the prohibition of forced displacement[63]. In addition to these rules, if prevention fails, thereby malnutrition and hunger become widespread, rules of humanitarian assistance are applied to conduct relief actions for the people in need[64].

ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule1 (Last visited: 24.04.2019). See also, BLANK/NOONE, pp. 44-46.

61 Additional Protocol Additional to Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Additional Protocol I), 8 June 1977, Art. 48.

62 Additional Protocol Additional to Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Additional Protocol II), 8 June 1977, Art. 4(1), Art. 13.

63 Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in time of War of 12 August 1949, Art.49 [Hereinafter Geneva Convention IV] and 1977 Additional Protocol II, Art. 17. Forced displacement one of the main reasons for civilians to lose their livelihood. Particularly, in regions most of population earning a livelihood based on agriculture is widely affected by forced displacement. Unlawful displacement of population constitutes a war crime under the Rome Statute in both international and non-international armed-conflict. See Rome Statute, Art. 8 (2)(a)(vii) and (b)(viii) for international armed conflict and Art. 8(2)(e)(viii) for non-international armed conflict.

64 Geneva Convention IV, Art. 23, 30, 142, 1977 Additional Protocol I, Art. 70(1) for the rules on humanitarian assistance in international armed conflict. Rules applicable to non-international conflicts are discussed below. IHL also includes rules regarding the protection of specific categories of persons, particularly vulnerable people, such as children, women, prisoners of war, civilian internees and detainees. These rules were not referred, because of the limited scope of this study.

The interdependent relationship between the protection of the right to food and armed conflict becomes clearer in our world, since contemporary armed conflicts are the leading cause for exacerbating the violations of the right to food, by creating its vicious cycle. To more precise, today, conflicts lead to hunger and hunger contributes to more violence[65]. Conflict also aggravates existent inequalities within society by causing increase in food insecurity of existing disadvantaged and vulnerable groups, and triggers massive displacement within and outside of the country[66].

The current data shows that food security worsens and the right to food violations arising from states actions or omissions are the prevalent problem in conflict-affected areas[67]. While in some cases, states use food as a weapon to the opposing groups by destroying or poisoning crops, blocking relief supplies, displacing them from their homes with the aim of depriving enemy of resources for their livelihood[68], in some other cases, particularly vulnerable groups, such as women, children, detainees and prisoners of war are left to starve[69].

All these instances do not only result in the violation of the right to food which necessitates state responsibility, but also constitutes a war crime[70]

---

65 The recent report prepared by the FAO and WFP listed the countries with conflict situations as Afghanistan, Burundi, Central African Republic, Democratic Republic of the Congo, Guinea-Bissau, Haiti, Iraq, Lebanon regarding the Syrian refugees, Liberia, Mali, Somalia, South Sudan, Sudan, Syrian Arab Republic, Ukraine and Yemen. The report demonstrates that how armed conflicts have affected food security, how the right to food has been overtly violated every day and how hunger has exacerbated the conflict in these regions. See FAO/WFP Update for the detailed analysis of food security in countries with conflict situations.

66 Elver Report, 2017, par. 8.

67 See generally FAO/WFP Update.

68 For the subdistricts effected by the loss of livelihood caused by the conflict in Syria, see Food Security Situation in Syria, Expanded version of Food Security Sector Humanitarian Needs Overview 2018, p. 6.; https://hno-syria.org/data/downloads/fss.pdf (Last visited: 29.04.2019).

69 For how the use of starvation effected vulnerable groups, such as children and elderly in Syria, see Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, A/HRC/31/68, 11 February 2016, par. 124.

70 Rome Statute, Art. 8(2)(a)(i), Art. 8(2)(c)(i); Geneva Convention IV, Art. 50, 51, 130, 147; Common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions; 1977 Additional Protocol II, Art. 4(2)(a). Also see General Comment 12, par. 19; SCHMID Evelyn, "War Crimes Related to Violations of Economic, Social and Cultural Rights" **ZaöRV**, Vol. 71, 2011, pp. 531-532.

which brings individual criminal responsibility under international law. At this point, the necessity for individual responsibility in the case of violation of international law must be noted as it was set forth in the wording of Nurnberg Tribunal as follows: *"crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced"* [71].

A. Siege as a Tactic of War

There is no definition of the term "siege" and there are few references to sieges in IHL rules[72]. In the broadest sense, "*a siege can be understood as the military encirclement of an area with the imposition of restrictions on the entry and exit of essential goods with the aim of forcing its surrender"* [73].

The use of siege as a tactic of war is not prohibited under IHL as long as its purpose is to achieve a military objective and it is in conformity with relevant IHL rules[74]. For parties to an armed conflict, the use of siege is not

---

Although there is no equivalent categorization in the Rome Statute of starvation of civilians as a war crime in non-international armed conflict, it may be argued that this act constitutes a war crime under customary international law. PEJIC, p. 1100. It may be also said that this act constitutes a crime against humanity as it is discussed in detail in this study.

71 *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nurnberg, 14 November 1945 to 1 October 1946, published at Nurnberg, Germany (1947)*, par. 223.

72 For references to sieges in IHL treaties, see 1907 of Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, Art. 27; 1949 of Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Art. 15; 1949 of Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Art. 18; Geneva Convention IV, Art. 17. For the related rules of customary IHL, see also customary IHL Rule 109 regarding "search for, collection and evacuation of the wounded, sick and shipwrecked", ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule109 (Last visited 25.04.2019); Rule 111 regarding the "protection of the wounded, sick and shipwrecked against pillage and ill-treatment", ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule111 (Last visited 25.04.2019).

73 OHCHR, International Humanitarian Law and International Human Rights Law Relevant to Siege Warfare, January 2017, https://www.humanitarianresponse.info/sites/www.humanitarianresponse.info/files/documents/files/sieges_legal_note_-_final_-_en_1.pdf (Last visited: 25.04.2019).

74 MELZER Nils, **International Humanitarian Law A Comprehensive Introduction**, ICRC, Geneva, 2016, p. 96.

only less costly than fighting street-to-street[75], but also it helps to maintain pressure on the adverse party[76]. For that reason, military commanders impose siege to capture and control an enemy-controlled area, which is accepted as a legitimate military aim. Although the use of sieges as a tactic of war have been practiced traditionally and is not forbidden legally, it is limited to large extent in both international and non-international armed conflicts[77].

The rules related to sieges in IHL can be evaluated into two groups. The first group of rules set forth the principles for the protection of civilians who are not directly taking part in the hostilities. These principles include the basic principles of IHL, namely the principles of distinction, proportionality and precaution that the parties must obey when they direct their attacks.

The second group of rules are related to the treatment of civilians, including the prohibition on the use of starvation of civilians as a weapon and the delivery of humanitarian assistance to civilians[78].

First and foremost, the basic principle of distinction, as it is mentioned above, requires that the parties to an armed conflict must *"at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives"*[79]. This rule must be obeyed by the par-

---

75 OHCHR, **International Humanitarian Law and International Human Rights Law Relevant to Siege Warfare**.

76 WATTS Sean, "Under Siege: International Humanitarian Law and Security Council Practice concerning Urban Siege Warfare", **Research and Policy Paper Harvard Law School**, May 2014, p. 7.

77 WATTS, p. 22.

78 The second group of rules is evaluated in the following sections in more detail because of their relevance to this study.

79 1977 Additional Protocol I, Art. 48; 1977 Additional Protocol II, Art. 13; Customary IHL Rule 1: "*The parties to the conflict must at all times distinguish between civilians and combatants. Attacks may only be directed against combatants. Attacks must not be directed against civilians.*" ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule1 (Last visited: 26.04.2019). Regarding the distinction between civilian objects and military objectives, the protection was dropped from 1977 Additional Protocol II, yet the principle applies as a norm of customary IHL. See Rule 7: "*The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objectives. Attacks may only be directed against military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects.*" ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule7 (Last visited: 26.04.2019). See also, BLANK/NOONE, pp. 44-46; MELZER, p. 18.

ties to the armed conflict during attacks on besieged territory. In this regard, attacks on besieged areas may only be directed at combatants and military objectives and not against civilians and civilian objects. This principle also provides that *"Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited"* [80].

The principle of precaution, which is derived from the principle of distinction, requires that *"In the conduct of military operations, constant care shall be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects"* [81]. This principle also requires that all feasible precautions must be taken in order to avoid and minimize the infliction of incidental death, injury and destruction on civilians and civilian objects[82].

In case the infliction of incidental death, injury and destruction on civilians and civilian objects cannot be avoided, the attack is subject to the principle of proportionality. During siege warfare, the party who direct attacks must also refrain from launching or must suspend, *"any attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated"* [83].

Siege might be also used as a form of punishment of civilians when some members of their community are perceived as supporters of the enemy. The use of siege as a form of punishment constitutes the violation of the prohibition of collective punishment under customary IHL in both international and non-international armed conflicts[84].

---

80 1977 Additional Protocol II, Art. 13(2).

81 1977 Additional Protocol I, Art. 57(1); Customary IHL Rule 15: *"In the conduct of military operations, constant care must be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects. All feasible precautions must be taken to avoid, and in any event to minimize, incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects."* ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule15 (Last visited: 26.04.2019). See also, MELZER, p. 18.

82 POWER Susan, "Siege Warfare in Syria: Prosecuting the Starvation of Civilians", **Amsterdam Law Forum**, Vol. 8(2), 2016, pp. 11-13.

83 1977 Additional Protocol I, Art. 51(5); 57(2)(a)(iii); See also, Customary IHL Rules 14, 18 and 19. See also, BLANK/NOONE, pp. 51-53.

84 Customary IHL Rule 103: *"Collective punishments are prohibited."* ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule103 (Last visited: 26.04.2019).

B. Prohibition of Starvation as a Weapon

Starvation as a weapon is prohibited in an absolute and explicit manner under the Additional Protocols to 1949 Geneva Conventions. 1977 Additional Protocol I relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts Art. 54(1) clearly states that *"Starvation of civilians as a method of warfare is prohibited"*[85].

A corresponding provision can be found in Additional Protocol II relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts Art. 14 as follows:

"Starvation of civilians as a method of combat is prohibited. It is therefore prohibited to attack, destroy, remove or render useless, for that purpose, objects indispensable to the survival of the civilian population, such as foodstuffs, agricultural areas for the production of foodstuffs, crops, livestock, drinking water installations and supplies and irrigation works"[86].

This prohibition is also considered as a rule of customary international law in all types of conflicts as stated by the ICRC[87].

The prohibition is violated not only when the deprivation of food sources and supplies causes hunger, but also when the denial of access to food results in deaths.

In the case of starvation by siege, the duty to protect civilians are shared by the besieged forces and the belligerents[88]. On the one hand, the besieged forces do not only have a duty to ensure that civilians are not caught up as the armed forces in besieged areas, but also have a responsibility for the distribution of food among civilians[89]. In this regard, they should give higher

---

85 1977 Additional Protocol I, Art. 54.

86 1977 Additional Protocol II, Art. 14.

87 Customary IHL, Rule 53: "*The use of starvation of the civilian population as method of warfare is prohibited.* The ICRC clarified that *"State practice establishes this rule as a norm of customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts."* ICRC, IHL Database, Customary IHL, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule53 (Last visited: 25.12.2018).

88 THOMAS Claire, "Civilian Starvation: A Just Tactic of War?", **Journal of Military Ethics**, Vol. 4(2), 2005, p. 111.

89 THOMAS, p. 111.

rations to vulnerable groups such as children and sick rather than soldiers[90]. On the other hand, where siege is used as a tactic of war, the party who besiege the enemy-controlled area must take into account this prohibition and allow access to food and other critical supplies necessary for the survival of civilians in besieged areas[91].

This point brings us to the issue of impediment of the humanitarian assistance, which is often practiced by the parties to the conflict.

C. Impediment of Humanitarian Assistance

The rules of humanitarian assistance include both the rights of civilians in need to receive aid and the rights of humanitarian agencies to deliver it. According to IHL, the primary duty is on the state parties to the conflict to supply basic needs of affected civilians within their territory or within the territory under their effective control[92]. In addition to this basic principle applicable to both international and non-international conflicts, in case of non-international armed conflicts, organized armed groups which have effective control over the territory or discharge a degree of public and administrative functions have a duty to provide basic needs of civilians under their control provided that the responsible state is precluded from or unable to fulfil its obligations[93].

In case a party with responsibility to supply basic needs of civilians such as food and water fails to do so, States or humanitarian organizations

---

90 THOMAS, p. 111.

91 POWER, p. 13.

92 AKANDE Dapo/ GILLARD Emanuel-Chiara, **Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict**, OCHA, 2016, Section B, B(i). The Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict, a recent study conducted by Dapo Akende and Emanuela-Chiara Gillard and commissioned and published by the United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs is a remarkable effort for reflecting the existing law on humanitarian assistance applicable to both international and non-international armed conflicts and clarifying areas of uncertainty.

93 **Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict**, OCHA, 2016, Section B, B(ii). See also The 2016 ICRC Commentary on Common Article 3: Conflicts Not of an International Character, par. 782. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comm ent. xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC (Last visited: 26.04.2019).

may offer humanitarian assistance which would be impartial in character and conducted without any adverse distinction[94].

The consent of the affected State for humanitarian assistance to be conducted is a requirement in both international and non-international armed conflicts, yet different language was preferred in the relevant articles as discussed below.

In any case, when the parties reach an agreement for the conduct of relief actions, they are obliged to allow and facilitate rapid and unimpeded passage of relief consignments, equipment and personnel even if humanitarian assistance is delivered to civilians on the territory under the control of the adversary party.

While the rules of humanitarian assistance are more concrete and clearer in times of international armed conflict, IHL offers weaker rules in non-international armed conflicts. *Inter alia*[95], Article 70 of the Additional Protocol I, sets up the rule for humanitarian assistance in international conflicts. According to Article 70(1) of the Additional Protocol I:

"If the civilian population of any territory under the control of a Party to the conflict, other than occupied territory, is not adequately provided with the supplies mentioned in Article 69[96]*, relief actions which are humanitarian and impartial in character and conducted without any adverse distinction shall be undertaken, subject to the agreement of the Parties concerned in such relief actions. Offers of such relief shall not be regarded as interference in the armed conflict or as unfriendly acts..."*[97].

---

94 Humanitarian organizations are under no legal obligation to offer their services. Therefore, their activities should be complementary to the efforts of the parties to the conflict. The ICRC Commentary on Common Article 3: Conflicts Not of an International Character, par. 782.

95 See Geneva Convention IV, Art. 23, 30, 55, 59-62 and 142; 1977 Additional Protocol I, Art. 68, 69, 70, 71. See also Rome Statute Art. 8(2)(b)(iii) which defines intentional attacks against personnel, installations, material, units or vehicles in a humanitarian assistance as a war crime in international armed conflict.

96 The Art.69 of 1977 Additional Protocol I requires along with the provision of food and medical supplies, the provision of clothing, bedding, means of shelter, other supplies essential to the survival of the civilian population of the occupied territory and objects necessary for religious worship.

97 1977 Additional Protocol I, Art. 70(1).

In the case of non-international armed conflict, the only clear obligations can be found respectively in the Common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions and in the Article 18(2) of the Additional Protocol II. According to the Common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions[98]: "*An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict*"[99].

Other relevant Article 18(2) of Additional Protocol II states:

> *"If the civilian population is suffering undue hardship owing to a lack of the supplies essential for its survival, such as foodstuffs and medical supplies, relief actions for the civilian population which are of an exclusively humanitarian and impartial nature and which are conducted without any adverse distinction shall be undertaken subject to the consent of the High Contracting Party concerned*"[100].

Otherwise very clear and simple rules for the protection of civilians would create difficulty in both international and non-international conflicts because of the requirement of the agreement[101] or consent of the parties[102] to conduct humanitarian assistance where civilians are in desperate need[103].

---

98 Common Art. 3 of the Geneva Conventions is considered as a part of customary international law, which is called *"elementary consideration of humanity"* by the International Court Justice applicable to all types armed conflicts. See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1986*, par. 218.

99 Common Art. 3 of the Geneva Conventions.

100 1977 Additional Protocol II, Art. 18(2). Besides these rules of the relevant Conventions and Protocols, customary rule of IHL regarding humanitarian assistance is also applicable in all kinds of armed conflicts. See Rule 55. Access for Humanitarian Relief to Civilians in Need: "*The parties to the conflict must allow and facilitate rapid and unimpeded passage of humanitarian relief for civilians in need, which is impartial in character and conducted without any adverse distinction, subject to their right of control.*" The ICRC clarifies that *"State practice establishes this rule as a norm of customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts."* ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule55 (Last visited 08.12.2018).

101 1977 Additional Protocol I, Art. 70(1).

102 1977 Additional Protocol II, Art. 18(2).

103 Macalister-Smith draws attention to this weakness of existing legal instruments and complexity of circumstances of today. See MACASLISTER-SMITH, pp. 447- 449. Particularly, the majority of the armed-conflicts of our world are non-international in character and the

In order to overcome this weakness of the positive law, it is suggested that this consent should not be considered as an entire discretion, rather it should be interpreted in accordance with the relevant provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) which stipulates that *"A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose"* [104].

The interpretation of "consent" in accordance with the VCLT elucidates that the requirement of consent cannot be ignored entirely, yet it does not give an absolute right to the state to withhold consent arbitrarily. Such an interpretation serves to balance treaty elements and exclude abuse of rights as a requirement of the principle of good faith for the interpretation of the treaty[105].

In a similar vein, the drafting history of the Additional Protocols shows that the state parties are not given *"absolute and unlimited freedom to refuse their agreement to relief actions"* [106]. Accordingly, the state party who refuses consent for a relief action should have valid reasons, not *"arbitrary and capricious ones"* [107].

Therefore, it is accepted that, the authorities should allow relief operations if the relief is *"humanitarian, impartial in character and conducted without any adverse distinction"* as described in Art. 70(1) of the Additional

---

impediment of humanitarian assistance is a common problem in all these cases. The requirement for a consent of the parties for humanitarian assistance aggravates situation while the people in desperate need of aid. See also BARTELS Rogier, "Denying Humanitarian Access as an International Crime in times of Non-International Armed Conflict: The Challenges to Prosecute and Some Proposals for the Future", **Israel Law Review**, Vol. 48. No. 3, 2015, pp. 281-282.

104 Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 31(1). 23 May 1969, 115 U.N.T.S. 331. See also VCLT, Art. 32. See PEJIC, 2001, p. 1108; AKANDE Dapo/GILLARD Emanuela-Chiara, "Arbitrary Withholding of Consent to Humanitarian Relief Operations in Armed Conflict", **International Law Studies**, Vol. 92, 2016, p. 489.

105 GARDINER Richard**, Treaty Interpretation**, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 176-179

106 12 Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, 336, 27. (1978) AKANDE/GILLARD, fn. 25 by transfer.

107 12 Official Records, 336, 27. AKANDE/GILLARD, fn. 25 by transfer.

Protocol I and in Art. 18(2) of the Additional Protocol II. This consent may not be withheld arbitrarily, otherwise, leaving the civilians to death by the refusal of humanitarian assistance constitutes a violation of the prohibition of starvation of civilian population[108].

At this point, it should be noted that there are two exceptions for the requirement of consent, which allows to conduct relief actions regardless of the consent of the parties. One of them is the situations of occupation[109] and the other one is a binding decision adopted by the Security Council to that effect.

In the case of Syria, arbitrarily denial of humanitarian access is accepted as a violation of IHL in various resolutions of the UN Security Council[110]. The impediment of humanitarian assistance has been overcome in the case of Syria by the Security Council Resolutions No. 2165 and 2191, which allow humanitarian assistance regardless of the consent of Syrian Government and the other parties of the conflict[111].

---

108 PEJIC, p. 1108.

109 See Geneva Convention IV, Art. 59.

110 UN President of Security Council, Statement by the President of Security Council, UN. Doc. S/ PRST/2013/15 (2013). In 2014, the UN Security Council recalled *"that arbitrarily depriving civilians of objects indispensable to their survival, including wilfully impeding relief supply and access, can constitute a violation of international humanitarian law."* UN/S/RES/2139 (2014) Adopted by the Security Council at its meeting, on Adopted by the Security Council at its 7116th meeting, on 22 February 2014, par. 5. See also UN/S/RES/2165 (2014) Adopted by the Security Council at its 7216th meeting, on 14 July 2014. In this Resolution the Security Council expressed that *"Deeply disturbed by the continued, arbitrary and unjustified withholding of consent to relief operations and the persistence of conditions that impede the delivery of humanitarian supplies to destinations within Syria, in particular to besieged and hard-to-reach areas, and noting the United Nations Secretary-General's view that arbitrarily withholding consent for the opening of all relevant border crossings is a violation of international humanitarian law and an act of non-compliance with resolution 2139 (2014).*" Similar statement was made for the situation in Yemen in 2015. UN/S/RES/2216(2015), Adopted by the Security Council at its 7426th meeting, on 14 April 2015. pmbl. par. 10; paras. 8-9. In the same vein, the impediment of humanitarian access in Syria, South Sudan and Sudan was also addressed by the various organs of the UN. See respectively UNGA Res. 68/182. 14 (18 December 2013); Human Rights Council Res. 29/13, UN. Doc. A/HRC/ Res/29/13. 1, 23 July 2013; UN Human Rights Committee Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of the Sudan, 8(f); UN Doc. CCPR/C/SDN/CO/4, 19 August 2014.

111 UN/S/RES/2165(2014), Adopted by the Security Council at its 7216th meeting, on 14 July

D. War Crime or Crimes Against Humanity?

Despite the fact that the use of starvation as a weapon is clearly forbidden under the rules of IHL in all types of conflicts, it is classified as a war crime only in international armed conflicts under Art. 8(2)(b)(xxv) of the Rome Statute establishing the International Criminal Court (ICC).

While it is already difficult, to bring someone to the justice for the war crime of starvation of civilians committed in international conflicts because of challenges in relation to detection of the said crime[112], it is more problematic to prosecute someone who committed this crime in a non-international conflict, such as the case in Syria[113], because starvation is excluded from the list of war crimes, if it is committed in a non-international armed conflict. As a result of this shortcoming of existing international law, it is not possible to bring perpetrators to justice if they use starvation as a method of warfare, including the impediment of humanitarian assistance in non-international conflict on the grounds of war crimes.

It is seen that drafters of the Rome Statute were at the beginning in favour of including starvation as a war crime even it is committed in internal conflicts, it is not, therefore, clear why it is excluded from the final draft[114]. In this sense, the choice of the final text is problematic, since there is no legal and logical reason to exclude starvation from the list of war crimes if it is committed in non-international armed conflict, as it is held by the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) in *Tadič Case* "*what is inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife"* [115].

2014; UN/S/RES/2191(2014), Adopted by the Security Council at its 7344th meeting, on 17 December 2014.

112 BARTELS, pp. 286-295.

113 Classifying the armed conflict in Syria is another issue, which could be discussed in a separate article. For a detailed analysis of the classification of armed conflict in Syria, see GILL Terry D., "Classifying the Conflict in Syria", **International Law Studies U.S. Naval War College**, Vol. 92, 2016, pp. 353-380; ARIMATSU Louise/CHOUDHRY Mohbuba, "The Legal Classification of the Armed Conflicts in Syria, Yemen and Libya", **Chatham House International Law** PP 2014/01, March 2014; https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/home/chatham/public_html/sites/default/files/20140300ClassificationConflictsArimatsuChoudhury1.pdf (Last visited 19.12.2018). Both studies have the opinion, with which we agreed, that the armed conflict in Syria is non-international in character.

114 BARTELS, p. 296.

115 *ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadič Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, Appeals Chamber, 2 October 1995*, par. 119.

Even though, intentional attacks against staff, installations, material, units or vehicles involved in a humanitarian assistance (or peacekeeping mission) considered as a war crime in a non-international armed conflict likewise in an international armed conflict[116], to hamper humanitarian assistance does not fall within the scope of this crime, as prevention of humanitarian staff or aid materials from reaching the people in need are not necessarily blocked by attacks[117]. To be more precise, without resorting to violence, humanitarian assistance can be prevented from reaching its destination.

It is widely accepted that the starvation of civilians, including the impediment of humanitarian assistance constitute a crime against humanity if it is committed in internal conflict[118]. According to this common view, if a state or any other party to a conflict prevents people from receiving food by blocking humanitarian assistance and consequently, people are left to massive suffering and even death, this could constitute a crime against humanity, worded as follows in Art. 7(1)(k):

> "*For the purpose of this Statute, 'crime against humanity' means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health*" [119].

The wording of the mentioned article gives an open-end meaning by describing crimes against humanity as "*Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.*"

Food deprivation, in this regard, might be easily considered as a crime against humanity within the scope of the *"other inhumane acts"* by causing great suffering and seriously damages people's health[120]. When it is repeat-

---

116 Rome Statute, Art. 8(2)(b)(iii).

117 Rome Statute, Art. 8(2)(e)(iii).

118 BARTELS, pp. 301-305; KEARNEY, pp. 263-288.; SKOGLY, pp. 68-72.

119 Rome Statute, Art. 7(1)(k).

120 It is also possibly considered that food deprivation could be prosecuted under Art. 7(1)(a) or 7(1)(h) respectively regulating *"murder"* and *"persecution"* if the elements of crimes are found in a relevant case.

ed by being a massive and systematic attack directed against civilians[121], it would constitute a crime against humanity, as it is the case in Syria.

Nevertheless, the problem still remains, as it is more difficult to convict someone for crimes against humanity compared to war crimes because of the different requirements set out in the Rome Statute[122].

III. THE RIGHT TO FOOD FOR SYRIANS

1. Applicability of the Current International Law to the Case in Syria

Syrian Government is under legal obligations arising from international law by being party to the ICESR[123]. For that reason, it is a duty of the Government to realize, at least, the minimum core content of the right to food, namely freedom from hunger even in the case of armed conflict. In order to realize the freedom from hunger, the Syrian Government has a duty to respect, protect and fulfil as mentioned above.

If the Government is not able to fulfil these obligations, as it is pointed out by the CESCR:

> *"Violations of the Covenant occur when a State fails to ensure the satisfaction of, at the very least, the minimum essential level required to be free from hunger. In determining which actions or omissions amount to a violation of the right to food, it is important to distinguish the inability from the unwillingness of a State party to comply…. A State claiming that it is unable to carry out its obligation for reasons beyond its control therefore has the burden of proving that this is the case and that it has unsuccessfully sought to obtain international support to ensure the availability and accessibility of the necessary food"* [124].

In the case of Syria, it is possible to say that the problem arising from

---

121 Rome Statute, Art. 7(1) requires that the attacks shall be *"widespread and systemic"* to be considered as crimes against humanity.

122 See Rome Statute Art. 7(1), Art. 8(1).

123 See United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Status of Ratification Interactive Dashboard; http://indicators.ohchr.org (Last visited: 21.12.2018).

124 General Comment 12, par.17.

the unwillingness of the Syrian Government rather than its inability, since instead of asking for international support, the efforts for humanitarian assistance were impeded several times and people who were trying to leave the hunger-effected regions to stay alive were precluded to do so by the Government forces.

Rules of IHL concerning the protection of food, as a basic human need, as a part of the customary international law has also a binding effect on Syrian Government regardless of whether it is a party to Additional Protocol II applicable to non-international armed conflicts[125].

2. Violations of IHRL and IHL in Syria

The Syrian Government has not fulfilled its obligation arising from the ICESCR, which requires at least the satisfaction of minimum essential level of the right to food, namely freedom from hunger. Contrary, the Government has breached not only the rules of IHRL, but also the rules of IHL by its arbitrary denial of humanitarian assistance while the people are in desperate need.

In the case of Syria, siege as a tactic of war has been used both by the Government forces and armed opposition groups[126]. The Syrian Government imposed sieges on towns and villages in Homs, Damascus, Dara'a, Al- Qunaytirah, Dayr as Zawr, Madaya, Eastern Ghouta and Aleppo[127]. Although less frequently, armed opposition groups also enforced sieges in some regions of Syria, such as Nubul and Zahra in northern Aleppo[128].

Although the obligation on parties to the conflict to respect the rules of

---

125 Syrian Arab Republic is party to the Geneva Conventions (Ratification/Accession: 02.11.1953) and its Additional Protocol I (Ratification/Accession: 14.11.1983), yet the country is not a party to Additional Protocol II applicable to non-international armed conflicts. See ICRC, Treaties, State Parties and Commentaries, Syrian Arab Republic, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC (Last visited 10.12.2018)

126 For a detailed analysis of siege warfare in Syria, see POWER, pp. 1-22.

127 For up-to-date information on besieged areas in Syria see Siege Watch; https://siegewatch.org (Last visited: 29.04.2019).

128 OHCHR, Living under Siege, The Syrian Arab Republic, February 2014, p. 2; https://www.ohchr.org/Documents/Countries/SY/LivingUnderSiege.pdf (Last visited: 29.04.2019).

IHL does not depend on reciprocity[129], lives of civilians in the besieged areas have become a matter of negotiation between the parties to armed conflict in Syria. For instance, armed opposition groups stated that they would lift the sieges in Nubul and Zahra and allow humanitarian assistance to these towns providing that the Government forces lift the sieges in Eastern Ghouta and al-Muadhamiya.

Although the sieges imposed both by the Government and the armed opposition groups themselves *per se* are not unlawful, they have become unlawful because of the breaches of IHL in the besieged areas[130]. In Syria, direct attacks on civilians, indiscriminate shelling, relentless aerial bombardments and disproportionate attacks on besieged areas violate the basic principles of IHL, namely the principles of distinction, precaution and proportionality which must be obeyed during siege warfare. These attacks also destroyed objects indispensable to the survival of civilian populations, including hospitals, water and electricity plant, which exacerbated the humanitarian situation for civilians, including women and children in the besieged areas[131]. Furthermore, attack directed against civilians caused mass civilian casualties and may amount to terrorism[132].

Apart from these rules, the second group of rules relate to the treatment of civilians in the besieged areas has also been violated by the parties to the conflict. The situation in Syria has epitomized the use of starvation as a weapon against civilians and the government has caused, contributed, provoked and exacerbated starvation by withholding consent to relief operations arbitrarily with the intention of weakening the resistance of adversary. While sieges were initially partially imposed where civilians and goods allowed through checkpoints, after the conflict escalated Government forces began to impede all entry of goods and carried out aerial bombardment of the area[133].

---

129 Customary IHL Rule 140: *"The obligation to respect and ensure respect for international humanitarian law does not depend on reciprocity."* ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule140 (Last visited: 26.04.2019).

130 For the overall evaluation of the violations of international law on besieged areas in Syria, see Siege Watch, Final Report Out of Sight Out of Mind: The Aftermath of Syria's Sieges, February-May 2018; https://siegewatch.org/wp-content/uploads/2015/10/pax-siege-watch-final-report-spread.pdf (Last visited: 29.04.2019).

131 OHCHR, Living under Siege, The Syrian Arab Republic, February 2014, p. 4.

132 POWER, p. 11.

133 OHCHR, Living under Siege, The Syrian Arab Republic, February 2014, p. 4,

Moreover, the Government forces attacked against humanitarian relief personal and objects by breaching the basic principle of IHL[134]. Particularly, the situations in Madaya, Aleppo and Eastern Ghouta reminded international community to take responsibility to bring the perpetrators to justice in accordance with international law.

By the end of 2015, appalling photos from Madaya, one of the besieged towns of Syria, appeared in the media. The towns of Madaya and neighboring Zabadani were besieged by the regime forces and allied fighters in response to the siege of the towns of Foah and Kefraya by anti-regime forces.

As a result of the use of starvation as a weapon to its opponents by the Syrian Government, people of Madaya were starving and trying to survive by eating grass, salt, and even cats and dogs[135]. Under these inhuman circumstances, the head physician Amer Burhan working at the field hospital sent an email to the United Nations to ask for urgent help. However, he received an auto-response from the UN saying that the UN-staff were on Christmas vacation between 24-December- 2015 and 5-January-2016[136]. Similar to the UN, the states and the media did not give enough attention to the atrocities held in Madaya[137].

This connivance, finally, came to the end by the stark statement of the former UN Secretary-General Ban Ki-Moon stating that *"Syrian Government, which has the primary responsibility to protect Syrians- are committing a war crime and other atrocious acts prohibited under international humanitarian law"* [138].

---

134 UN Human Rights Council, Human rights abuses and international humanitarian law violations in the Syrian Arab Republic, 21 July 2016- 28 February 2017, A/HRC/34/CRP.3, 10 March 2017, paras. 38-45.

135 UN Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, A/HRC/31/68, par. 123.

136 UN on vacation while the hungry in Madaya are calling, 05.01.2016; http://orient-news. net/en/news_show/98960/0/UN-on-vacation-while-the-hungry-in-Madaya-are-calling, (Last visited 05.12.2018), See also Amnesty International, Starvation of civilians as a method of warfare is a war crime, 11. 01. 2016; http://www.amnesty.ca/blog/starvation-civilians-method-warfare-war-crime, (Last visited 05.12.2018)

137 KHATIB Lina, "Seeing the starving children of Madaya is shocking - but so is the world's neglect", Guardian, 8. January. 2016; https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/jan/08/madaya-starving-children-isis-syrian-conflict (Last visited: 19.12.2018).

138 Secretary-General's Informal Briefing to the General Assembly, 14 January 2016; https://

Following this statement, the UN drew attention to the desperate situation in the region[139]. In the Joint Statement on hard-to-reach and besieged communities in Syria, the UN called for immediate humanitarian access to all hard to reach areas and for the facilitation of safe evacuation of civilians by reminding that IHL prohibits the targeting of civilians and the starvation of civilians as a tactic of war[140].

Finally, the UN humanitarian convoys reached besieged Madaya, Foah and Kefraya, yet they failed to provide enough food and medical assistance to the people in need, which resulted in deaths of dozens of people because of starvation, and more of them left to starve[141].

When we reached the end of 2016, the devastating situation in Syria remained the same, if it did not worsen[142]. This time, the outcry from the city of Aleppo, which had been besieged and bombarded for months, was heard by the international community. While people of Aleppo were left to their fate by the Syrian Government using the starvation as a method of warfare, the impediment of humanitarian assistance exacerbated the catastrophic situation in Aleppo[143].

Although IHL requires all parties to the conflict to facilitate rapid and

---

www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2016-01-14/secretary-generals-informal-briefing-general-assembly-bilingual (Last visited: 05.02.2019).

139 Forgotten War Crime: Starvation in Syria, Food (Policy) for Thought, 21 January 2016; http://foodpolicyforthought.com/2016/01/21/the-forgotten-war-crime-starvation-in-syria/ (Last visited 27.12.2018)

140 Joint Statement on hard-to-reach and besieged communities in Syria, United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, 7 January 2016, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Joint%20Statement%20by%20Yacoub%20El%20Hillo%20and%20Kevin%20Kennedy_english%20FINAL.pdf (Last visited 23.12.2018). See also UN Meetings, Coverages and Press Releases, Security Council 7605th Meeting, Starvation by Siege Now 'Systematic' in Syria, Assistant Secretary-General Tells Security Council, amid Warnings that Tactic Could Be War Crime, 15 January 2016; https://www.un.org/press/en/2016/sc12203.doc.htm (Last visited: 23.12.2018).

141 Amnesty International, "In Madaya you see walking skeletons': Harrowing accounts of life under siege in Syria", 8. January. 2016; https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/01/harrowing-accounts-of-life-under-siege-in-syria/ (Last visited 23.12.2018).

142 For the detail analysis of food security in Syria see FAO/WFP Update.

143 See UNGA Human Rights Council Resolution S-25/1. The deteriorating situation of human rights in the Syrian Arab Republic, and the recent situation in Aleppo, A/HRC/RES/S-25/1, 25 October 2016.

unimpeded humanitarian assistance to all civilians in need and allow them to freely leave the besieged area, the ongoing conflict in Aleppo made it impossible to access to the area to deliver aid[144]. Beside the impediment of humanitarian aid, the civilians were prevented from leaving the Eastern Aleppo to save their lives. It was also documented that bakeries were targeted by the government forces in the cities of Aleppo and Homs[145]. As a result of nonstop attacks against civilians and civilian infrastructure, including schools, medical facilities and personnel and the lack of basic need for their survival, people in Aleppo have reached the limit of their endurance in front of the international community.

By the end of 2017, the situation did not meliorate in Syria, on the contrary starving people in Eastern Ghouta appeared on the media. This time, the hunger arising from conflict mostly affected the vulnerable groups including children, the elderly and the infirm[146]. The rate of acute malnutrition reached 12 per cent among children under five years old, which was the highest level in Syria since the beginning of the conflict[147].

The people in Eastern Ghouta were left to eat whatever they find including animal fodder, expired food and waste. The report prepared by the WFP shows that the malnutrition and hunger became widespread in Eastern Ghouta because of the siege and the closure of all supply routes[148].

Apart from these particular cases, the overall picture of food security in Syria showed that eight years armed conflict destroyed the protection of the right to food in large. The numbers prove that the situation is gloomy and

---

144 Human Rights Watch, Syria: Urgent Need for Aleppo Aid Access, 12 December 2016; https://www.hrw.org/news/2016/12/12/syria-urgent-need-aleppo-aid-access (Last visited 15.12.2018).

145 Elver Report, 2017, par. 28.

146 Sieges as a weapon of war. Encircle, starve, surrender, evacuate, Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, 29 May 2018, par. 2.; https: //www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/PolicyPaperSieges_29May2018.pdf (Last visited: 21.12.2018).

147 UNICEF, Intense violence in Syria's East Ghouta shuts schools, deprives children of medical care, 10 December 2017; https://www.unicef.org/press-releases/intense-violence-syria-east-ghouta-shuts-schools-deprives-children-medical-care (Last visited 10.11.2018).

148 World Food Programme (WFP), Syria mVAM Bulletin, 18 October 2017; https://docs. wfp.org/api/docum ents/WFP-0000039510/download/ (Last visited 09.11.2018).

worrisome, as according to the UN 13 million people inside Syria, including 6 million children, are in need of humanitarian assistance[149].

The report prepared by the FAO also shows that the armed conflict has an impact on in different aspects of the right to food, accordingly the food should be adequate, sustainable, accessible and available to all[150].

Devastating effects of the protracted armed conflict can be seen mostly in the agriculture sector, which directly affects the right to food of individuals. Before the armed conflict, Syria was the only state in the region that was self-sufficient in terms of food production and agriculture was the means of living for the 40 per cent of the population[151].

According to the FAO report, agriculture is still the largest contributor to GDP of the country and 75 per cent of households still grow food for their own consumption[152]. However, there has been a significant loss in agricultural production, since the armed conflict damaged infrastructure, irrigations structures, processing and storage facilities.

There have also been damage and loss in crop production at around USD 7.2. billion. The cost of damage and loss to the livestock sector reached to USD 5.5 billion. Apart from these, people were forced to leave their livelihoods and look for a new source of income. Due to the decrease in income and increase in prices, people lost their purchasing power, and currently they have to spend 90 per cent of their income on food[153].

Along with the devastated situation within the country, more than 5.6 million refugees from Syria, who look for a better living conditions in the neighbouring countries, live under hard conditions and vulnerable to food insecurity.

---

149 UN News, "Syria"; https://news.un.org/en/focus/syria (Last visited 10.11.2018).

150 FAO, Counting the cost, Agriculture in Syria after six years of crisis, 2017; http://www.fao.org/3/b-i7081e.pdf (Last visited: 05.02.2019). See also Food Insecurity in War-Torn Syria: From Decades of Self-Sufficiency to Food Dependence, Carnegie Endowment for International Peace, 04 June 2015. https://carnegieendowment.org/2015/06/04/food-insecurity-in-war-torn-syria-from-decades-of-self sufficiency-to-food-dependence-pub-60 320. (Last visited: 13.11.2018

151 Food Insecurity in War-Torn Syria: From Decades of Self-Sufficiency to Food Dependence.

152 FAO, Counting the cost, Agriculture in Syria after six years of crisis.

153 FAO, Counting the cost, Agriculture in Syria after six years of crisis.

3. Remedies under International Law and Their Applicability to the Case in Syria

There are available remedies both under IHRL and IHL for the protection of the right to food during armed conflicts, even though some of them are not applicable to the case in Syria, because of the shortcomings of the existing law.

The Syrian government is under the obligation of at least the realization of freedom from hunger as a minimum core obligation under the ICESCR. As mentioned above, if a State fails to realize at the very least, minimum essential level of the right to food, namely freedom from hunger, that would constitute the violation of the Convention[154]. The picture in Syria clearly shows that the ICESCR has been violated. However, in return for these violations, there is no concrete remedy under the ICESCR to hold the Syrian government responsible.

There are available remedies under the Optional Protocol to the ICESCR for the violation of the right to food, such as individual communication[155], inter-state complaint[156] and inquiry procedure[157]. However, these remedies are not applicable to the case in Syria, since Syria is not a party to the Optional Protocol[158].

Syria is also party to the ICCPR which ensures the right to life in Art. 6. The freedom from hunger is highly connected to the right to life. The violations of the right to food have reached to violation of the right to life in Syria. For that reason, it is possible to suggest that victims of the violation of the right to life protected under the ICCPR could bring their cases before the HRC, the treaty organ of the ICCPR, yet this way is also closed for the Syrians because Syria is not party to the Optional Protocol to the ICCPR recognizing the individual communication mechanism in the case of the violation of the treaty.

---

154 General Comment No. 12, par.17.

155 Optional Protocol to the ICESCR, Art.2.

156 Optional Protocol to the ICESCR, Art. 10.

157 Optional Protocol to the ICESCR, Art. 11.

158 For the full list of States parties to the Optional Protocol to the ICESCR see United Nations Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&clang=_en. (Last visited 30.01.2019).

In order to bring the perpetrators of violations of IHL in Syria before the ICC, the only way is the Security Council's referral[159], since Syria is not a party to the Rome Statute. However, even if the issue comes to the Security Council agenda, the political rifts among states, particularly the support of Russia and China, which are both permanent members of the Security Council, to the Syrian regime, make this only way impossible.

Consequently, the remedies available for the protection of the right to food in armed conflicts are not legally or practically applicable to the case in Syria. Therefore, the violations of both IHRL and IHL in Syria have gone unpunished[160].

IV. Conclusion: Connivance or Justice?

In theory, there is concrete and explicit legal basis for the protection of the right to food during armed conflicts both in IHRL and IHL. IHRL is still applicable during armed conflicts unless the human rights treaty has a derogation clause itself. IHL includes provisions related to "food" as a basic human need in the 1949 Geneva Conventions and its Additional Protocols of 1977.

Despite the fact that the gap between the rules related to protection of food, as a basic human need, applicable to two different types of conflicts, namely international and non-international has been narrowed by the interpretation and implementation of the current law, the rules applicable to non-international conflicts still remain weaker compared to the ones applicable to international conflicts.

The differentiation between international and non-international conflicts can also be seen in the Rome Statute which accepts the starvation of civilians, including the impediment of humanitarian assistance, war crime when it is committed in international conflict, while remains silent when it is committed in non-international conflict.

---

159 Rome Statute, Art. 13(b).

160 For a detailed study on accountability options for the crimes committed in Syria, see LATTIMER Mark, MOJTAHEDI Shabnam, TUCKER Lee Anna, "A Step Towards Justice: Current accountability options for crimes under international law committed in Syria", Norwegian Refugee Council/Internal Displacement Monitoring Centre, April 2015; https://www.refworld.org/docid/56692d8e4.html (Last visited: 30.04.2019).

Moreover, in spite of the fact that the enjoyment of the right to food, particularly freedom from hunger is as important as the enjoyment of other human rights, more attention is given to violations of civil and political rights, such as the right to life, liberty and security during armed conflicts. With this approach, even severe violations of the right food during armed conflicts are not generally seen as a priority and correspondingly these violations are not taken seriously by the international community. Nevertheless, it is very clear that the protection of freedom from hunger, as a fundamental human right, is of vital importance as well as civil and political rights and primarily essential for the protection of all other human rights, particularly the right to life.

Experts working in the region emphasised that the situation in Syria is the worst humanitarian crisis of our time since 1945[161] yet the response of the international community is desperately inadequate[162]. The prohibition of starvation of civilians has been breached and humanitarian assistance have been blocked several times by the Syrian government. While the breaches of international law require responsibility, as Elver articulates; *"In today's political climate there seem to be no adverse consequences for actors who ignore or violate legal standards and rules of practice, which exit for the purpose of alleviating the costs of war to civilians with respect to their right to food"* [163].

---

161 Amnesty International, "Syria, The Worst Humanitarian Crisis of Our Time", 7 April 2015; https://www.amnesty.org.nz/syria-worst-humanitarian-crisis-our-time (Last visited: 25.04.2019).

162 HARTBERG Martin/ BOWEN Dominic/ GROVEN Daniel, "Failing Syria: Assessing the Impact of UN Security Council Resolutions in Protecting and Assisting Civilians in Syria", March 2015; https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/bp-failing-syria-unsc-resolution-120315- en1.pdf (Last visited: 11.02.2019); EGELAND Jan, "A Way out of the Syrian Carnage", **Brown Journal of World Affairs**, Fall-Winter 2015, Vol. XXII, Issue I, p. 297; United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Syria worst man-made disaster since World War-II, Zeid", T*ext of a statement by UN High Commissioner for Human Rights Zeid Ra'ad Al Hussein to a high-level panel discussion at the Human Rights Council on the situation of human rights in the Syrian Arab Republic,* 14 March 2017; https://www.ohchr.org/en/newsevents/pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21373&LangID=E (Last visited: 21.12.2018). For detailed analysis of the legal aspects of the Syria Crisis see also, KARLI Mehmet/ KURTDARCAN Bleda Rıza (ed.), **Suriye Krizinin Hukuki Boyutları,** Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2014.

163 Elver Report, 2017, par. 5.

The corollary of these breaches and the impunity of perpetrators, the right to food has lost its meaning for the Syrians suffering from man-made hunger caused by ongoing armed conflict[164]. In the face of prolonged conflict in Syria, the international community is currently going through the hoop by being ineffective for building peace and saving the lives of people who have been facing unacceptable conditions for eight years.

The world nations seem "separated" rather than "united", even though the situation requires great attention not only because of moral reasons, but also of legal ones. The violations of IHRL and IHL in Syria should be taken as a matter of connivance with the perpetrators or bringing them to justice which requires the reconsideration of the existing accountability mechanisms of international law. Before it is too late to say "never again", as international community did in the past after the Second World War, the genocides in Rwanda and Srebrenica[165], concrete steps must be taken for the protection of the right to food for the people suffering because of armed conflicts and bringing perpetrators before justice for the war crimes and crimes against humanity have been committed in different parts of the world, including Syria.

---

164 The data of the WFP shows how civilians have been affected by the Syria Crisis. According to the WFP, 6.1 million people displaced inside Syria, 6.5 million people were in need of various forms of food assistance equals to half of the Syria's population, and 13.1 people equals to 75 percent of the population, still requires humanitarian assistance. WFP, Syrian Arab Republic; https://www1.wfp.org/countries/syrian-arab-republic (Last visited 20.02.2019).

165 EGELAND, p. 297.

ABBREVIATIONS

BM: Birleşmiş Milletler

CESCR: Committee on Economic, Social and Cultural Rights

ECHR: European Convention on Human Rights

ESCR: Economic, Social and Cultural Rights

ESKHUS: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

FAO: Food and Agriculture Organization

HRC: Human Rights Committee

ICC: International Criminal Court

ICCPR: International Covenant on Civil and Political Rights

ICESCR: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

ICJ: International Court of Justice

ICRC: International Committee of the Red Cross

ICTY: International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia

IHL: International Humanitarian Law

IHLR: International Human Rights Law

UDHR: Universal Declaration of Human Rights

UNHCHR: United Nations High Commissioner for Human Rights

UN: United Nations

VCLT: Vienna Convention on the Law of Treaties

WFP: World Food Programme

BIBLIOGRAPHY

ARTICLES&BOOKS:

AKANDE Dapo/**GILLARD** Emanuel-Chiara, **Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict**, OCHA, 2016.

AKANDE Dapo/**GILLARD** Emanuela- Chiara, "Arbitrary Withholding of Consent to Humanitarian Relief Operations in Armed Conflict", **International Law Studies**, Vol. 92, 2016, pp. 482-511.

ARIMATSU Louise/**CHOUDHRY** Mohbuba, "The Legal Classification of the Armed Conflicts in Syria, Yemen and Libya", **Chatham House International Law PP**, 2014/01, March 2014, https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/home/chatham/public_html/sites/default/files/20140300ClassificationConflictsArimatsuChoudhury1.pdf

BARTELS Rogier, "Denying Humanitarian Access as an International Crime in times of Non-International Armed Conflict: The Challenges to Prosecute and Some Proposals for the Future", **Israel Law Review**, Vol. 48. No. 3, 2015, pp. 281-307.

BATUR YAMANER Melike, **Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması**, Arıkan, İstanbul, 2007.

BLANK Laurie R./NOONE Gregory P., **International Law and Armed Conflict Fundamental Principles and Contemporary Challenges in the Law of War**, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2013.

CHEN Ying, "The Right to Food", **European Journal of Law Reform**, Vol. 12, Issue 3-4, 2010, pp. 158-208.

EGELAND Jan, "A Way out of the Syrian Carnage", **Brown Journal of World Affairs**, Fall-Winter 2015, Vol. XXII, Issue I, pp. 297-304.

GARDINER Richard, Treaty Interpretation, Oxford University Press, Oxford, 2015.

GIACCA Gilles, "The Relationship between Economic, Social and Cultural Rights and International Humanitarian Law", in RIEDEL Eibe/ GIACCA Gilles/ GOLAY Christophe, **Economic, Social, and Cultural Rights in International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 308-342.

GIACCA Gilles, **Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflicts**, Oxford University Press, Oxford, 2014.

GILL Terry D., "Classifying the Conflict in Syria", **International Law Studies U.S. Naval War College**, Vol. 92, 2016, pp. 353-380.

HARTBERG Martin/ BOWEN Dominic/ GROVEN Daniel, "Failing Syria: Assessing the Impact of UN Security Council Resolutions in Protecting and Assisting Civilians in Syria". March 2015, https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/bp-failing-syria-unsc-resolution-120315-en1.pdf

HERIK Larissa ven den, "Economic, Social and Cultural Rights International Criminal Law's Blind Spot?", in RIEDEL Eibe/ GIACCA Gilles/ GOLAY Christophe, **Economic, Social, and Cultural Rights in International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 343-366.

KARLI Mehmet/ **KURTDARCAN** Bleda Rıza (ed.), **Suriye Krizinin Hukuki Boyutları**, Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2014.

KEARNS III Anthony Paul, "The Right to Food Exists Via Customary International Law", **Suffolk Transnational Law Review,** Vol. 22, 1998, pp. 223-257.

KEARNEY Diana, "Food Deprivations as Crimes Against Humanity", **International Law and Politics,** Vol. 46, 2013, pp. 253-290.

KHATIB Lina, "Seeing the starving children of Madaya is shocking - but so is the world's neglect", Guardian, 8. January. 2016, https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/jan/08/madaya-starving-children-isis-syrian-conflict

LATTIMER Mark, **MOJTAHEDI** Shabnam, **TUCKER** Lee Anna, A Step Towards Justice: Current accountability options for crimes under international law committed in Syria, Norwegian Refugee Council/Internal Displacement Monitoring Centre, April 2015; https://www.refworld.org/docid/56692d8e4.html

LUBELL Noam, "Parallel Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law", **Israel Law Review**, Vol. 40, No. 2, 2007, pp. 648-660.

MACALISTER-SMITH Peter, "Protection of civilian population and the prohibition of starvation as a method of warfare: Draft Texts on International Humanitarian Assistance in Disaster Situations",

Review of the International Red Cross, Vol.31, Issue. 284, October 1991, pp. 440-459.

MATHESON Michael J., **International Civil Tribunals and Armed Conflict**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2012.

MELZER Nils, **International Humanitarian Law A Comprehensive Introduction**, ICRC, Geneva, 2016.

MÜLLER Amrei, "Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights", **Human Rights Law Review**, Vol. 9, No. 4, 2009, pp. 557-601.

NIADA Laura, "Hunger and International Law: Far-Reaching Scope of the Human Right to Food", **Connecticut Journal of International Law**, Vol. 22, 2006-2007, pp. 131-201.

ORAKHELASHVILI Alexandre, "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence", **The European Journal of International Law**, Vol. 19, No. 1, 2008, pp. 161-182

PEJIC Jelana, "The Right to Food in Situations of Armed Conflict: The Legal Framework", **Revue Internationale de la Croix-Rouge,** Vol. 83, No. 844, 2001, p. 1097-1109.

POWER Susan, "Siege Warfare in Syria: Prosecuting the Starvation of Civilians", **Amsterdam Law Forum**, Vol. 8(2), 2016, pp. 1-22.

SCHMID Evelyn, "War Crimes Related to Violations of Economic, Social and Cultural Rights" **ZaöRV**, Vol. 71, 2011, pp. 523-541.

SCHMID Evelyne, **Taking Economic, Social and Cultural Rights Seriously in International Criminal Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

SKOGLY Sigrun, "Crimes Against Humanity – Revisited: Is There a Role for Economic and Social Rights?", **The International Journal of Human Rights,** Vol. 5, No. 1, Spring 2001, pp.58-80.

THOMAS Claire, "Civilian Starvation: A Just Tactic of War?", **Journal of Military Ethics**, Vol. 4(2), 2005, pp. 108-118.

TURNS David, "The Law of Armed Conflict (International Humanitarian Law)", in **International Law**, MALCOLM D. Evans (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 821-851.

WATTS Sean, "Under Siege: International Humanitarian Law and Security Council

Practice concerning Urban Siege Warfare", **Research and Policy Paper Harvard Law School**, May 2014, pp. 1-22.

YIGZAW Destaw A., "Hunger and the Law: Freedom from Hunger as a Freestanding Right", **Houston Journal of International Law**, Vol. 36(3), 2014, pp. 712.

YOUNG, Katherine, "The Minimum Core Obligation of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", **Yale Journal of International Law**, Vol. 33, 2008, pp. 113-175.

ZEIGLER Jean/ GOLAY Christophe/ MOHAN Claire / WAY Sally-Anne, **The Fight for the Right to Food**, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2011.

DOCUMENTS OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

AMNESTY INTERNATIONAL:

Amnesty International, "Syria, The Worst Humanitarian Crisis of Our Time", 7 April 2015; https://www.amnesty.org.nz/syria-worst-humanitarian-crisis-our-time

Amnesty International, "In Madaya you see walking skeletons: Harrowing accounts of life under siege in Syria", 8. January. 2016; https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/01/harrowing-accounts-of-life-under-siege-in-syria/

Amnesty International, "Starvation of civilians as a method of warfare is a war crime", 11. 01. 2016; http://www.amnesty.ca/blog/starvation-civilians-method-warfare-war-crime

HUMAN RIGHTS WATCH:

Human Rights Watch, "Syria: Urgent Need for Aleppo Aid Access", 12 December 2016; https://www.hrw.org/news/2016/12/12/syria-urgent-need-aleppo-aid-access

INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS:

ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule1

ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule53

ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule55

ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule103

ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule109

ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule111

ICRC, IHL Database, Customary IHL; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule140

ICRC, Treaties, State Parties and Commentaries, Syrian Arab Republic; https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=SY

The 2016 ICRC Commentary on Common Article 3: Conflicts Not of an International Character, par. 782; https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment. xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC

UN DOCUMENTS

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS:

A joint FAO/WFP update for the United Nations Security Council, Monitoring food security in countries with conflict situations, (January 2018); http://www.fao.org/3/I8386EN/i8386en.pdf

FAO, Conference Resolution 2/95, "World Food Summit". http://www.fao.org/wfs/resource/english/resolute.htm

FAO, Early Warning Early Action report on food security and agriculture 2019 January- March, Rome, 2019; http://www.fao.org/3/CA2892EN/ca2892en.pdf

FAO, The State of Food Security and Nutrition in the World Building Climate Resilience for Food Security and Nutrition, Rome, 2018; http://www.fao.org/3/I9553EN/i9553en.pdf

FAO, The State of Food Security and Nutrition in the World Building Resilience for Peace and Food Security, Rome, 2017; https://docs.wfp.org/api/documents/WFP-0000022419/download/?_ga=2.100101405.22844 1373.15071 89274-313392846.1507189274

FAO, Counting the cost, Agriculture in Syria after six years of crisis, 2017; http://www.fao.org/3/b-i7081e.pdf

FAO, Peace and Food Security: Investing in resilience to sustain rural livelihoods amid conflict, Rome, 2016; http://www.fao.org/3/a-i5591e.pdf

FAO, The State of Food Insecurity in the World 2015, Meeting the 2015 international hunger targets: taking stock of uneven progress, Rome, 2015; http://www.fao.org/3/a-i4646e.pdf

UN GENERAL ASSEMBLY RESOLUTIONS:

UNGA Res. 2675 (XXV) on Basic Principles for the Protection of Civilian Populations in Armed Conflicts, 9 December 1970.

UNGA Res. 2676 (XXV) on Respect for Human Rights in Armed Conflicts, 9 December 1970.

UNGA Res. 2677 (XXV) on Respect for Human Rights in Armed Conflicts, 9 December 1970.

UNGA Res. 68/182. 14 (18 December 2013).

UNGA Res., Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1, 21 October 2015; https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf.

UNGA, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, E/2015/59, 19 May 2015.

United Nations General Assembly, Right to Food, A/72/188, 21 July 2017; https://digitallibrary.un.org/record/1301068

UN SECURITY COUNCIL RESOLUTIONS & REPORTS:

UN/S/RES/237 (1967) *Adopted unanimously at the 1361st meeting,* on 14 June 1967.

UN/S/RES/2139 (2014) Adopted by the Security Council at its 7116th meeting, on 22 February 2014.

UN/S/RES/2165 (2014) Adopted by the Security Council at its 7216th meeting, on 14 July 2014.

UN/S/RES/2191 (2014), Adopted by the Security Council at its 7344th meeting, on 17 December 2014.

UN/S/RES/2216 (2015), Adopted by the Security Council at its 7426th meeting, on 14 April 2015.

UN/S/RES/2417 (2018), Adopted by the Security Council at its 8267th meeting on 24 May 2018.

UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE RESOLUTIONS:

UN Human Rights Committee Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of the Sudan, UN Doc. CCPR/C/SDN/CO/4, 19 August 2014.

UN HUMAN RIGHTS COUNCIL RESOLUTIONS & REPORTS:

UNGA Human Rights Council, Res. 29/13, UN. Doc. A/HRC/ Res/29/13. 1, 23 July 2013.

UN Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, A/HRC/31/68, 11 February 2016**.**

UNGA Human Rights Council Resolution S-25/1. The deteriorating situation of human rights in the Syrian Arab Republic, and the recent situation in Aleppo, A/HRC/RES/S-25/1, 25 October 2016.

UN Human Rights Council, Human rights abuses and international humanitarian law violations in the Syrian Arab Republic, 21 July 2016-28 February 2017, A/HRC/34/CRP.3, 10 March 2017.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS:

OHCHR, CCPR General Comment No. 6: Article 6 (Right to Life) Adopted at the Sixteenth Session of the Human Rights Committee, on 30 April 1982.

OHCHR, CESCR General Comment No.3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), Adopted at the Fifth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 14 December 1990.

OHCHR, CESCR General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11), Adopted at the Twentieth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 12 May 1999.

OHCHR, The Right to Adequate Food, UN Fact Sheet 34, 2010; http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34en.pdf

OHCHR, International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict, New York and Geneva,201; https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict.pdf

OHCHR, Living under Siege, The Syrian Arab Republic, February 2014; https://www.ohchr.org/Documents/Countries/SY/LivingUnderSiege.pdf

OHCHR, International Humanitarian Law and International Human Rights Law Relevant to Siege Warfare, January 2017; https://www.humanitarianresponse.info/sites/www. humanitarianresponse.info/files/documents/files/sieges_legal_note_-_final_-_en_1.pdf

OHCHR, "Syria worst man-made disaster since World War-II, Zeid", T*ext of a statement by UN High Commissioner for Human Rights Zeid Ra' ad Al Hussein to a high-level panel discussion at the Human Rights Council on the situation of human rights in the Syrian Arab Republic,* 14 March 2017; https://www.ohchr.org/en/newsevents/pages/DisplayNews.aspx?NewsID=2173&LangID=E

OHCHR, Human Rights Committee, General Comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life. CCPR/C/GC/36, 30 October 2018.

OHCHR, Status of Ratification Interactive Dashboard; http://indicators.ohchr.org

UN TREATY COLLECTION SERIES:

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 3 January 1976, in accordance with Art.27; https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr. aspx (Last visited: 18.04.2019).

United Nations Treaty Collection Series; https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx? src=IND&mtdsg_no=IVa&chapter=4&clang=_en

DECLARATIONS & STATEMENTS & REPORTS:

Food Security Situation in Syria, Expanded version of Food Security Sector Humanitarian Needs Overview 2018, https://hno-syria.org/data/downloads/fss.pdf

Joint Statement on hard-to-reach and besieged communities in Syria, United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, 7 January 2016; https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Joint%20Statement%20by%20Yacoub%20El%20Hillo%20and%20Kevin%20Kennedy_english%20FINAL.pdf

Millennium Summit (6-8 September 2000); https://www.un.org/en/events/pastevents/millennium_summit.shtml

Statement made by the ICRC to the Commission on Human Rights. 57th Annual Session of the United Nations Commission on Human Rights

– Agenda item 10 - 27 April 2001; https://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/57jr49.htm

UN Millennium Declaration, Resolution adopted by the General Assembly, A.RES.55/2, 18 September 2000

UN President of Security Council, Statement by the President of Security Council, UN. Doc. S/ PRST/2013/15 (2013).

UN Special Rapporteur on the Right to Food, Famine Watch, South Sudan; https://hilalelver.org/media_coverage/famine-watch/

UN Meetings, Coverages and Press Releases, Security Council 7605th Meeting, Starvation by Siege Now 'Systematic' in Syria, Assistant Secretary-General Tells Security Council, amid Warnings that Tactic Could Be War Crime, 15 January 2016; https://www.un.org/press/en/2016/sc12203.doc.htm

Secretary-General's Informal Briefing to the General Assembly, 14 January 2016; https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2016-01-14/secretary-generals-informal-briefing-general-assembly-bilingual

Sieges as a weapon of war. Encircle, starve, surrender, evacuate, Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, 29 May 2018, par. 2.; https: //www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/PolicyPaperSieges_29May2018.pdf

Siege Watch; https://siegewatch.org

Siege Watch, Final Report Out of Sight Out of Mind: The Aftermath of Syria's Sieges, February-May 2018; https://siegewatch.org/wp-content/uploads/2015/10/pax-siege-watch-final-report-spread.pdf

World Food Summit, Rome Declaration on World Food Security, 13-17 November 1996, Rome, Italy; http://www.fao.org/WFS/

NEWS & PRESS RELEASES:

Food Insecurity in War-Torn Syria: From Decades of Self-Sufficiency to Food Dependence, Carnegie Endowment for International Peace, 04 June 2015; https://carnegieendowment.org/2015/06/04/food-insecurity-in-war-torn-syria-from-decades-of-self-sufficiency-to-food-dependence-pub-60320.

Forgotten War Crime: Starvation in Syria, Food (Policy) for Thought, 21 January 2016; http://foodpolicyforthought.com/2016/01/21/the-forgotten-war-crime-starvation-in-syria/

"UN on vacation while the hungry in Madaya are calling", 05.01.2016; http://orient-news.net/en/news_show/98960/0/UN-on-vacation-while-the-hungry-in-Madaya-are-calling.

UNICEF, Intense violence in Syria's East Ghouta shuts schools, deprives children of medical care, 10 December 2017; https://www.unicef.org/press-releases/intense-violence-syria-east-ghouta-shuts-schools-deprives-children-medical-care

UN News, "From droughts to floods in Somalia; displacement and hunger worsen, says UN", 8 June 2018; https://news.un.org/en/story/2018/06/1011741.

UN News, "Nigeria: Famine averted but millions still at risk, stresses top UN relief official", 13 September 2018; https://news.un.org/en/story/2017/ 09/564812-nigeria-famine-averted-millions-still-risk-stresses-top-un-relief-official

UN News, "Syria", https://news.un.org/en/focus/syria

UN News, "Yemen: 'Time is running out' to head off devastating famine, warns UN food agency chief", 19 September 2018; https://news.un.org/en/story/2018/09/1019752

World Food Programme (WFP), Syrian Arab Republic; http://www1.wfp.org/countries/syrian-arab-republic

World Food Programme (WFP), Syria mVAM Bulletin 18 October 2017; https://docs.wfp.org/api/documents/WFP-0000039510/download/

COURT DECISIONS:

Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nurnberg, 14 November 1945 to 1 October 1946, published at Nurnberg, Germany (1947).

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1986.

ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadič Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, Appeals Chamber, 2 October 1995.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.

Legal Consequences of the Construction of a Wa11 in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 2004.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. *Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005.*

İNGİLİZ HUKUKUNDA HAKLI BEKLENTİ DOKTRİNİ*

-Patere Legem Quam Ipse Fecisti*-*

Arş. Gör. Nuray SÜMER***

Öz: Bu çalışmada parlamento egemenliğini benimsemiş Anglo-Sakson hukuk dünyasında haklı beklenti doktrinin tanınma sürecinde yaşanan sancılar, bu doktrinin paradigması üzerinden tespit edilmiştir. Haklı beklenti doktrini ve idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılmaması ikilemi, birbiriyle çelişir gibi görünen ancak tersine birbirini dengeleyen bir alan yaratmaktadır. İngiliz *common law* yargısı bugün haklı beklenti paradigmasını idarenin takdir yetkisinin denetiminde başvurduğu makullük ve orantılılık testiyle çözümlemektedir. Ancak bu çalışmada yargının haklı beklenti doktrinine yakın zamanda bu testlerden ayrı, idarenin yargısal denetiminde müstakil bir araç olarak başvuracağı iddia edilecektir. Zira bu testlerin sağladığı standart yargısal denetim, haklı beklenti taleplerinin karşılanmasında kamu yararının yarattığı "gri alanın" açıklığa kavuşturulmasına yardımcı olamamaktadır.

Anahtar Kelimeler: haklı beklenti, ingiliz hukuku, makulluk, orantılılık, idarenin takdir yetkisi

---

* Bu çalışmada çok değerli katkılarını esirgemeyen Glasgow Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Sayın Prof. Dr. Esin Örücü'ye sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Bu çalışmada başvurulan İngiliz mahkeme kararlarına www.westlaw.co.uk adresinden erişim sağlanmıştır.

** *Patere legem quam ipse fecisti, Kant*'ın ahlak felsefesi tezinde ortaya attığı (SULLIVAN Roger J., **Immanuel Kant's Moral Theory**, Cambridge University Press, Cambridge, 1989) ve bugün neredeyse evrensel bir kaide olan "insanın kendi koyduğu yasalara uygun davranması" anlamına gelen latince bir deyimdir. Bu esas, hukuk devletinde bu ilkenin alt unsurları olan hukuki istikrar ve öngörülebilirlik kaidelerinin temelini teşkil eder. Bu çalışma bağlamında söz konusu deyim, "idarenin daha önce tesis ettiği işlem veya teamüllerine bağlı olması" anlamıyla sınırlandırılmıştır.

*** Makale gönderim tarihi: 03.02.2019. Makale Kabul tarihi: 31.05.2019.

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.
(ORCID kimlik no: 0000-0001-7404-7811; nuraysmr@gmail.com).

THE DOCTRINE OF LEGITIMATE EXPECTATION IN ENGLISH LAW

-Patere Legem Quam Ipse Fecisti-

Abstract: The "travail" of the recognition of the legitimate expectation doctrine is built upon its paradigm in this study. Hereunder, the legitimate expectation paradigm is based upon the dichotomy between the discretion of power and legitimate expectations. Anglo-Sakson common law world seeks to assess this complex dichotomy by means of Wednesbury unreasonableness and proportionality test applied for the judicial review of the discretion of power for now. However, it is pointed out that the clear distinction of the legitimate expectation doctrine shall eventually separate from these tests and apply per se under the definition of legitimate expectation or another-called tests. This is because these two tests do not propose efficient judicial review in assessing the "grey zone" created by public interest in public law.

Keywords: legitimate expectation, english and wales law, wednesbury unreasonableness, proportionality, discretionary power

GİRİŞ

Parlamento egemenliği ilkesini benimsemiş Anglo-Sakson hukuk sisteminde, yasalar tarafından idareye tanınan "kutsal" takdir yetkisine, yargının haklı beklenti talepleriyle müdahale eğilimi önceleri 'sapkın' addedilecek kadar olağandışı kabul edilmekteyken; bugün söz ve savunma hakkı verilmesine yönelik usule ilişkin haklı beklenti taleplerinin tartışmasız kabulünün yanı sıra, esasa ilişkin haklı beklenti taleplerinin *makullük* veya *orantılılık* argümanlarıyla tartışılması kaderin bir cilvesi olabilir mi?

Hukukun tekamül seyri, yaşanan gelişmelerin tesadüf olarak değerlendirilemeyeceğini ortaya koymaktadır. Bu gelişmeler haklı beklenti doktrinin prospektüsünü ortaya koymak bakımından ilgi çekicidir. Bu çalışmanın amacı, İngiliz Hukuku[1] ve Türk Hukukunda[2] haklı beklenti doktrinlerini

---

1 Büyük Britanya'nın sahip olduğu üç farklı hukuk sistemi vardır ve bunlar Kuzey İrlanda, İskoç ve İngiliz hukukudur. Bunlar içerisinde yer alan İrlanda Hukuku ve İskoç Hukuku göstermekte olduğu farklılıklar dolayısıyla bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur. Bu çalışmada "İngiliz Hukuku" terimi, yalnızca İngiltere ve Galler bölgesinde uygulanan hukuk açısından başvurulan bir içeriği haizdir.

2 *Oğurlu*, 2003 tarihli eserinde "(…)Haklı Beklentiler bir Hayal mi?" başlığında hukukumuzda bu ilkenin gelecekte tanınacağını ifade etse de, o tarih itibariyle haklı beklentilerin korunmasının uzak bir ihtimal olarak görüldüğünü ilave etmekteydi (OĞURLU Yücel, **Ka-**

karşılaştırmak değildir.[3] Dahası, İngiltere'de haklı beklenti doktrinin ümranlılığından dem vurup, olması gereken haklı beklenti doktrinini açıklamak da değildir. Bu çalışma sadece İngiliz Hukuku'nda haklı beklenti parametrelerini tarafsız olarak ortaya koyma iddiasındadır. Bu sebeple, çalışmanın ekseni haklı beklenti paradigmasına oturtulmuştur. İlk kısımda paradigmanın "dünü", ikinci kısımda yargının kullandığı haklı beklenti argümantasyonuyla paradigmanın "bugünü" ve haklı beklentinin müstakil bir argüman olarak başvurulabilirliğine ilişkin öngörü ile sonuç kısmında paradigmanın "yarını" ortaya konulacaktır.[4]

Haklı beklenti paradigmasının tanınma süreci, *common law* yargısının haklı beklenti taleplerine gösterdiği direnci ortaya koymak bakımından ilgi çekicidir. Çevre hukuk sistemlerinden etkilenerek İngiliz yargısına "merhaba" diyen bu doktrini temellendirme çabaları, haklı beklentinin doğum sancıları ve haklı beklenti kaynağının tespitiyle ilk kısımda ortaya konulacaktır. İkinci kısımda ise söz konusu doktrinin kamu yararı düşüncesinin hakim olduğu idare hukukunda mutlak anlamda korunmasının idarenin takdir yetkisini sınırlandırma "tehlikesi" karşısında *common law* yargısının bu doktrinin paradigmasını usule ilişkin taleplere hasretmesi ve buna karşın yargının hukuki güvenlik ilkesi gereği bu yaklaşımı idarenin yargısal denetiminde

---

zanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 285); *Bülbül*, 2010 yılında Türk İdare Hukuku açısından "hukuka bağlı idare anlayışının olağan bir sonucu" olarak haklı beklentilerin düzenleyici işlemlerde dahi dikkate alınması gerekliliğini belirtmiş (BÜLBÜL Erdoğan, **İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması**, Beta, İstanbul, 2010, s. 45.) ve 2017 tarihli Selçuk Gişi tarafından kaleme alınan "Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi" (GİŞİ Selçuk, **Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi**, Onikilevha, İstanbul, 2017) ve Selman Sacit Boz tarafından kaleme alınan "İdare Hukukunda Haklı Beklentilerin Korunması" (BOZ Selman Sacit**, İdare Hukukunda Haklı Beklentilerin Korunması**, Seçkin, Ankara, 2017) eserleri ve son yayınlanan Danıştay Dergilerinde sıklıkla yer almaya başlayan haklı beklenti konusunda yargı kararları da aradan geçen on dört yıllık sürede Türk İdare Hukukunda katedilen yolu göstermek bakımından ilgi çekicidir.

3 Bu çalışmada dipnotlarda yer yer Türk İdare Hukuku bakımından değerlendirmelere yer verilecektir. Ancak bu değerlendirmeler, makro ölçekte ülke sistemlerinin karşılaştırması veya mikro ölçekte kavramsallaştırma üzerinden yapılmadığından teknik anlamıyla bir "karşılaştırma" olarak nitelendirilemez. Karşılaştırmalı Hukuk Metodolojisi bakımından detaylı bilgi için bkz. ÖRÜCÜ Esin, **The Enigma of Comparative Law Variations on a Theme fort he Twenty First Century**, Springer, Leiden, 2004.

4 Belirtmek gerekir ki bu çalışma esas olarak idare hukuku kapsamında haklı beklenti tartışmasını konu alacağından, idare hukukunu aşan yaklaşım ve yorumlar bu çalışmanın kapsamı dışında tutulacaktır.

başvurduğu makullük ve orantılık araçlarıyla esnetme çabaları arasındaki çetrefilli paradigma inşaa süreci ortaya konulacaktır.

I. İNGİLTERE'DE HAKLI BEKLENTİ DOKTRİNİNİ TEMELLENDİRME ÇABALARI

1. Haklı Beklenti Kavramının Doğuşu

Haklı beklenti kavramına yalnızca idare hukukunda değil, hukukun diğer dallarında da başvurulmakta ve bu durum haklı beklenti doktrinin 'doğum tarihinin' belirlenmesini güçleştirmektedir. Bir yandan, liberal anayasa teorisinin öncülerinden *Hayek ve Dworkin* çalışmasında[5] özgür bir toplumun seçimle değişen yürütme erki karşısında sistemin kurumsal kimliğin devamlılığını, kurumlar üstü ilkeler topluluğunun varlığına bağlamakta ve haklı beklentilerin korunması ilkesi de bu ilkelerden biri olarak karşımıza çıkmakta iken, diğer yandan İngiliz *common law* dünyasında 1881 tarihli temyiz mahkemesinin kararında, "Parlamento Kanunu'nun ilgili hükümlerinin bireylerin haklı beklentilerine müdahale niteliğinde yorumlamaması gerektiği" şeklinde bir argüman olarak başvurulmuştur.[6] *Hayek*'in liberal anayasacılık teorisi veya 1881 tarihli temyiz mahkemesi kararından hangisi haklı beklentinin doğumu olarak kabul edilecektir? Bu bölümde doktrinde ileri sürülen görüşler ışığında haklı beklentinin doğuşuna ve haklı beklenti doktrinin kaynağına ilişkin tartışmalar ele alınacaktır.

A. Vertrauensschutz (Güvenin Korunması İlkesi)

İngiliz hukukunda haklı beklenti doktrinin çevre hukuk sistemlerinden etkilendiği[7] ve bilhassa Almanya'da idari kararların serbestçe geri alına-

---

5 HAYEK Friedrick A., **The Constitution of Liberty**, Routledge, London, 1960, s. 217–18; DWORKIN Ronald, **Freedom's Law: The Moral Reading of American Constitution**, Oxford University Press, Oxford, 1999**.**

6 In re Barker (1881) 17 Ch. D 241, para. 243.

7 Nitekim *Agriculture* davasında Yargıç Sedler, haklı beklentinin İngiliz hukukunda "yeni bir doktrin" olduğunu ve kapsamının belirlenmesinde çevreden (topluluk hukukundan) öğrenilecek çok şey olduğunu ifade etmiştir. Bkz. *R v Ministry for Agriculture, Fisheries and Foods, ex p Hamble (Offshore)* [1995] 2 All ER 714, para. 725. *Forsyth*, İngiliz hukuku ile Avrupa topluluk hukukunun karşılıklı etkileşiminden açıkça bahsedilmese de haklı beklentinin Avrupada başvurulan kapsamının İngiliz yargısını da etkilediğini iddia etmektedir. FORSYTH Christopher F., "The Provenance and Protection of Legitimate Expectations", **CLJ**, S.47, 1988, s. 242. Buna karşın, *Thomas* İngiliz hukukunda bu kavramın 1980 sonra-

bilmesine karşı bir güvence olarak ortaya çıkan *vertrauensschutz* (güvenin korunması ilkesi) kavramından türediği iddia edilmektedir.[8] Haklı beklenti doktrinin İngiliz ve Alman hukukunda başvurulan kapsam ve sınırlarının farklılığı bu iddianın isabetliliğini tartışmaya açmıştır. Alman hukukunda haklı beklenti doktrini sadece retroaktif idari işlem veya teamüllere uygulanmaktadır. Hukuka aykırı da olsa idari işlemlerin geri alınması söz konusu hukuk sisteminde bu ilke ile oldukça sınırlandırılmıştır. Dahası, İngiliz hukukunda hukuka aykırılığı sebebiyle iptal edilen işlem dolayısıyla bireyde oluşan haklı beklenti taleplerinin tazminatla karşılanması mümkün iken; *vertrauensschutz* ilkesi haklı beklenti taleplerinin "aynen iadesini" gerektirmektedir. İdareye güven ilkesi çerçevesinde idari işlemlerin geçmişe yürümemesi ve haklı beklentinin korunması, devletin kurumsal kimliğinin devamı açısından elzem olup, aksinin düşünülmesi halinde idarenin kaos ve şiddet ikilemi arasında kalacağı belirtilmiştir.[9]

Alman hukukunda kullanılan bağlamı tarihsel arka planıyla birlikte[10] değerlendirildiğinde retroaktif işlemlere hasredilmiş haklı beklenti doktrininin, Anglo-Sakson hukuk sisteminde başvurulan doktrini açıklayamayacağı iddia edilebilir. Dahası, İngiliz yargısında haklı beklentinin Alman hukukunun aksine güvenin korunması ilkesinden türemediği belirtilmektedir.[11] İdareye güven ilkesi ve haklı beklenti arasında söz konusu hukuk sisteminde neden-sonuç ilişkisi olduğu iddia edilebilir ise de Anglo-Sakson dünyasında her haklı beklenti talebinin kökeninde idareye güven ilkesinin yer almadığı belirtilmektedir.[12] Söz konusu farklılıklar dolayısıyla İngiliz hukukunda başvurulan bu doktrinin kaynağının doğrudan *vertrauensschutz* olmadığı açıktır.

---

sında Avrupa hukukunun etkisi altında geliştiğini iddia etmektedir. THOMAS Robert, **Legitimate Expectations and Proportinality in Administrative Law**, Hart Publishing, Oxford, 2000**.** s. 49. (Bundan sonra metin içerisinde "Agriculture davası" olarak anılacaktır.)

8 **FORSTYH**, 1988, s. 242; **THOMAS**, s. 42. Fransızcada, haklı beklenti teriminin karşılığı "*protection de la confiance legitime"* dir. Bu terimin ingilizceye çevirisi "*legitimate confidance"* ise de güven kelimesinin doğuracağı tereddütler karşısında, bunun yerine *beklenti* kelimesinin tercih edildiği iddia edilmiştir. **FORSYTH**, 1988, s. 242.

9 *R v Inland Revenue Commisioners ex p.MFK underwriting [1990]* 1 WLR 1545, 1569-1570.

10 Detaylı bilgi için bkz. NOLTE George, 'General Principles of German and European Administrative Law: A Comparison in Historical Perspective' **M.L.R**., S. 57, 1994, s. 191.

11 FORSYTH Christopher, "Legitimate Expectations Revisited", **JR**, S.16, 2011, s. 429-439.

12 BARAK-EREZ Daphne, "The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests", **ERPL**, S. 11/4, 2005, s. 587.

B. Schmidt Kararı ve Ötesi

İngiliz idare hukukunda yapılan neredeyse bütün haklı beklenti çalışmalarında *Schmidt* davası[13], Anglo-Sakson dünyasında haklı beklentinin doğuşu olarak değerlendirilmektedir.[14] Bu dava, İngiltere'ye öğrenim görmek amacıyla seyahat eden iki Amerikan öğrencinin, oturum izinlerinde öngörülen sürelerin dolması üzerine uzatım taleplerinin söz ve savunma hakkı verilmeden reddedilmesine ilişkindir. Temyiz mahkemesi, kanunla öngörülmüş bir hakkın veya korunan hukuki bir menfaatin veya haklı bir beklentinin olması durumunda bireye söz ve savunma hakkı verilmesi gerektiğini belirtmiştir.[15] Haklı beklenti kavramını bu davada ilk kez kullanan Yargıç Denning, kullanımından yirmi yıl sonra bu kavramı esasında "uydurduğunu"[16] belirtse de bugün bu dava doktrinde haklı beklentinin doğumuna referans olarak gösterilmektedir.[17]

Bir hak veya menfaatten farklı olarak haklı beklentinin bulunması halinde söz ve savunma hakkının tanınacağına ilişkin Yargıç Denning'in görüşünde *doğal adalet* ve *hakkaniyet* düşüncesi etkili olmuştur. Buna göre, *Scientology* kolejinde okuyan iki Amerikalı öğrencinin bölümlerinin kapatılmasıyla birlikte vize uzatım taleplerinin söz ve savunma hakkı verilmeden reddi, usuli adalet ilkesine aykırıdır ve bu ilke bir usul hukuku kuralı olan idarenin adil davranma ödevinin bir sonucudur.[18] Kamu hukukuna yön veren temel ilkelerden biri olan "hakkaniyet" şemsiyesi altında idarenin öğrencilere savunma imkanı tanıması ve adil davranması beklenir.

---

13 *Schidt v. Secretary of State for Home Affairs* [1969] 2 Ch 149. (Bundan sonra metin içerisinde "Schmidt davası" olarak yer alacaktır.); *R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex parte* Hook [1976] 1 WLR 1052. Buna karşılık, *Schmidt* kararında söz ve savunma hakkı talebi mahkemece yerinde görülmediğinden dava reddedilmiştir. Bu sebeple söz konusu davanın esasında haklı beklenti doktrinin doğumuna sebep olmadığı iddia edilmektedir. Bkz. BINGHAM Sir Thomas, "There is a World Elsewhere': The Changing Perspectives of English Law" (1992) 41 **ICLQ** 513, s. 523.

14 HLOPHE John, "Legitimate Expectation and Natural Justice: English, Australian and South African Law", **South African Law Journal,** S.104, 1987, 165; **THOMAS**, s. 26.

15 Schmidt davası, 170F.

16 Lord Denning ifadesi için bkz. **FORSYTH**, 1988, s. 241.

17 BALDWIN, R. and HORNE, D. "Expectations in a Joyless Landscape", **MLR,** S. 49, 1986**,** s. 685; HADFIELD Brigid, "Judicial Review and the Concept of Legitimate Expectations", **NILQ,** S. 39, 1988, s. 103.

18 *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985]* A.C. 374, 415.

Haklı beklenti ilkesinin hakkaniyet zemininde tartışılması, haklı beklentinin *common law adaletinin ritüelistik bir afsunu* olmaktan öteye geçememesine sebep olmuştur.[19] Zira hakkaniyet ilkesinin kapsamı belirlenememekte[20] ve takdir yetkisinin kötüye kullanılmaması prensibi gibi hukuk devleti ilkesinin ahlaki bir normu[21] olmaktan öteye geçememektedir. Bu durum tersi bir etki yaratarak haklı beklenti doktrinin alanını daraltmış ve geleneksel İngiliz yargısının yürütmeden bağımsızlığı prensibini ve yürütmeye müdahale etmeme eğilimini daha da güçlendirmiştir. Aynı şekilde "yetkinin kötüye kullanılması" argümanı da, mahkemelerin yerindelik denetimine yol açacağı çekinceleri ile haklı beklenti taleplerinin önünü tıkamaktadır.[22] Söz konusu ilkelere başvurulması isabetsiz değildir; ancak bu ilkeler haklı beklenti doktrinin tam anlamıyla açığa kavuşturulmasına yardımcı olamamaktadır.[23] Bu açından da Anglo-Sakson hukuk dünyasında haklı beklentinin yargısal tetkikinin yoğunluğunu meşrulaştıramamaktadır.[24]

Sonuç olarak Yargıç Denning'in başvurduğu haklı beklenti kavramının günümüz haklı beklenti doktrininin yaygın kullanımını karşılamadığı[25] ve yargıcın kararında başvurduğu ancak kararın esasını etkilemeyen bir husus anlamına gelen *obiter dictum* olduğu belirtilmiştir. [26] Haklı beklentinin hakkaniyet ve hakkın kötüye kullanımı[27] gibi *common law* sisteminde halihazır-

---

19 Thomas, s. 52. *Hamble* kararı her ne kadar bunun aksine açıklamalar ihtiva ediyorsa da, *Hargreaves* kararında çatışan menfaatlerin hakkaniyet temelinde dengelenmesinin isabetsiz olduğu vurgulanmıştır. T sınırının ne olacağı ise bir diğer tartışmalı konulardan biridir.iew 2011, s.429-439. gerektirir. Temyiz mahkemesi, davacının ileri sürdüğü "hakkaniyet gereği idarenin geçmiş uygulamasına bağlı kalması gerektiği" argümanını, *Wednesbury* testinin uygulanmasını gerekçe göstererek reddetmiştir. *R* v *Secretary of State for the Home Department, ex p Hargreaves,* p. 921. (Bundan sonra metin içerisinde "Hargreaves kararı" olarak anılacaktır.) Bu kısım, çalışmanın devamında *Haklı Beklenti Argümantasyonları* başlığında detaylandırılacaktır.

20 *R (Anufrijeva) v Home Secretary,* [2004], 1 A.C. 604.

21 **FORTSYTH,** 2011, s. 431.

22 WATSON Jack, "Clarity and ambiguity: a new approach to the test of legitimacy in the law of legitimate expectations", **Legal Studies**, S. 30/4, 2010, s. 633.

23 **FORSTYH,** 2011, s. 431.

24 **WATSON,** s. 633.

25 LEYLAND Peter, GORDON Anthony, **Textbook on Administrative Law**, Oxford University Press, 8.Bası, s. 358.

26 PANDYA Abhijit PG, "Legitimate Expectations in English Law", **JR**, S.14, 2009, s. 173.

27 Bu çalışmada başvurulan hakkaniyet ve hakkın kötüye kullanımı yasağı ilkelerini, Türk Medeni Kanun düzenlemesiyle kıyaslayarak kapsamını belirlemek isabetli olmayacaktır. Zira

da ölçü norm olarak başvurulan ilkelere dayanılarak açıklanması[28], esasında bu davanın 'haklı beklentinin ebeveyni' olduğu şeklinde doktrinde yapılan değerlendirmelerin de isabetliliğinin tekrar gözden geçirilmesini gerektirmiştir. Bu sebeple bu davayla Yargıç Denning'in haklı beklenti doktrinini İngiliz Hukuku'nda "üretmediği" açıktır.[29]

2. Haklı Beklentinin Kaynağı

Haklı beklenti doktrininin "doğum tarihinin" yanı sıra, kapsam ve sınırlarının net olarak belirlenemeyişi[30] sebebiyle haklı beklentiden artık bir doktrin olarak bahsetmenin bir kenara bırakılıp; haklı beklentinin kaynağını teşkil eden idari işlemler veya idari teamüllere yoğunlaşmanın daha isabetli olacağı iddia edilmektedir.[31] Buna karşın haklı beklentinin bir doktrin oluşturduğu belirtilerek literatürde 'varlığının' ispatlanmaya çalışıldığı çalışmalar da söz konusudur.[32] Bu kısımda, bugün için varlığı inkar edilemeyen haklı beklenti doktrini *ipso iure* kabul edilerek söz konusu doktrinin kaynağını teşkil eden idari işlemler ve teamüller ele alınacaktır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK), "hakkaniyet" ve "hakkın kötüye kullanımı yasağını" farklı maddelerde düzenleyerek; hâkimin hukuka ve hakkaniyet uygun olarak karar vereceğini (TMK, md.4) ve bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzeni bakımından korunmayacağını (TMK md.2/2) belirtmektedir. (Detaylı bilgi için bkz. EDİS Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, AÜHF Yayınları, 6.Bası, Ankara 1997, s. 290- 355) Halbuki İngiliz *common law* yargısının haklı beklenti doktrini çerçevesinde başvurduğu hakkaniyet ve hakkın kötüye kullanımı prensipleri, idarenin takdir yetkisinin denetiminde başvurduğu araçlardır. Türk İdare Hukuku literatüründe yargı kararlarında başvurulan karşılıklarının "kamu yararı ve hizmet gereklerine" veya "hakkaniyete" aykırılık olduğu iddia edilebilir. İdarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminde başvurduğu ölçütlerden biri olan kamu yararı ve hizmet gerekleri için bkz. KAYA Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, Oniki Levha, 2.Bası, İstanbul 2014, s. 157-175.

28 Bkz. Lord Templeman ifadesi için, *Lloyd v. McMahon*, [1987] AC 625.

29 **BINGHAM,** s. 523.

30 *Williams*, Haklı Beklenti Doktrinlerini ele aldığı 2016 tarihli makalesinde, haklı beklenti doktrinin hala belirlenemeyişine yönelik görüşünü ifade ederken sınırları belirlenemeyen anlamına gelen "amorphous" terimini kullanmaktadır. WILLIAMS Rebecca, "The Multiple Doctrines of Legitimate Expectations", **LQR**, 2016, s. 132.

31 ELLIOT Mark, "Legitimate Expectation and Search for Principles, Reflections on Abdi&Nadarajah", **JR,** S. 11, 2006, s. 254.

32 Ahmed ve Perry çalışması bu iddianın ispatı üzerine kurulmuştur. Nitekim yazarlara ait çalışmaların başlığı 'Haklı Beklenti Doktrinin Tutarlılığı'dır. AHMED Farrah, PERRY Adam, "The Coherence of the Doctrine of Legitimate Expectations", **CLJ**, S. 73, 2014, s. 61-85. Bir diğer makale için bkz. **BARAK-EREZ**, s. 583.

Bu çalışmanın ilk bölümünde de ifade edildiği üzere haklı beklenti doktrini, yargı kararlarında idareye güven ve hukuki belirlilik ilkeleriyle açıklanmaya çalışmakta idi.[33] Buna göre idare, takdir yetkisini kullanırken istikrarlı uygulamalarına bağlı kalmalıdır. İdari istikrar ilkesi[34], idarenin gelecekte de takdir yetkisini aynı yönde kullanacağının karinesidir. Kuşku yok ki, söz konusu karine 'kanuni karine' olmayıp, idare veya bireylerin fiillerinden yararlanarak belli olmayan olgular hakkında sonuç çıkartılmasını ifade eden 'fiili karine' olarak kabulü gerekir.[35] Bu yaklaşım, idarenin belirli yönde davranmasının sebebi veya gerekçesi olmayıp, hukuki belirlilik esasına dayanmaktadır.[36] Bu noktada haklı beklenti kaynağının tespiti önem arz etmektedir.

Öncelikli olarak idari işlemler *ipso iure* haklı beklenti kaynağı oluşturabilir. Haklı beklentilerin kaynağı bu takdirde düzenlemenin bizatihi kendisi olacaktır. Ancak hukuki belirlilik, haklı beklentinin kaynağı olan bütün idari işlemlere teşmil edilememekte; pozitif düzenlemeler her zaman öngörülebilir hükümler ihtiva etmemektedir. Bu halde, dokrinin kaynağının daha kapsayıcı bir çerçevede değerlendirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Dahası söz konusu düzenlemeye vücut veren temel düşüncenin, düzenlemenin kendisinden daha geniş zemini olduğu unutulmamalıdır- ki düzenlemenin yokluğunda dahi daha geniş esasta haklı beklentinin varlığı ileri sürülebilsin.

Her makul (*reasonable*) veya her haklı (*justified*) beklenti, idare hukukunda haklı beklentinin kaynağını teşkil etmez. Haklı beklenti doktrini, beklentinin haklılığıyla veya gerçekte beklenilebilir olmasıyla ilgilenmez. O halde, haklı beklentinin kaynağını tespit etmek haklı beklenti doktrinine bağlanan sonuçların ortaya konulabilmesi açısından önem arz etmektedir. Haklı beklenti doktrini, idare nam ve hesabına irade açıklamaya yetkili idarelerin birel nitelikli işlemlerinden veya idari teamüllerden oluşur.[37]

---

33 Bkz. I. Bölüm, A. Haklı Beklentinin Doğuşu.

34 İstikrar ilkesinin değerlendirmesinde *Bülbül,* Türk Danıştayı'nın örtülü bir biçimde "bireyin mevcut hukuki durumunda" yapılacak değişikliklere ilişkin haklı beklenti taleplerini karşıladığını belirtmektedir. Örnek olarak ise Danıştay'ın özendirme ve destekleme faaliyeti kapsamında idare tarafından sağlanan güvencelerin artırılması halinde yatırımcıların artan kısımdan yararlanma taleplerini, "halihazırdaki yatırımcılar için uygulanması gerekli zaruretler" olarak değerlendirmeyerek reddetmesine ilişkin kararını göstermektedir. Bu kapsamda "kardan zarar" beklentilerinin değil; ancak "mevcut koşullarda kötüleşme" olarak değerlendirilecek değişikliklere vurgu yapmaktadır. Bkz. **BÜLBÜL**, s. 50.

35 Karineler hakkında bilgi için bkz. **EDİS**, s. 372-373.

36 **AHMED, PERRY**, s. 68.

37 Yargıç Fraser'ın ifadesi için bknz. *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil*

Ahmed ve Perry'in çalışması,[38] haklı beklentilerin esasında bir kaideye dayandığını iddia etmektedir. Bu kaide ile haklı beklenti, kendi içerisinde tutarlıdır ve en önemlisi bir doktrin oluşturmaktadır. Buna göre idare, *patere legem quam fecisti* (sözünü tutma kaidesi) olarak özetlenebilecek öncelikle ahlaki bir normla bağlıdır.[39] İdarenin ahlaki normunun dayanağı, daha önce hukuka uygun tesis edilen *birel işlemler* olabilir. Hukuki belirlilik ilkesinin bir sonucu olarak her birey, idarenin tesis ettiği işlemlerin devam edeceğine güven duymaktadır.

Birel işleme dayanan haklı beklenti, objektif hukuk normlarından kaynaklanan müşahhas ve muayyen bir talepten doğabileceği gibi, doğrudan idareyle kurulan birebir ilişkiden de kaynaklanabilir. İkinci halde, idare ile birey arasında bireyin iradesinin sürece dahil edilmesiyle adeta sözleşmesel bir ilişki kurulmaktadır ve bu ilişki çerçevesinde oluşan beklenti, "mikro-ölçekte kurulan birey-idare ilişkisine" dayanılarak talep edilebilir hale gelmektedir.[40] Bu ilişki, idarenin takdir yetkisini kullanmasına bağlı olarak da gelişebilir. Bu durumda idarenin takdir yetkisini kullanımı ile birlikte artık birey açısından kişiselleşmiş bir durum oluşturmakta ve bu sebeple zarar doğmuş ise bu zararın karşılanması gerekmektedir.[41] Bu doktrin çerçevesinde idarenin takdir yetkisini kullanarak tesis ettiği işlemler[42] adeta ortaya çıktığı andan itibaren mücerret hale gelmekte ve mücerret hale gelen bu kurallar idareyi "bağlamak"tadır.

İdari işlemin haklı beklenti oluşturduğu basit bir okumayla (*fair reading*) tespit edilebilir.[43] Ancak bazı davalarda basit bir okumayla yapılacak

---

Service, [1985] A.C. 374, 401B. (Bundan sonra metin içerisinde GCHQ davası olarak yer alacaktır.)

38 Ayrıntılı bilgi için bkz. **AHMED, PERRY**, s. 70.

39 RAZ Joseph, "Promises and Obligations", in **Law, Society and Morality**, Essays in honour of H. L. A. Hart, edited by P. M. S. Hacker and J. Raz, Oxford, 1977.

40 *R (Nadarajah) v Secretary of State for the Home Department*. *Coughlan* kararında da "sözleşmesel bir ilişkiden" söz edilmektedir. *R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan*, [2001] Q.B. 213 (C.A.) para. 59. (Bundan sonra metin içerisinde "Coughlan kararı" olarak anılacaktır.)

41 CRAIG Paul, **Administrative Law**, Sweet and Maxwell, 6. Basım, 2010**,** s. 673.

42 *Ahmed ve Perry* çalışmasında söz konusu işlemleri idarenin kendi koyduğu "kurallar" olarak nitelendirmektedir. **AHMED, PERRY**, s. 73.

43 *Paponette and others v Attorney General of Trinidad and Tobago [2010]* UKPC 32 [2012] 1 AC 1 at [30].

tespit ihtilaf konusu olabilmektedir. *Hong Kong v Ng Yuen Shiu* davasında[44], mahkeme Hong Kong idaresinin, yasadışı göçmenlerin sınırdışı edilmesi hususunda her bir göçmenle ilgili olarak durumlarının ayrı ayrı değerlendirileceğine ilişkin idarenin sözlü irade açıklamasını idari işlem olarak değerlendirmiş ve davacıya dinlenilme imkanının verilmeden sınırdışı edilmesinin haklı beklenti doktrinine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Ancak uygulamada özellikle sözlü tesis edilen işlemler bakımından basit bir okumayla haklı beklenti kaynağının belirlenmesi kolay olmamaktadır. *Bancault* davasına konu olan uyuşmazlık[45], Britanya kolonisi olan Hint Okyanusu Bölgesindeki adaların Amerika Birleşik Devleti askeri üssü olarak tahsis edilmesiyle birlikte, bölgede ikamet eden *Chagossians* göçmenlerinin zorla tahliye edilmesine ilişkindir. Bireylerin olağan yargılama usullerine başvurarak açtığı davalar sonucu haksız bulunan İngiliz Hükümeti, "mahkeme kararını uygulayacağını" ifade etmiş ise de bölgenin savunma amacıyla kullanılmaya devam ettiğini ve yerleşim için uygun bir yer olmadığını belirterek, ilgililerin yerleşim talebini reddetmiştir. Bu kapsamda Kraliçe, istisnai düzenleme yetkisini kullanarak Chagossians'ların adaya dönmesini engelleyen iki düzenleme çıkartmıştır. Dışişleri Bakanlığı, mahkemenin bu düzenlemenin geçerliliğine karar verme yetkisinin olmadığını, nitekim kanunun yargı yolunu kapattığını belirtmiştir. Davacı ise, Kraliçenin yerleşim özgürlüğüne müdahale yetkisinin olmadığını ve idarenin "mahkemece verilen kararın uygulanacağına ilişkin daha önce yapılan irade beyanının" haklı beklenti oluşturduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, diğer argümanlarla birlikte değerlendirerek idarenin irade beyanının *açık* ve *kesin* olmadığına ve bu sebeple bu beyanın haklı beklenti oluşturmadığına hükmetmiştir. [46] Dolayısıyla idarenin sözlü irade

---

44 *Attorney General of Hong Kong v Ng Yuen Shiu* [1983] A.C. 629 (P.C.).

45 *R (Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (No.2) 2008 UKHL 61 [2009], 1 AC 453, para. 60.

46 Bu davada dikkat çekilmesi gereken ve "belki de" İngiliz yargısının çekimser kalmasının bir diğer sebebinin *hükümet tasarrufları* konusunda haklı beklenti taleplerinin önünü kapatma eğilimi olduğu iddia edilebilir. Kraliçenin yerleşme özgürlüğüne ilişkin tesis ettiği söz konusu kararın teknik anlamıyla "hükümet tasarrufu" olarak değerlendirilebilirliği ayrı bir sorudur; ancak bu alanda alınan kararlara karşı kanun ile yargı yolunun kapatılması ile makro-ölçekte ve siyasi mülazahalar dikkate alındığında, söz konusu kararın hükümet tasarrufu olduğu konusunda karine teşkil edebilir. Bu düzenlemelerin niteliği gereği haklı beklenti oluşturmaması gerekir. Nitekim İngiliz yargısının "hükümet tasarruflarına" ilişkin uyuşmazlıklarda haklı beklenti doktrinine dayanılamayacağına ilişkin, aynı eğilimi gösterdiği bir başka karar için bkz. *R (Wheeler) v Prime Minister* [2008] EWHC 1409 (Admin).

beyanlarının haklı beklenti kaynağı teşkil etmesi hususu, mahkeme tarafından somut olayda diğer argümanlarla birlikte değerlendirilmekte ve doğrudan "sözlü idari işlemlerin haklı beklenti kaynağı teşkil edeceği"ne ilişkin iddiayı çürütmektedir.

İkinci olarak haklı beklenti idari teamüllerden de kaynaklanabilir. İdari işlemlerin yanı sıra idari teamüllerin haklı beklentinin bir kaidesi olduğu değerlendirmesi, H.L.A. Hart'ın sosyal teorisi *(practice theory)* temelinde 'sosyal normlar' üzerinden izah edilmeye çalışılmıştır.[47] Sosyal normlar dışa yansıyan yönüyle belirli bir dizi sosyal kurallar oluştururken; içe yansıyan yönü itibariyle de davranışa yol gösteren "standardı" belirler. Haklı beklentiler bağlamında söz konusu dışa yansıyan kısmı itibariyle sosyal normların temelinde idarenin süregelen uygulaması bulunabilir. Örneğin, idari işlemlerin değişikliği öncesinde idari işlemin muhataplarına danışmak (dışa yansıyan boyutuyla) ve bu danışmaya bağlı kalmak (içe yansıyan boyutuyla) bir pratik halini almış olabilir.[48] Usuli haklı beklentinin yanı sıra esasa yönelik haklı beklenti talepleri de, örnek olsun idarenin istikrarlı olarak her sene verdiği ruhsatın gelecekte de verileceğine ilişkin duyulan güvenin de haklı beklentinin kaynağını oluşturabileceği belirtilmiştir.[49]

---

47 *Hart*'ın teorisi için bkz. HART Herbert Lionel Adolphus, **The Concept of Law**, 3. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2012.

48 *R v Brent L.B.C., ex p. Gunning* davasında mahkeme, velilere danışılmadan çocuklarının eğitimine ilişkin değişiklik yapılmasının hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir. Her değişiklik öncesinde velilerin sürece dahil edilmesi şeklinde oluşan idari teamülün, söz konusu somut olay bakımından uygulanmaması sosyal pratiğe uygun değildir. *R v Brent L.B.C., ex p. Gunning* [1985] 84 L.G.R, 168 (Q.B). Bir başka dava olan *Unilever* kararında, davacının vergi indirim talebi yirmibeş yıl boyunca idare tarafından kabul edilmekte iken, idare yeni aldığı kararı doğrultusunda vergi indirim taleplerini 'bir yıllık' zaman sınırlamasına tabi tutmuş ve Unilever'in bu süreye uymaması dolayısıyla '17 milyon sterlinlik' vergi muafiyeti talebini reddetmiştir. Unilever ve idare arasında yirmibeş yıldır süregelen uygulamanın aniden 'talebe bağlı' hale gelmesi ve bu talebe cevap verilmesi konusunda Unilever'in geç tutumu dolayısıyla vergi indirimi talebinin reddi, idareyle aralarında oluşan 'mikro-sosyal kurallara' aykırıdır. İdareyle birey arasında kurulan bir nevi sözleşmesel ilişki mikro ölçüde sosyal bir norm olarak kabul edilmekte; idarenin çelişkili davranış yasağı sosyal kuralın "içe yönelik kısmını" oluşturmaktadır. Dikkat çekmek gerekir ki, burada haklı beklenti, pozitif bir düzenlemeye dayanmamaktadır. İdarenin standartlarından sapmasının sosyal normlara aykırı olduğu kabul edilmektedir. İdare yasama tarafından oluşturulan sınırlarla bağlı kalarak, kendini de bağlayan "kuralları" oluşturmaktadır. *R* v *Inland Revenue Commissioners, ex p Unilever plc* [1996] STC 681. Detaylı bilgi için **AHMED, PERRY.**

49 *McInnes v Onslow Fane* [1978] 3 All ER 211. Burada, haklı beklentinin korunması 'ruhsatın verilmesi' gibi bireyde oluşan beklentinin "doğrudan karşılanması" şeklinde değil; idarenin

İdarenin birel işlemleri ve idari teamüllerden farklı olarak *genel düzenleyici işlemler* haklı beklenti kaynağı teşkil eder mi? Kural olarak idarenin genel düzenleyici işlemlerinde kamu yararı gerektirdiğinde değişiklik yapabilmesi ve haklı beklenti taleplerinin idarenin hareket alanını sınırlandırmaması için bu işlemlerin haklı beklenti kaynağı teşkil etmeyeceği iddia edilebilir.[50] Ancak *Coughlan* kararıyla birlikte düzenleyici işlemden kaynaklanan haklı beklenti taleplerinin "doğrudan reddi" tartışmaya açılmıştır.[51] Bu kararda mahkeme, esasa ilişkin haklı beklentinin kaynağını temel olarak "birel işlemlere" dayandırmaktadır;ancak bunun yanı sıra düzenleyici işlemlerden kaynaklanan haklı beklenti taleplerinin hukuki istikrar ilkesi gereği korunabileceğini belirtmektedir.[52] Buna göre mahkeme, düzenleyici işlemler arasında bir ayrım yapmaktadır. Düzenleyici işlemlerde yapılan değişiklikler, *doğrudan belirli veya belirlenebilir* bir grubu dışarıda bırakmakta veya belirli gruba uygulanıyor ise; yani müşahhas ve muayyen bir grup ise ve bu değişikliği gerektiren üstün kamu yararı[53] yoksa ilgili kimseler açısından idari istikrar ilkesi gereğince haklı beklentinin korunması gerekir.[54] *Couhg-*

---

süregelen uygulamalarından ayrılmasını gerektiren gerekçelerin uygulamadan etkilenen bireye açıklanması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. IV. Haklı Beklenti Paradigmasının Çözülüşü.

50 Zira aksi halde bu iddia, İngiliz Hukukunda idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılmaması ikilemiyle karşılaşır. Detaylı Bilgi için bkz. II.Bölüm, B. Haklı Beklenti Paradigmasının Çözülüşü.

51 *Coughlan* kararı.

52 *Hargreaves* kararında beklenti kaynağının 'sirküler' olması ve bu düzenlemenin "genel" niteliği dolayısıyla haklı beklenti talebi mahkeme tarafından reddedilmiştir. Davacı, cezaevinde üçte ikisini geçirdiği iyi hal süresine dayanarak, onarıcı adalet sisteminin bir parçası olan denetimli serbestlikten yararlanmayı talep etmiştir. İçişleri Bakanlığı, bu sistemin kötüye kullanımı gerekçsiyle sirkülerde değişiklik yapmıştır ve bu değişiklik davacının denetimli serbestlik sisteminden bir yıl geç faydalanmasına sebep olmuştur. Davacının eski sirkülere güvenerek haklı beklentisi söz konusudur. Buna karşın temyiz mahkemesi, haklı beklentinin kaynağı olan sirkülerin *birel nitelikte bir etki* doğurmadığına karar vermiştir. *Hargreaves* kararı, para. 921.

53 *Begbie* kararında mahkemenin yapılan değişikliğin makro ekonomik alana ilişkin olmadığı tespiti, idarenin değişikliği gerektiren "üstün kamu yararı" bulunmadığı şeklinde okunabilir. Karar için bkz. *R. v. Secretary of State for Education ex p. Begbie* [2000] 1 W.L.R. 1115 (Bundan sonra metin içerisinde "Begbie kararı" olarak anılacaktır.)

54 CLAYTON Richard, "Legitimate Expectations, Policy, and The Principle of Consitituency", 62 (1) **Cambridge Law Journal**, S.62/1, 2003, ss. 93-105. Kuşku yok ki, yapılacak değişiklikle birlikte herhangi bir geçiş hükmü öngörülmemiş ise haklı beklenti meselesi tartışma alanı bulacaktır.

lan kararı, bu yönüyle genel düzenleyici işlemler hususunda haklı beklenti taleplerine kapı aralamaktadır. Ne var ki getirdiği kriterle bu talepleri sınırlandırmaktadır. Buna göre haklı beklentinin kaynağı, idareyle birey arasında kurulan "sözleşmesel ilişkidir"[55] ve bu hukuki korumanın kapsamı, idareyle ilişki kuran *belirli sayıda kişi veya gruplarla* daraltılmaktadır. Bu tip değişiklikler temelde bireyi doğrudan etkileyen birel işleme yaklaşan yönüyle adeta kişiselleştirilmiş bir statüye müdahale niteliğindedir ve haklı beklenti doktrini çerçevesinde kişiselleştirilmiş bu statünün korunması gerekir.[56]

Clayton, haklı beklentinin kaynağınının tesptinde bireylerin sayısına odaklanmanın belirsiz bir kıstas olduğunu ileri sürmektedir.[57] Dahası, bu kriterin idari kararların sonuçları açısından da tartışma yarattığını iddia etmektedir. Bu aşamada yanıtlanması gereken soru mahkemenin haklı beklentinin karşılanmasına yönelik kararı ilgili diğer kimseler açısından kesin hüküm teşkil edip, doğrudan talep edilebilir hale gelecek midir veya emsal niteliğinde kabul edilip, ilgililer mahkemeye başvurabilecekler midir? Bu tür polisentrik uyuşmazlıklarda *Leyland,* 'yargısal müdahale' gerekçesiyle

---

55 *Clayton*, haklı beklenti kaynağını üç kategoride incelemektedir. Buna göre, birel nitelikli işlemler (*representation*), doğrudan bireyi etkileyen genel düzenleyici işlemlerde yapılan değişiklikler (Khan davası) ve son olarak genel düzenleyici işlemlerdeki değişiklikler. Bkz. **CLAYTON,** s. 98.

56 *Coughlan* kararı. Benzer şekilde *Khan* davasında da bu husus belirtilmiştir. Bu davada İngiltere'de ikamet eden ve Pakistanlı yakın akrabasının çocuğunu evlat edinmeyi düşünen davacı Khan, eşiyle birlikte yurtdışından evlat edinme ve ülkeye getirme konusunda idareye başvurmuştur. İçişleri Bakanlığının istisnai yetkisi bulunduğunu ve İçişleri Bakanlığı tarafından öngörülen koşulları içeren mektup niteliğinde "yönerge" kendilerine verilmiştir. Evlat edinilen çocuğun ükeye girişi için yönergede belirtilen tüm koşullar sağlanmasına rağmen, Bakanlıkta oluşan karışıklık dolayısıyla evlat edinmenin geçerliliğinin yeniden araştırılacağı gerekçesiyle ülkeye giriş talebi reddedilmiştir. Temyiz mahkemesi, Dışişleri Bakanlığının, ülkeye giriş için gerekli koşulları sağlayan ve usulüne uygun olarak evlat edinilen çocuğun, idarenin daha sonra ileri sürdüğü farklı şartları taşımadığı gerekçesiyle ülkeye girişi talebinin reddinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Burada idare yönergesiyle başvurucuyu yanıltmıştır. *R v Home Secretary, ex p. Khan* [1984] 1 W.L.R., 1337 (C.A.) Aynı şekilde *Ruddock* kararında da, mahkeme idarenin yönetmelikte belirtilen usullerin dışına çıkarak hukuka aykırı dinleme yapması, bireylerin 'dinlenilmeyeceğine yönelik oluşan haklı beklentilerini zedelediğine' karar vermiştir. Burada mahkeme bireyin menfaatlerine öncelik vermiştir. *R. v. Secretary of State for the Home Department, exp. Ruddock* [1987] 1 W.L.R. 1482. (Bundan sonra metin içerisinde "Ruddock kararı" olarak anılacaktır.)

57 **CLAYTON,** s. 100.

haklı beklenti tartışmasının önünün kesilmesi gerektiğini savunmaktadır.[58] Yargının da bu konuda net bir ayrıma başvurduğu iddia edilemez. Zira *Coughlan* kararında adeta birelleşmiş nitelikte genel düzenleyici işlemleri kabul ederken; *Hargreaves* kararında bu ayrıma gitmemesi tutarlı değildir.[59] Doktrinde idarenin *ipso iure* kendi düzenlemelerine bağlı olması gerekeceğinden ayrıca birel nitelikli bir güvence aranmasına gerekli olmadığı savunulmaktadır.[60] Bu durum, her düzenleyici işlemin özünde beklenti kaynağı teşkil edebileceği gibi geniş bir alan yaratmaktadır. Haklı beklenti konusunda oldukça 'tutucu' davranan İngiliz *common law* yargısının bu yaklaşımı en azından yakın bir tarihte benimsemeyeceğini tahmin etmek zor değildir. Şu var ki yargının bu yaklaşımı benimsemesi halinde sınırının ne olacağı ise tartışılması gereken diğer önemli konulardan biridir.

İlanı gereken genel düzenleyici işlemlerde ilan edilmemesine rağmen söz konusu düzenleme haklı beklentiye dayanak teşkil edebilir mi? *Rashid* kararında mahkeme[61], ilanı gereken düzenleyici işlemlerin ilan edilmemiş olsa dahi haklı beklenti oluşturabileceğine hükmetmiştir. Doktrinde mahkemenin söz konusu kararının isabetli olmadığı, haklı beklentinin ancak ilanı gereken düzenleyici işlemlerde ilan edilmesi halinde haklı beklenti kaynağı oluşturacağı da iddia edilmektedir. Bunun dışında haklı beklentinin kaynağını oluşturmak bakımından düzenleyici işlemlerin yeni bir alan olduğu ve bu konuda net bir belirleme yapmanın henüz mümkün olmadığını belirten görüşler de söz konusudur.[62]

---

58 **LEYLAND,** s. 354.

59 Haklı beklentinin korunmasının idarenin verdiği taahhütten ileri gelmesi halinde bir ayrım yapılabileceği belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **CLAYTON,** s. 100-1.

60 **CLAYTON,** s. 102-103.

61 *R(Rashid) v. Home Secretary* [2005] EWCA Civ 744.

62 Ahmed, Perry, s. 68. Türk İdare Hukuku sisteminde idari işlemlerin ilanının, "idari işlemin kesinleşmesi" bakımından değil; ilgili kimseler açısından hüküm ifade etmesi için gereklidir. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda, bireyin ilanı gereken genel düzenleyici işlemin yayınlanması öncesinde işlemi tebellüğü halinde dava açması mümkündür. (GÖZÜBÜYÜK Şeref, TAN Turgut, **İdare Hukuku II**, Turhan Yayınevi, Ankara 2016, s. 817.) Mahkemeler tarafından birey lehine getirilen bu yorumu, kıyasen ilanı gereken ancak ilan edilmemiş düzenleyici işlemlerin haklı beklentinin de kaynağını oluşturabileceği şeklinde genişletmek mümkün olabilir mi? İlk bakışta bu iki mesele birbiriyle alakasız gibi görünektedir. Fakat "mahkemeye erişim hakkı" ve "açılan bir davada hakkının tartışılabilme imkanı" birbirini tamamlayan hususlardır. Diğer taraftan iki husus birbirini tamamlar ise de, haklı beklenti kaynağının "idarenin verdiği sözü tutması" kaidesine dayandırılan bu çalışma bağ-

İç hukukta uygulama alanı bulan *uluslararası sözleşmelerin* de haklı beklenti kaynağı oluşturacağı kabul edilmektedir.[63] Buna karşın, iç hukukta başvurulan müstakil bir mevzuat halini almamış İngiltere'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler konusu tartışmalıdır. Uluslararası sözleşmelerin hukuk sisteminine dahil edilmesiyle anayasal dualizm *(constitutional dualism)* tartışmaları alevlenmekte[64]; bu bağlamda mahkemeler bu konuda haklı beklenti taleplerini reddetmektedir.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda açıklanan idari işlem veya uygulamalar, ancak değiştirileceği *öngörülemeyen durumlarda*[65] veya haklı beklenti talebinin başka türlü karşılanamayacağı hallerde haklı beklenti kaynağı oluşturabilir.[66]

---

lamında, ilanı gereken düzenleyici işlemler bakımından ilan edilmemiş bir düzenleyici işlem söz konusu olduğunda işlem kesinleşmesine rağmen, burada idarenin "bir taahhüdünün" olduğu kanaatimizce iddia edilemez. Zira, idarenin taahhüdü ancak yapılan ilanla oluşacaktır. Lakin toptancı bir yaklaşımla doğrudan haklı beklenti taleplerinin reddi de kabul edilemez. Bu noktada kanaatimizce haklı beklentinin esasına ilişkin bir değerlendirme ile, şayet "temel hak ve hürriyetlere ilişkin" bir talep ise bireyin mağdur edilmemesi ve ilan edilmese de haklı beklenti oluşturacağını kabul etmek isabetli olabilir.

63 Leyland, s. 357. *Ahmed ve Patel* kararında temyiz mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayata ilişkin hükmüne atıf yaparak, idarenin bu düzenleme dolayısıyla bireyin oluşan haklı beklentilerini koruması gerektiğine karar vermiştir. Karara konu olan olayda Bangladeşli bir vatandaş, İngiltere'ye yanlış pasaportla giriş yapmıştır. 1995 yılında İngiltere'de sınırsız oturum iznine sahip bir vatandaşla evlenmiş ve 1996 yılında bir kızları dünyaya gelmiştir. Dışişleri Bakanlığı, Ahmed'in vize talebini, evliliğin iki yıldan daha fazla varlığını sürdürümeyeceği gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkeme, AİHS'nin md.8'e atıf yaparak, aile birliğinin sağlanması konusunda başvurucunun ayrıcalıklı statüsünü göz önüne almış ve idarenin başvurucunun aile birliğinin sağlanması hakkını gözeterek takdir yetkisini kullanması gerektiği belirtilmiştir. *R. v. Secretary of State for the Home Department Ex p. Ahmed* (Mohammed Hussain), R. *v. Secretary of State for the Home Department Ex p. Patel* (Idris Ibrahim), [1999] Imm. A.R. 22.

64 **LEYLAND**, s. 357.

65 Fransız Danıştayı'nın 2006 tarihli "Hukuk Güvenliği ve Hukukun Karmaşıklığı" konulu raporunda haklı beklenti taleplerinin iki şarta bağlandığı; bunların ilkinin "temellendirilmiş beklenti" (değişmeyeceğine duyulan yeterli nedenin varlığı) ve ikincisinin ise "ilgililerin hukuki durumunun etkilenmesi" olduğu belirtilmiştir. G. Eckert Droit public des affaires, Montchrestien, Collection Focus droit, 2001, s.176, aktaran Erdoğan Bülbül, s. 42-43. İngiliz Hukukunda öngörülemeyen durumların kavramsallaştırması için Fransız Hukukunda başvurulan "temellendirilmiş beklenti" terimine başvurulabilir. Zira haklı beklenti kaynağının tespitinde öngörülemeyen durumların "idari işlem veya teamüle dayandırılması" şeklinde halihazırda bir temeli söz konusudur.

66 **CRAIG**, 2008, s. 659-60.

Yetkisiz işlem dolayısıyla oluşan haklı beklenti talepleri ise incelenmesi gereken bir diğer önemli husustur[67]. İdarenin yargısal denetimi, kural olarak mahkemeler tarafından "yasalarla belirlenmiş alanda yetkinin aşılıp aşılmadığını" tespit şeklinde gerçekleştirilmektedir. Kamu görevlisinin yasakoyucunun belirlediği sahanın dışında, bir diğer ifadeyle yetkisini aşarak tesis ettiği idari işlem haklı beklenti kaynağı oluşturabilir mi? İngiliz Hukuku'nda idarenin kanuniliği ilkesi gereği doğrudan bu soruya olumsuz cevap verilebilir.[68] Buna karşın doktrinde yetki aşımı dolayısıyla haklı beklenti taleplerinin doğrudan reddedilmemesi gerektiğini; zarar doğurucu eylemle idari işlem dolayısıyla bireyin zararları söz konusu ise burada menfaatlerin dengelenmesi gerektiği savunulmaktadır.[69] Bu duruma yönelik getirilen öneri ise, kamu yararı ile bireyin menfaatini dengeleyecek *orantılılık testinin* uygulanmasıdır. Çalışmanın ilerleyen kısmında da değinileceği üzere[70], orantılılık testi bu dengeyi, bireye talebinin reddi halinde idarenin gerekçe sunma yükümlülüğü getirmekle sağlamaktadır. Henüz yetkisiz temsil dolayısıyla oluşan haklı beklenti taleplerinde orantılılık testi uygulanmamakta ise de mahkemelerin yetkisiz temsilin temel hak ve hürriyetlere ilişkin olması halinde haklı beklentileri taleplerini olumlu karşılama eğiliminde olduğu gözlemlenebilir.[71]

II. HAKLI BEKLENTİ DOKTRİNİN MUHTEVASI

Haklı beklenti doktrinin temellendirilmesine ilişkin tartışmalar göstermektedir ki, bu doktrinin idare hukukunda doğrudan benimsenmesinin önünde "idare hukukunun doğasından" kaynaklanan engeller bulunmaktadır. İngiliz *common law* yargısının bu doktrinin muhtevasını inşa sürecinde öncelikli olarak bu doktrinin paradigmasını ve sonrasında yargının paradigmayı çözümlemek için idare hukukunun doğasında yer alan "takdir yetkisi ve kamu yararı" çelişkisinin tespitiyle bu çelişkinin giderilmesinde başvurduğu araçları ortaya koymak önemlidir.

---

67 Söz konusu konunun ayrı bir makaleye konu olabilecek kapsamı dolayısıyla bu çalışmada yalnızca temel noktalar aktarılmaya çalışılmıştır.

68 **FORSYTH,** 2011, s. 435.

69 **CRAIG**, 2003, s. 675-680.

70 Orantılılık testi konusunda detaylı bilgi için bkz. IV. B. Haklı Beklenti Argümantasyonu.

71 **CRAIG**, 2003, s. 673. İngiltere'ye karşı açılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önündeki davalarda haklı beklenti argümanı, yetkisiz işlemlerde "orantılılık" testi uygulanarak çözümlenmektedir. Buna yönelik kararlar ve detaylı bilgi için bkz. BLUNDELL David, "Ultra Vires Legitimate Expectations", 10 **JR** 147, 2005, s. 147 vd. Bu husus ayrıca IV. Haklı beklenti Paradigmasının Çözülüşü başlığı altında değerlendirilecektir.

1. Haklı Beklenti Paradigması

İngiltere'de hukuk lisans öğretiminde rastgele elinize alacağınız idare hukukuna yönelik okutulan ders kitabında haklı beklentiler bölümünün tamamının veya oldukça önemli bir kısmının haklı beklentinin esas açısından korunması meselesine ayrıldığı kolaylıkla görülebilir.[72] Acaba haklı beklenti paradigması sadece usuli bir korumadan mı ibarettir? Yoksa usuli güvenceyi aşarak esasa yönelik beklentiler de haklı beklenti paradigmasına dahil edilebilir mi?[73] Belirtmek gerekir ki, haklı beklentinin her durumda usul veya esas olarak ayrılması mümkün değildir.[74] Hatta *Cane,* usul ve esasa ilişkin haklı beklenti şeklinde bir ayrımın yerinde olmadığını, usule ilişkin haklı beklentinin esasa ilişkin bir korumayı gerektirebilecek veya tam tersi, haklı beklentinin esas açısından korunmasının usulen de korunmayı gerektirebileceğine işaret etmektedir.[75] Dahası usule ilişkin haklı beklentilerin esasa ilişkin menfaatten ayrılmasının mümkün olamayacağına yönelik yapılacak mantıksal bir çıkarım da, iki meselenin bir arada tartışılması gerekliliğine göstermektedir.[76] Bununla birlikte mahiyetleri ve sonuçlarını ortaya koymak açısından bu farklılığı tartışmak isabetli olacaktır.

Doktrinde haklı beklenti paradigmasının usule ilişkin beklentilerden oluştuğu belirtilmektedir.[77] Haklı beklenti, doğal adalet ilkesinin aralıklarından süzülerek[78], katılım ilkesini öngören usuli bir güvence sağlamaktadır ve İngiliz *common law* yargısı bugün usule ilişkin haklı beklenti taleplerini tereddütsüz kabul etmektedir. Usule ilişkin haklı beklenti tartışmalarında pa-

---

72 **CRAIG**, 2008, s. 647-693; HARLOW Carol, RAWLINGS Richard, **Law and Administration**, Cambridge, 2009, s. 222-233; **LEYLAND**, s. 353-372.

73 İngiltere'de idare hukuku ders kitaplarında esasa ilişkin haklı beklentilerin önemli yer tuttuğu dikate alındığında böyle bir soru *prima facie* "akla uygun" görünmeyebilir. Lakin bu konunun bugün için hala tartışılmakta olduğu ve bu tartışmalara dikkat çekmek için sorulduğu gözardı edilmemelidir.

74 **LEYLAND**, s. 357.

75 CANE Peter, **Administrative Law**, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 163.

76 **LEYLAND**, s. 358.

77 **KOLINSKY**, s. 161.

78 **FORSTYH,** 2011.

radigma davaları[79] olarak gösterilen *CCSU*[80], *Bhatt Murphy*[81] ve *Baker*[82] uyuşmazlıklarında da görüleceği üzere, mahkeme temel olarak menfaati bulunan bireyin yasada öngörülmemiş olsa dahi değişiklik öncesinde karar alma sürecine dahil edilmesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır.

In Re Findlay [1985] kararıyla[83] birlikte Lordlar Kamarası, *Agriculture Fisheries and Food*[84] kararına kadar haklı beklentinin sadece usuli bir durumla sınırlı olduğunu kabul etmekteydi.[85] Mahkeme, idarenin takdir yetkisini adeta *kutsal* bir alan olarak değerlendirmekte ve bu düşüncesinde idari faaliyetlerde gözetilmesi gereken kamu yararının hakim olduğunu belirtmekteydi.[86] Mahkemenin on yıl aradan sonra verdiği *Agriculture* kararıyla birlikte içtihadında köklü bir değişiklik eğiliminde olduğu gözlemlenebilir. Bu kararda, mahkemenin *"(h)aklı beklentinin esas açısından korunması, söz ve savunma hakkından daha az mı adildir?*" söylemi, korunması gereken daha geniş bir alanın varlığına işaret etmiş ve daha da önemlisi haklı beklentinin esas açısından korunması tartışmalarına kapı aralamıştır. Bu davayla birlikte tartışmaya açılan haklı beklentinin esas açısından korunması meselesi, *Coughlan* kararıyla[87] önemli ölçüde açıklığa kavuşturulmuştur. Karar, haklı beklentinin "idare hukukunda yaygın olarak başvurulan ilkelerden biri" olduğunu belirtmesi yönüyle de ilgi çekicidir.[88]

---

79 Doktrinde paradigmanın esas dayanağı olarak başvurulan "paradigm case" terimi, herhangi bir argümanın ileri sürülmesinde söz konusu argümanı destekleyen ve dahası tabiri caizse argümanın "sağlamasını yapan" belli davaları ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu argümanın aksinin iddia edilmesi, "paradigm case"in kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. Bkz. "paradigm case argument", The Oxford Dictionary of Philosophy, (www.oxfordindex.oup.com). Usule ilişkin haklı beklentiler hakkında paradigma davalarının gösterildiği çalışmalar için bkz. KOLINSKY Daniel, "A Legitimate Expectations of a Succesful Challenge", 17 **JR** 161 (2012), s.161; **BLUNDELL**, 2018. (www.westlaw.co.uk, 20.08.2018)

80 *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*, (1985) A.C. 374.

81 *R. (on the application of Bhatt Murphy) v Independent Assessor*, (2008) EWCA Civ 755.

82 *R. v Devon CC Ex p. Baker*, (1995) 1 All E.R. 73.

83 *Findlay v Secretary of State for the Home Department*, [1985] A.C. 318; [1984] 3 W.L.R. 1159.

84 *Agriculture davası,* 2 All ER 714.

85 Kararlar için bkz. **PANDYA**, s. 170.

86 Mahkeme, 'Dışişleri Bakanlığı'nın tesis ettiği işlemde bulunan kamu yararı dikkate alındığında, idarenin takdir yetkisinin haklı beklenti gerekçesiyle sınırlandırılmasını düşünemiyorum' diyerek kamu yararı düşüncesinin etkililiğini ifade etmiştir. Bknz. Findlay v Secretary of State for the Home Department.

87 *R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan*, [2001] Q.B. 213 (C.A.).

88 **CLAYTON,** s. 93.

Söz konusu karar haklı beklentinin esas açıdan mutlak korunacağının değil, farklı argümanlarla korunabileceği ihtimaline kapı aralaması yönüyle "milat" olarak kabul edilebilir. Bu husus, paradigmanın çözülüşü başlığı altında değerlendirilecektir.

2. Haklı Beklenti Paradigmasının Çözülüşü

A. Haklı Beklenti ve İdarenin Takdir Yetkisi İkilemi veya Dikotomisi[89]

Haklı beklenti kavramının özel hukukta başvurulan anlamından farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, *"(h)aklı beklentilerin korunması, idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılmaması aksiyomuyla sürekli bir çatışma halindedir. Kamu otoritelerini, haklı beklenti taleplerinin karşılanması amacıyla yasada öngörülmeyen sınırlandırmalara tabi tutmak 'idare hukukunun doğası gereği' mümkün olmamak gerekir*."[90] İngiliz idaresinin kamu yararı ve hizmet gerekleri dolayısıyla mevcut düzenlemelerinde değişiklik yapma görev ve yetkisinin, haklı beklentilerin korunması gerekçesiyle sınırlandırılması kabul edilememelidir.[91] Buna karşın "kamu yararı" kavramının belirsizliği ve dahası sınırlarının tespit edilememesi[92], "haklı beklentilerin hiçbir

---

89 Dikotomi terimi ("dichotomy"), tamamıyla birbirine karşıt fikirler / şeyler arasındaki farklılık anlamına gelmektedir. Bkz. Cambridge Sözlük (Çevrimiçi, https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/dichotomy, 27.12.2018.) Bu çalışmada her ne kadar dikotomi kelimesi tercih edilse de çelişkili bir biçimde bu iki kavramın birbirilerini tamamlayıcı yönüne dikkat çekilecektir. Dikotomi kavramı, çelişki gibi görünen kavramlara vurgu yapmak için tercih edilmiştir.

90 Lord Hoffman ifadesi için bkz. Matadeen v. Pointu, [1998] UKPC 9, [1999] 1 A.C. 98, 109.

91 Belirtmek gerekir ki haklı beklenti ilkesi, aynı zamanda iptal davasının objektif niteliğinde olduğu gibi idareyi hukuk sınırları içerisinde kalmaya sevkeden bir kapsamı haizdir. **THOMAS**, s. 54.

92 Türk Hukukunda tartışmalar yer almakla birlikte *Yayla,* 1965 yılında yazmış olduğu eserinde kamu yararı kavramının "objektif esaslarla çerçevelendiğini" belirtmektedir. Yazara göre, kamu yararı objektifliğini statik olmayan unsurlardan almaktadır. (YAYLA Yıldızhan, "Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi, Kronik", Ayrı Bası, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: XXX, No: 3-4, İstanbul, 1965, s. 1040.) *Onar* ise, amaç unsurunun sebep unsuru ile birleştiği hallerde amaç unsurunun objektifleşmiş sayılabileceğini belirtmektedir. (ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İsmail Akgun Matbaası, s. 321.Ayrıca amaç unsurunun mahiyeti hakkında bkz. SEZGİNER Murat, **İdari İşlemlerde Amaç Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılık**, Doktora Tezi, Ankara 1991, YÖK Tez Merkezi, https://tez.yok.gov.tr/.) Mevzuatla öznel bir amaç öngörülmesi halinde (YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta, İstanbul 2010, s. 142.) veya sebep unsurunun

zaman idare hukukunda kabul edilmeyeceği" savına yol açabilir. Literatürde bu ve bunun gibi iddialarla karşılaşıldığı içindir ki İngiliz Hukukunda kamu yararı kavramı, haklı beklenti doktrinin çerçevesinin çizilmesinde önemli bir yer işgal etmektedir. Örneğin "kamu yararı" değişkeni, idare hukukunda kullanılan haklı beklenti kavramının özel hukukta başvurulan *estoppel ilkesiyle*[93] açıklanmasına engel teşkil etmektedir. Her ne kadar *Council of Civil Service Union*[94] davasında, Yargıç Diplock kamu hukukunda haklı beklenti doktrinin belirsizliği dolayısıyla haklı beklentinin özel hukukta yer alan *estoppel ilkesi*yle açıklanabileceğini belirtmiş ise de[95] *estoppel ilkesi* mevcut düzenin korunmasına, yani statükoya (*status quo)* [96] hizmet etmektedir. Yargıç Hoffmann, *East Sussex* kararında haklı beklentinin *estoppel ilkesiyle* farklılığını veciz bir ifadeyle dile getirmiştir: "(ö)zel hukukta kullanılan estoppel ilkesi ile kamu hukukunda kullanılan haklı beklenti kavramı arasında elbette bir benzerlik vardır; fakat *bu, benzerlikten öteye geçemez* çünkü idari yargı kamu yararını gözetmekle yükümlü idarenin menfaatlerini de dikkate almalıdır." [97] O halde *estoppel ilkesi*yle açıklanamayan haklı beklenti paradigmasında kamu yararının yarattığı çatışma alanını belirlemek- ki bu alan idarenin takdir yetkisi alanıdır-, paradigmayı çözümleyebilmek açısından önemlidir. "Kutsal" takdir yetkisiyle çatışan talepler nelerdir? Usule yönelik haklı beklentilerin karşılanması, idarenin doğrudan takdir yetkisini esasa yönelik olarak sınırlandırmadığından takdir yetkisi aksiyomuyla çatışacak bir alan doğmamaktadır. Söz ve savunma hakkı verilmesine yönelik haklı beklenti talepleri, bireye yalnızca sürece katılım imkanı sağlamaktadır ve

---

amaç unsuruyla birleştiği hallerde, haklı beklenti doktrinin kapsam ve sınırlarının belirlemesinin yine "zor" olabileceği; fakat "her" halde imkânsız olmayacağı ileri sürülebilir.

93 *Estoppel ilkesi*, bireyin daha önceki beyanlarıyla çelişecek herhangi bir beyyineden kaçınması gerekliliğini ifade etmektedir. Özel hukukta başvurulan *estoppel ilkesi*ne ilişkin geniş bilgi için bkz. WILKEN Sean, GHALY, Karim **The Law of Waiver, Variation and Estoppel**, Oxford University Press, Oxford 2012, 7.01.

94 *Schmidth* davasından sonra haklı beklenti konusunda önde gelen davalardan biri olarak kabul edilen bu davayla ilgili ayrıntı bilgi için bkz. JONES David Philliphe, "A Comment on Legitimate Expectations and the Duty to Give Reasons in Administrative Law", 25/3 **Alberta Law Review** 512, s. 514. The House of Lords in Council of Civil Service Unions v. Ministery for the Civil Service, [1984] 3 All E.R. 346.

95 The House of Lords in Council of Civil Service Unions v. Ministery for the Civil Service, [1984] 3 All E.R. 34.

96 **PANDYA**, s. 170.

97 *R v East Sussex County Council ex p. Reprotech Ltd.* [2002] UKHL 8, para. 34.

bireyin menfaati doğrultusunda karar alınması "garantisini" içermez; yalnızca usuli bir güvence sağlar. Ancak bugün usuli güvencelerin dışına taşan esasa ilişkin haklı beklenti talepleri, doğal adalet ilkesinin gölgesinde 'adil davranma ödevi' gibi genel prensiplerle tartışılmaktadır. İngiliz *common law* yargısında böyle bir girişim hararetli sahnelere kapı aralamıştır: bu sahne, haklı beklenti ve takdir yetkisinin sınırlandırılmaması ikilemidir.

Haklı beklenti doktrini, idarenin takdir yetkisine kabul edilemez bir "pranga" mıdır?[98] Yoksa, idareyi kamu yararını kullanırken "kendi kurallarıyla" bağlamak, yetkinin kötüye kullanılmaması için getirilen emniyet subaplarından biri olarak mı değerlendirilmelidir? Bu durum, birbiriyle çatışır gibi görünen ancak esasında birbirini dengeleyerek tamamlayan iki ilke meselesi midir? Öncelikle haklı beklentinin tartışılmayacağı alanlar belirlenerek tartışmanın verileri ortaya konulacaktır.

İdare, değişiklik öncesinde veya sırasında işleminden etkilenecek bireyleri korumak amacıyla geçiş hükümleri öngörebilir. İlgili mevzuatta geçiş hükümlerinin "şekli" olarak yer almasının yanı sıra, aynı zamanda bu hükümlerin mahiyeti itibariyle "hedeflenen korumayı sağlayacak nitelikte" olması beklenmelidir.[99] Bu takdirde, haklı beklenti talepleri geçiş hükümlerine dayanacağından hak niteliğinde olup, mahkemeler haklı beklenti tartışmalarına girmeyecektir. Şöyle ki geçiş hükümlerinin konulmaması "haklı beklenti" çerçevesinde hukuka aykırılık taşırken; geçiş hükümlerinin öngörülmesi halinde bu hükümlere yönelik iddialar adeta nevi değiştirerek 'hak' talebine konu olacaktır. Haklı beklentinin konusunu teşkil eden işlem veya teamüllerin, kanaatimizce subjektif hak ile genel düzenleyici işlemler arasında kalan *geçişgen nitelikte ara hukuki muameleler* olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ancak burada iddia edilen "ara işlemler" mahiyeti itibariyle Fransız İdare Hukuku'nda başvurulan teknik anlamıyla "genel olmalarına rağmen düzenleyici işlem niteliğinde bulunmayan işlemler" anlamına gelen "ara işlemler" değildir.[100] Bu işlemlerin, zamansal geçişgenliği ihtiva eden

---

98 *R* v *Secretary of State for Transport, ex p Richmond upon Thames BC* [1994] 1 All ER 577, para. 596.

99 Fransız Danıştay'ının bu yöndeki kararı için bkz. Erdoğan Bülbül, s. 48. Ayrıca, "hukuk güvenliğini zedeleyici nitelikte eksik düzenleme dolayısıyla haklı beklentinin ihlal edildiğine ilişkin Türk Danıştay'ının örnek bir kararı için bkz. D.10.D., E. 2007/5427 ve K. 2011.2289, T. 14.06.2011. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazancı.com.tr 27.12.2018).

100 "Ara İşlemler" hakkında detaylı bilgi için bkz. GÖZLER Kemal**, İdare Hukuku Cilt I**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.

statü olarak kabulü gerekir. Söz konusu zamansal geçişgenlik, "kamu yararı" kavramının sağladığı esneklikle birlikte şekillenecektir.

Diğer taraftan her değişikliğin haklı beklenti doğurmayacağı veya haklı beklenti oluştursa dahi taleplerin karşılanmayacağı düşünüldüğünde, haklı beklenti doktrini halihazırda dar bir kapsamı haizdir. Diğer taraftan idarenin düzenleme yetkisinin hukuki belirlilik ilkesiyle sınırlandırıldığı dikkate alındığında haklı beklenti doktrinine lüzum olmayacağı iddiaları da haklı beklenti tartışmalarının önünü kesmektedir. [101] Yargı, idarenin takdir yetkisini kaldıracak nitelikte karar veremez. Bu halde mahkeme tarafından idarenin haklı beklenti taleplerinin reddi işleminin iptal edilmesi söz konusu takdir yetkisini kaldıracak nitelikte değerlendirilmektedir. Kuşku yok ki bu girişimin temelinde muhafazakar İngiliz yargısının haklı beklenti konusunda *topu taca atmasından* başka bir düşünce yer almamaktadır.

İngiliz yargısı doktrin tarafından ileri sürülen muhafazakar eğilimlere rağmen, farklı argümantasyonlarla haklı beklenti taleplerini tartışma olanağı getirmiştir. *Coughlan* kararı[102] tam da bu noktada haklı beklentinin miladı olarak doktrinde yer almaktadır. Bu kararda mahkeme, Sağlık Bakanlığının önceki işlemlerinde takdir yetkisini kullanarak değişiklik yapabileceğini not düştükten sonra[103], "idarenin takdir yetkisini kullanmayı engellemeyecek,

---

101 Haklı beklenti doktrinine getirilen eleştiriler için bkz. 'The Argument Against' başlığı altında Craig, s. 652-654.

102 *Craig,* haklı beklenti doktrinin kapsamını belirlerken *Coughlan öncesi* ve *Coughlan sonrası* şeklinde bir ayrım yapmaktadır. Bknz., **CRAIG,** s. 654. Söz konusu uyuşmazlık, Sağlık Bakanlığının ihtiyaç sahipleri için açtığı bakımevlerini bütçe yetersizliği gerekçesiyle kapatmasından doğmuştur. Geçirdiği trafik kazası sonrasında Mardon Bakımevinde verilen hizmetten istediği sürece yararlanacağı taahhüt edilen Bayan Coughlan, projenin devamına yönelik oluşan haklı beklentisinin karşılanmadığını iddia etmektedir. Sağlık Bakanlığı, Bayan Couhglan'ı bakımevlerinin kapatılması üzerine başka bakımevine sevketmiştir. Bayan Coughlan ise, esasında idarenin taahhüdünün 'ömür boyu bir ev tahsisi' olduğunu ve sözünde durmadığını iddia etmiştir. Temyiz mahkemesi, "*idarenin 'ömür boyu ev' projesiyle haklı beklenti oluşturduğunu, bakımevinin kapatılmasının adil olmayacağını ve idarenin takdir yetkisini kötüye kullandığını*" belirterek işlemin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Ayrıca mahkeme bunu belirlerken, idarenin kendi koyduğu 'kural'dan ayrılmasını gerektiren bir kamu yararının olması gerektiğini ifade etmiştir. Somut olayda bu kuraldan ayrılması haklı kılacak herhangi bir kamu yararının olmaması gerekçesiyle haklı beklentinin esas açısından karşılanmamasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz. *Coughlan* kararı.

103 Mahkemenin bu girişimi, haklı beklenti taleplerinin takdir yetkisine müdahale riskinin "farkında" olduğunu göstermek ve yargı yetkisinin sınırlarını belirlemek" olarak değerlendirilebilir.

ancak bireylerin idari işlem veya teamüle dayanarak oluşan haklı beklentilerine cevap verecek veya en azından dikkate alacak şekilde menfaatleri uzlaştırma görevinin" olduğunu belirtmiştir.[104] Buna göre, mahkeme bireylerin haklı beklenti taleplerinin idarenin takdir yetkisi alanında olup olmadığını[105] araştırmıştır. Şayet öyle ise üstün kamu yararı söz konusu olmadıkça haklı beklentilerin karşılanması gerektiğine hükmetmiştir.[106] Haklı beklentinin bu karar ve sonrasında verilen kararlarla birlikte farklı argümanlarla tartışmaya açıldığı ve daha da ileri giderek "korunmaya" başladığı iddia edilebilir.

2. Haklı Beklenti Doktrinin Argümantasyonunda Başvurulan Araçlar

İngiliz yargısının bugün için haklı beklenti doktrinini "bilinçli" olarak belirsiz bıraktığı iddia edilmektedir.[107] Böylelikle esnek bırakılan bu alanda, mahkemeler idarenin takdir yetkisinin kötüye kullanımı çerçevesinde *makullük* veya *orantılılık testi* gibi argümanlara başvurarak yargısal denetimi gerçekleştirmektedir. Bu başlık altında haklı beklenti argümanları ve bu argümanların sağladığı yargısal denetim ortaya konulacaktır.

a. Makullük Testi[108]

Daha önce *Hamble* ve *Hargraves kararı*nda vurgulanan[109] ve *Coughlan* kararıyla açıklığa kavuşan haklı beklenti doktrinin çerçevesi, *makullük testi ("Wednesbury unreasonableness")* etrafında tartışılmaktadır.[110] Makullük testi, İngiliz yargısının idarenin *gri alanda* kalan takdir yetkisini denetlemek için başvurduğu ve Britanya Hukuku'nda en fazla referans gösterilen dava-

---

104 *Coughlan* kararı, para. 65.

105 *Couhglan* kararı, para. 82.

106 *Coughlan* kararı, para. 76.

107 **THOMAS**, s. 51.

108 "Makullük testi" bu çalışma kapsamında "Wednesbury gayrımakullüğünün" sadeleştirilmiş hali olarak kullanılmaktadır. *Gayrımakullük kavramının* metnin okunmasını zorlaştıracağı gerekçesiyle kullanımından kaçınılmıştır.

109 *Hargreaves* Kararı, para. 412.

110 Mahkeme *makullük testine* başvurma gerekçesini ise şöyle açıklamaktadır: "modern doktrini *Wednesbury* şartlarıyla açıklamaya gerek görülmeyebilir. Buna karşın *Khan* davasında da belirtildiği üzere '*makul olmayan adil bir idari işlem neredeyse hiç görülmemiştir.*' Bu sebeple, idarenin takdir yetkisini kötüye kullanması gerekçesini (GCHQ davasında olduğu gibi) Wednesbury kategorisiyle ilişkilendirmeyi tercih ediyoruz." *Coughlan*, para. 213.

lardan biri olan Wednesbury davasında[111] Yargıç Greene tarafından ortaya atılan ve idarenin kanunilik takdir yetkisini kullanırken "makul davranması" gereğini ifade etmektedir. Bu test, bugün yargısal müdahaleyi meşru kılan en önemli araçlarından biridir. Önemle belirtmek gerekir ki, *makullük testi* haklara ilişkin hususlarda uygulama alanı bulmamaktadır.[112] Zira hak "vardır" veya "yoktur". Oysa idarenin takdir yetkisinde kalan alanlar, hak niteliğine kıyasen belirgin değildir; gri alanda kalmaktadır. *Makullük testi,* kanaatimizce idarenin takdir yetkisinin denetiminde söz konusu gri alanın belirsizliğini açıklığa kavuşturmak için kullanılmaktadır.

Bu test çerçevesinde, mahkemenin görevi idarenin faaliyet alanına müdahale niteliğinde değildir; ancak sadece bireyin yapılan değişiklikler karşısında haklı beklentileri ile değişiklik gerekçelerini uzlaştırmaktır.[113] *Wednesbury* argümanı, idarenin genel düzenleyici işlemlerinde değişiklik yapmadan önce geçmiş işlem ve uygulamalarını dikkate almasını ve çatışan menfaatler söz konusu ise bunlar arasında adil bir dengenin kurulmasını kapsamaktadır. Dolayısıyla bu testin kapsamı hak düzeyinde bir koruma içermemektedir, aksine sınırlıdır.

Coughlan davasında Yargıç Greene M.R., birey ve idarenin menfaatleri arasında doğru bir denge kuramadığı gerekçesiyle haklı beklenti doktrinin değerlendirilmesinde *Wednesbury* kriterine başvurulmasını eleştirmektedir.[114] Buna göre, bu kriter bireye idarenin makul davranmadığını ispat yükümlülüğü getirmekte ve hukuka uygunluk karinesi karşısında bu kriterin

---

111 Bu davaya konu olan uyuşmazlıkta, Wednesbury Şirketi, Sanat ve Gösteri Merkezlerinin Haftasonu İşletilmesi Hakkında Kanunu'nun (Sunday Entertainments Act 1932) birinci bölümü uyarınca Pazar günleri sanat merkezi açma iznine sahiptir ancak onbeş yaşını doldurmamış gençlerin söz konusu yerlere girmesi bu kanun uyarınca yasaklanmıştır. Şirket, söz konusu şartın "makul olmadığını" ve yasamanın yetkisini aştığını iddia etmiştir. Mahkeme, meclisin yetki alanına girmeye "istekli görünmese" de işletme ruhsatının verilmesine ilişkin izin konusunun yerel idarelerin takdirinde olduğunu, yerel yönetimlere tanınan takdir yetkisinin kanunla bu şekilde sınırlandırılmaması gerektiğini ve ayrıca kanunun yerel idarelere tanınan takdir yetkisinin denetimi için yargı yolu öngörmediğini belirttikten sonra; kanunun makul olmadığı (*unreasonableness*) gerekçesiyle "hukuka aykırı" olduğuna hükmetmiştir. Yargıç Greene, bu dava ile hukuka uygunluk denetiminde başvurulan "Wednesbury gayrımakulluk/ makullük" testini İngiliz Hukukuna kazandırmıştır. *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation* (1948) 1 KB 223.

112 **CRAIG,** 2010**,** s. 617.

113 *Coughlan* Kararı, para. 65.

114 **CRAIG**, 2010, s. 620-662.

haklı beklenti davalarında neredeyse işlevsiz olduğu iddia edilmektedir.[115] Diğer taraftan ise, *makullük testi* yargısal müdaheleye imkan veren takdir yetkisinin kötüye kullanılması argümanı çerçevesinde ele alındığında yargısal tetkikin kapsamı da belirsizdir.[116] Takdir yetkisinin kötüye kullanılması argümanının "fazla soyut" olması sebebiyle haklı beklenti doktrinin açıklığa kavuşturulmasına yardımcı olamayacağı iddia edilmektedir.[117] Sonuç olarak haklı beklenti taleplerinin Wednesbury kalıplarına mahkum bir şekilde *idari istikrar ilkesinin bir örneği*[118] olarak değerlendirilmesi, haklı beklentinin henüz bir doktrininin oluşturamadığının – en azından bugün için- bir kanıtıdır.

b. Orantılılık Testi

Takdir yetkisinin kötüye kullanılması argümanının standart bir yargısal denetim sağlamaması ve *Wednesbury* testinin ise oldukça dar yorumlanması karşısında haklı beklentinin başka argümanlarla gerekçelendirilmesinin yolu açılmıştır.[119] *Nadarajah* davası ile tartışmaya açılan, bilhassa esasa ilişkin haklı beklenti taleplerinin gerekçelendirmesinde başvurulan argümanlardan bir diğeri de orantılılıktır.

Haklı beklenti taleplerinin değerlendirilmesinde orantılılık testine başvurulması doktrinde belirli kriterlere bağlanmıştır. Buna göre öncelikli olarak esasa ilişkin haklı beklenti talebinin varlığını ortaya koymak gerekmektedir.[120] Varlığı ortaya konulan bu iddianın ardından, orantılılık testinin sağladığı standart yargısal denetim imkanı[121] ortaya çıkmaktadır. Yargısal denetimde kuşku yok ki *ihtilaf konusu olan uyuşmazlığın niteliği*, *yargısal müdahalenin ölçüsü* veya *bireyin menfaatiyle kamu yararı arasında kurulacak denge* önemli rol oynayacaktır.[122] Somut uyuşmazlığın özelliklerinin etkili olduğu hususlar dışında, mahkeme yargılama sırasında orantılılık testinin sağladığı standart denetimi yapacaktır. Söz konusu standart denetim

---

115 **CRAIG**, 2010, s. 663.

116 **CRAIG**, 2010, s. 620, 663.

117 **ELLIOT**, 2006, s. 284.

118 **CLAYTON**, s. 95.

119 **CRAIG,** 2010, s. 665.

120 Genel düzenleyici işlemlerde yapılan değişikliklerin doğrudan belirli kimselerin haklı beklentilerine aykırı olması ihtimalinde, haklı beklentinin varlığının ispatının aranmaması gerektiği savunulmaktadır. Burada doğrudan "eşitlik ilkesinin" uygulama alanı bularak ilgili kimseler açısından hukuka aykırılık iddiasının temellendirilebilmesinin yeterli olduğu belirtilmektedir. **CRAIG,** 2010, s. 668.

121 **CRAIG**, 2010, s. 665.

122 **ELLIOT**, s. 288.

ise, idarenin haklı beklenti taleplerini reddi halinde makul bir *gerekçe sunma* yükümlülüğünün yerine getirilmiş olup olmadığıdır.

Orantılılık testinin sağladığı standart yargısal denetim, *Craig*'in de isabetli olarak belirttiği gibi[123] haklı beklentinin kaynağının genel düzenleyici işlem veya birel işlem olması halinde söz konusu işlemlerin niteliği ve kapsamının farklılığı dolayısıyla değişmektedir. Birel işlemlerde yapılacak değişiklikte bireyin doğrudan bu değişikliğin muhatabı olması dolayısıyla gerekçe gösterme yükümlülüğü daha somut iken; genel düzenleyici işlemlerde yapılacak değişikliklerde idarenin takdir yetkisinin genişliği ve bu işlemlerin genel niteliği dolayısıyla daha soyut kalabilmektedir. Diğer taraftan *Clayton*, *Craig*'den farklı olarak genel düzenleyici işlemlerde yapılan değişiklik dolayısıyla oluşan haklı beklentilerin karşılanmasına ilişkin taleplerin *orantılılık* testi çerçevesinde değil; yalnızca *Wednesbury* testi çerçevesinde uygulanması gerektiğini iddia etmektedir.[124] Esasında *Craig*'in orantılılık testinde başvurulan standart yargısal denetimin sağladığı imkan, burada *Clayton* tarafından *Wednesbury* argümanıyla çözümlenmektedir. Kanaatimizce her iki halde de işlemlerin niteliğinin ve yapılacak denetimde sunulacak gerekçelerin "daha soyut" veya "daha somut" olması, temel olarak orantılılık testi çerçevesinde gerekçe sunma yükümlülüğünün bertarafını meşru kılmamaktadır.

Nadarajah davasında mahkeme, Dışişleri Bakanlığının davacının usulüne uygun iltica başvurusunu reddetmesini gerektiren bir gerekçesinin olup olmadığını incelemiştir.[125] Haklı beklentinin karşılanmamasını gerektiren üstün bir kamu yararının varlığı halinde tesis edilen işlem hukuka uygundur; aksi halde Bakanlığın haklı beklenti talebinin reddi orantısızlık gerekçesiyle hukuka aykırıdır. Burada bireyin menfaatiyle, değişiklikle amaçlanan kamu yararı çatışmaktadır. Ancak söz konusu orantısızlık tespitinde çatışan menfaatler denklemi nasıl çözülecektir? *Raz*, bu denklemi, idarenin kendi koyduğu *kuralları* ve açıklanması gereken *nedenler* ilişkisiyle çarpanlarına ayırmaktadır.[126] Şöyle ki idare takdir yetkisini kullanırken yaptığı tercih ile diğer tercihleri dışarıda bırakmıştır ve bu tercihi artık *öncelik* halini almıştır. Bu tercihler arasında önceliğin bireye sağladığı 'ayrıcalık', idarenin tercihini

---

123 **CRAIG**, 2010, s. 665.

124 **CLAYTON**, s. 103.

125 *Nadajarah* kararı, n.65, para. 68.

126 **RAZ**, s. 216.

değiştirmesi halinde gerekçelendirilmesi[127] şeklinde karşımıza çıkar. Burada adeta idarenin önceki işlem ve uygulamaları, yani kendi belirlediği 'kuralı', idari işlemin sebep veya konu unsuru halini almaktadır. Ancak bağlı yetkide olduğu gibi tercih edilmemesinin yaptırımı işlemi sakatlamamakta, sadece idareye 'gerekçe'[128] gösterme yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla işlemi sakatlamayan ve fakat çelişkili bir biçimde "gerekçe gösterme yükümlülüğü getirerek" idareyi sınırlandıran usuli bir ilke olarak değerlendirilebilir.[129]

Craig, mahkemelerin idari işlemin yargısal denetiminde idarenin gerekçe gösterme yükümlülüğünü sorgulayan yaklaşımını *iyi idare ilkesi*ne dayandırmaktadır.[130] Daha üstün bir kamu yararı yoksa idarelerin istikrarlı davranması gerekir; şayet bu istikrarlı davranışından sapma gösterilecekse, bireye bunun nedenlerinin açıklanması bu ilkenin bir gereğidir. Bu ilkenin uzantıları olarak *eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının* da haklı beklenti taleplerinin temellendirilmesinde etkili olduğu ileri sürülebilir.

SONUÇ YERİNE

Haklı beklenti doktrinin yakın zamanda *Yüksek Mahkeme*[131] tarafından

---

127 İdare her zaman gerekçe göstermek zorunda olmayıp, yapılacak değişikliğin haklılığından kuşku duyulan durumlarda makul bir sebep göstermek zorundadır. **CANE**, s. 156.

128 *Hamble* davasına konu olan uyuşmazlıkta, idare davacının Kuzey Denizinde faaliyette bulunmak üzere balıkçılık lisans başvurusunu daha sonra değişen yönetmelikle balık avlanmasının yasaklaması dolayısıyla reddetmiştir. Halbuki davacı, gemisini Kuzey Denizinde balıkçılık faaliyetinde bulunmak üzere satın almıştır. İdareye duyulan bu güven korunmalı mıdır? *Hamble* davasında Yargıç Sedler davacının idari işleme güvenerek oluşan haklı beklentisinin esas açısından korunamayacağını; zira idarenin düzenleme yetkisini kullanırken *makul bir gerekçe* gösterdiğini belirtmiştir. *Agriculture davası,* 2 All ER 714, 723b.

129 *Unilever* kararında mahkeme, idarenin Unilever'in başvurusunu reddederken sebeplerini açıklaması gerektiğini belirtmiştir. Zira idare, takdir yetkisini belirli bir yönde kullanacağına ilişkin uzun süre uygulama dolayısıyla Unilever'de oluşan haklı beklentiye aykırı hareket etmiştir. Böylelikle mahkeme idareye işlem tesis ederken kanunda yer almayan bir yükümlülük getirmektedir. Gerekçe gösterme yükümlülüğü, usuli haklı beklentilerde söz ve savunma hakkı verilmesi ile karşılanmaktadır. *R* v *Inland Revenue Commissioners, ex p Unilever plc* [1996] STC 681.

130 **CRAIG**, 2010, s. 664.

131 *Clayton*, 2003 tarihinde yazdığı eserinde haklı beklentinin "Lordlar Kamerası (House of Lords)" tarafından tanınacağını belirtmiştir. Ancak Ekim 2009 tarihinde Lordlar Kamerası yerine Supreme Court (Yüksek Temyiz Mahkemesi) ikame edilerek; yargı, yasama ve yürütmeden tamamen bağımsız hale gelmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. The Supreme Court, https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court.html.

tanınmamasının neredeyse imkansız olduğu belirtilmektedir.[132] Bu tanımanın ne şekilde gerçekleşeceği konusu ise muallaktır. İdarenin faaliyet sahasının genişlemesiyle birlikte söz konusu alanların denetimi güçleşmektedir. Bu doğrultuda aynı hızla denetim araçlarının da geliştirilmesi zaruridir. Önceleri Anglo-Sakson hukuk dünyasının yerindelik denetimi gerekçesiyle haklı beklenti taleplerini reddi söz konusu iken; mahkemelerin *Caughlan* kararıyla esasa ilişkin haklı beklenti taleplerinin *makullük testi* ve daha sonra *orantılılık* testine başvurularak değerlendirilmesi, bu gelişmenin bir göstergesidir. Kanaatimizce, önümüzdeki yıllarda haklı beklenti doktrini *common law* yargısının idarenin takdir yetkisinin denetiminde başvurduğu araçlardan biri olarak ya doğrudan bu isim altında veya farklı bir "test" ile hukuki korumadan yararlanacaktır. Yargının haklı beklenti argümantasyonuna başvururken klasik doktrinel kontürlerin dışına çıktığı göz önünde tutulursa, bugün için makullük veya orantılılık testi altında tartışılan haklı beklentiye bu argümanları da aşarak müstakil ve etkin bir denetim aracı olarak başvurulması kaçınılmazdır. Zira haklı beklenti doktrini, idarenin 'kendi koyduğu kurallarla' kendini sınırlandırması dolayısıyla bu araçlardan farklılık göstermekte ve mahkemenin idarenin yapması gereken konusunda idareyi yönlendirici rölü, yerindelik denetimine kapı aralama riskiyle karşılaşmaktadır. Kuşku yok ki bu risk, diğer başvurulan araçlar gibi bu doktrinin mahkemelerce "ölçü norm" olarak tanınma sürecini yavaşlatacaktır. Ancak yargının buradaki rolü, idareye istikrarlı uygulamalarını hatırlatmak ve şayet idarenin istikrarlı uygulamasından ayrılmasını gerektirir bir kamu yararının bulunması halinde idareye gerekçe gösterme yükümlülüğü getirerek yol göstermektir. Dolayısıyla burada *yerindelik* denetimi söz konusu olmayıp esasında bugün için orantılılık testinin sağladığı standart yargısal denetimle mahkemeler idareye usule yönelik bir ilke getirmektedir: "Gerekçe gösterme yükümlülüğü".

Tam da bu noktada, İngiliz yargısının parlamentonun idarenin takdir alanına bıraktığı alanlarda idareye gerekçe gösterme yükümlülüğü getirmesi kabul edilebilir mi? Bir aşama sonrasında, gerilimin temelde daha üstün bir kamu yararı yoksa idarenin istikrarlı uygulamasından ayrılmaması gerektiği; aksi halde haklı beklenti doktrinine aykırı olduğundan idari işlemin iptal edilebileceği noktasında çıkacağını tahmin etmek imkansız değildir.

Haklı beklenti doktrinin bütün idari işlemlere değil, ancak subjektif ka-

---

132 **CLAYTON**, s. 94.

musal hak doğuran işlemlerle ile idarenin düzenleyici işlemleri arasında kalan gri alana inhisarı, bu doktrinin alanını daraltmaktadır. Bu durum idareyle birey arasında bir denge unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır: idare gri alanda kalan takdir yetkisini daha üstün bir kamu yararı gerekçesiyle 'beyaz'a bürüyecektir, aksi halde istikrarlı uygulamasından ayrılmasını gerektiren bir sebebin bulunmaması halinde keyfi kullanımı dolayısıyla 'siyah'a dönüştürecektir. Esasında bu denge, haklı beklenti doktrininin kamu hukukunda kamu yararı gerekçesiyle mutlak koruma alanı bulamayacağını göstermektedir. Buna karşın kamu yararı değerlendirmesinin idareye tanıdığı bu esnek alan, çelişkili bir biçimde idarenin karar alma sürecinde haklı beklentilerin bir kriter olarak başvurulabilirliğine imkan tanımaktadır. Bu sebeple Anglo-Sakson hukuk dünyasının yakın gelecekte haklı beklenti doktrinine kanaatimizce makullük ve orantılılık gibi ancak onlardan ayrı usuli bir ölçü norm olarak başvuracağı iddia edilebilir.

KAYNAKÇA

AHMED Farrah, PERRY Adam, "The Coherence of the Doctrine of Legitimate Expectations", **CLJ**, S. 73, Mart 2014, ss. 61-85.

BALDWIN Rebecca and HORNE, D. "Expectations in a Joyless Landscape", **MLR**, S. 49, 1986, ss. 685.

BARAK-EREZ Daphne, "The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests", **ERPL,** S. 11, C. 4, 2005, ss. 583- 602.

BINGHAM Sir Thomas, "There is a World Elsewhere': The Changing Perspectives of English Law", **ICLQ,** S. 41, 1992, ss. 513.

BLUNDELL David, "Ultra Vires Legitimate Expectations", **JR, S.** 41, 2005, ss. 147.

BLUNDELL David, Judicial Review: Legitimate Expectation (Insight), Westlaw UK, 25.08.2018, http://www.westlaw.co.uk, Erişim Tarihi: 20.12.2018).

BOZ Selman Sacit**, İdare Hukukunda Haklı Beklentilerin Korunması**, Seçkin, Ankara, 2017.

BÜLBÜL Erdoğan, **İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması**, Beta, İstanbul, 2010.

CANE Peter, **Administrative Law**, Oxford University Press, Oxford, 2011.

CLAYTON Richard, "Legitimate Expectations, Policy, and The Principle of Consitituency", **Cambridge Law Journal,** S. 62 (1), 2003, ss. 93-105.

CRAIG Paul, **Administrative Law**, Sweet and Maxwell, 6. Basım, 2010.

CRAIG Paul, "Legitimate Expectations Conceptual Analysis", **LQR**, S.108, ss. 1992, ss.79.

CRAIG Paul, SCHØNBERG, Søren, "Substantive Legitimate Expectations After Coughlan", **Public Law** Winter, Sweet and Maxwell Ltd., 2000.

EDİS Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, AÜHF Yayınları, 6. Bası, Ankara, 1997.

ELLIOT Mark, "Legitimate Expectation Substantive Dimension", **Cambridge Law Journal**, S. 59, 2000, ss.421.

ELLIOT Mark, "Legitimate Expectation and Search for Principles, Reflections on Abdi&Nadarajah", **JR**, S.11, 2006, ss.281.

DWORKIN Ronald, **Freedom's Law: The Moral Reading of American Constitution**, Oxford University Press, Oxford, 1999.

FORSYTH Christopher F., "The Provenance and Protection of Legitimate Expectations", 47 **CLJ,** S. 47, 1988, ss. 238.

FORSYTH Christopher F., "Legitimate Expectations Revisited", **JR**, S. 16, 2011, ss.429.

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Cilt I**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, TAN Turgut, **İdare Hukuku II**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2016.

GİŞİ Selçuk, **Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi**, Onikilevha, İstanbul, 2017.

HADFEILD B., "Judicial Review and the Concept of Legitimate Expectations" **NILQ,** S. 39, 1988, ss. 103.

HARLOW Carol, RAWLINGS Richard, **Law and Administration**, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

HART Herbert Lionel Adolphus, **The Concept of Law**, 3. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2012.

HAYEK Friedrich A., **The Constitution of Liberty**, Routledge, London 1960.

HILSON Chris, "Policies, the Non-Fetter Principle and the Principle of Substantive Legitimate Expectations: Between a Rock and Hard Place?', **JR** S.11, 2006, ss. 289.

HLOPHE John, 'Legitimate Expectation and Natural Justice: English, Australian and South African Law', **South African Law Journal**, S. 104, 1987, ss.165.

JONES David Philliphe, "A Comment on Legitimate Expectations and the Duty to Give Reasons in Administrative Law", **Alberta Law Review,** S. 25/3, ss. 512.

KAYA Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, Oniki Levha, 2.Bası, İstanbul 2014.

KOLINSKY Daniel, "A Legitimate Expectations of a Succesful Challenge", **JR**, S.17 2012, ss.161.

LEYLAND Peter, GORDON Anthony, **Textbook on Administrative Law**, 8th Bası, Oxford University Press, Oxford.

NOLTE George, 'General Principles of German and European Administrative Law: A Comparison in Historical Perspective' **M.L.R**, S. 57, 1994, ss.191.

OĞURLU Yücel, **Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

ÖRÜCÜ Esin, **The Enigma of Comparative Law Variations on a Theme fort he Twenty First Century**, Springer, Leiden 2004.

PANDYA Abhijit PG, "Legitimate Expectations in English Law", **JR** S.14, 2009, ss.170.

RAZ Joseph, "Promises and Obligations", in **Law, Society and Morality**, Essays in honour of

H. L. A. Hart, edited by P. M. S. Hacker and J. Raz, Oxford, 1977.

ROBERTSON Aidan, Book Review: Schonberg, Legitimate Expectations in Administrative Law, **JR** S.6, 2001, ss.67.

ROBERTS Melaine, "Public Law Representations and Substantive Legitimate Expectation", **Modern Law Review** S.64, January 2001, ss.112.

SALES Philip, "Legitimate Expectations", 11 **Judicial Review** 186, 2006.

SEZGİNER Murat, **İdari İşlemlerde Amaç Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılık**, Doktora Tezi, Ankara 1991, YÖK Tez Merkezi, https://tez.yok.gov.tr/.

SCHWARZE Jurgen, **European Administrative Law**, Sweet & Maxwell, London, 1992.

SCHØNBERG Søren, **Legitimate Expectations in Administrative Law**, Oxford University Press, Oxford.

SMITH De Woolf and Jowell, **Judicial Review of Administrative Action**, Sweet & Maxwell, London, 1995.

SULLIVAN Roger J., **Immanuel Kant's Moral Theory**, Cambridge University Press, 1989.

STEEL I., "Substantive Legitimate Expectations Striking the Right Balance", **LQR** S. 121, 2005, ss.300.

TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Yayınevi, 7. Bası, Ankara, 2017.

THOMAS Robert, **Legitimate Expectations and Proportinality in Administrative Law**, Hart Publishing, Oxford, 2000.

WATSON Jack, "Clarity and ambiguity: a new approach to the test of legitimacy in the law of legitimate expectations", **Legal Studies**, S. 30/4, 2010, ss. 633–652.

WILLIAMS Rebecca, "The Multiple Doctrines of Legitimate Expectations", **LQR**, S. 132, 2016, ss. 639-663.

WILKEN Sean, GHALY, Karim **The Law of Waiver, Variation and Estoppel**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

The Oxford Dictionary of Philosophy, http://www.oxfordindex.oup.com, (Erişim Tarihi:15.01.2019)

YAYLA Yıldızhan, "Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi, Kronik", Ayrı Bası, İstanbul, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: XXX, No: 3-4, 1965.

YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta, İstanbul 2010.

THE POSSIBILITY OF LEGITIMACY WITHOUT MORALITY

Av. Halil CESUR*

Abstract: The concept of legitimacy with its distinguishable components is an inherently elusive concept; it might be descriptive, quasi-normative and normative. This article takes the view that neither descriptive nor quasi-normative forms of legitimacy can be appealed in parliamentary decisions that are of moral significance, for they do not specify any moral or normative criteria for legal norms to be labelled as legitimate. The concept of consensus on the basic values of the society, which has been deployed by contractualist scholars as a normative standard, cannot fully describe the concept of legitimacy for the reason that the element of morality is disentangled from the concept of consensus. Having discussed the three forms of legitimacy at the context of the theories of the prominent scholars, the aim of this article is to reflect on the connection between morality-legitimacy.

Keywords: Legitimacy, morality, contractualism, consensus, parliamentary decisions

* Makale gönderim tarihi: 11.11.2018. Makale kabul tarihi: 20.05.2019. (ORCID kimlik no: 0000-0002-2355-3658; halillcesur@gmail.com)

AHLAKA DAYANMAYAN MEŞRUİYETİN İMKANI

Öz: Ayırt edilebilir bileşenleri ile meşruiyet kavramı özü itibariyle tarifi zor bir kavram. Kavram, tasviri (descriptive), yarı normatif (quasi-normative) ve normatif biçimde karşımıza çıkabilir fakat meşruiyetin hem tasviri formu hem de yarı normatif formu ahlaki öneme sahip parlamento kararlarında kullanılamaz. Çünkü meşruiyetin bu yorumları, hukuk normlarının meşru olabilmesi için herhangi bir ahlaki ve normatif kriter sunmaz. Sözleşmeci düşünürlerin normatif bir kriter olarak sunduğu "toplumun temel değerleri üzerinde uzlaşı" kavramı da ahlak kavramından soyutlanmış olması dolayısıyla meşruiyeti olması gerektiği gibi tarif edemez. Bu makale ile meşruiyetin üç farklı formu önde gelen düşünürlerin teorileri çerçevesinde tartışıldıktan sonra meşruiyet-ahlak birlikteliği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Meşruiyet, ahlak, kontraktualizm, konsensüs, parlamento kararları

1. Introduction

The concept of legitimacy to date has commonly been invoked by legal scholars, practitioners and politicians, but those who appeal to legitimacy have not agreed on what really legitimacy denotes. It is not only because they each had their own meaning when they used the term, but the rationale goes beyond that: legitimacy is an inherently elusive concept with its distinguishable components or forms.[1] The complexity emerges especially in the context where the issues of democratic procedures and political decisions are concerned. While the academics have devised distinct kinds of legitimacy to grasp the political, legal and moral facet of the concept, the discourse on the term for politicians is usually based upon the electorate who voted for them.[2] It is stated that reliance on constituencies or public confidence as a tool of legitimate power is generally brought about by an election that is supposedly to reveal the will or decision of the majority. The majority dominance in elections would be, in turn, an easy escape way for politicians; yet,

---

1 BARNARD Frederic, **Democratic Legitimacy: Plural Values and Political Power,** McGill-Queen's University Press, Montreal, 2001, p.26

2 The then president of Egypt, Mursi refers to himself as the only legitimate ruler, repeating the word legitimacy 56 times throughout his entire speech. See M. Sangary, *Questions of Legitimacy*, 24 July 2017 https://www.opendemocracy.net/north-africa-west-asia/mohanad-el-sangary/legitimacy-Egypt-Morsi-Sisi-revolution (accessed on 01.02.2018)

legitimacy is more than what the popular account of legitimacy expresses; that is, it requires further elucidation with its meaning layers.

The legitimacy and supremacy of constituent power in democratic societies is often taken for granted in making political choices and rarely questioned. The same can be said for all sorts of collective decisions from the election of a new pope to the decisions between friends about where to eat out together although there are some significant exceptions to the principle of majority, such as the requirement of unanimity in criminal jury verdicts and some voluntary organisations using blackballing for the admission of new members.[3] Nevertheless, exceptions do not preclude us coming to the conclusion that "the wisdom of crowds"[4] is intuitively deemed a well-established and accepted norm especially in relation to political decisions.[5] The following quotation from the essay written by Bottoms and Tankebe hypothesises an extreme example of how the majority rule can be considered as legitimate from the point of the majoritarianism:

> "[I]f in a given state there is an ethnic minority population constituting 1% of the population, and the parliament of that state passes (with massive and enthusiastic support from the majority population) a statute saying that the minority is to be eliminated in death camps, then it would seem that, according to the law and the shared values of that society, this enactment must … be regarded as entirely legitimate."[6]

The aim of this article is to illuminate the empirical and normative concept of legitimacy so as to examine critically the proposition abovementioned. The former will be expounded with reference to Weber and Beetham who have been the most influential figures in socio-legal studies. The latter will be discussed with a specific emphasis on contemporary social contract theories. It should be here noted that though the discussions around the le-

---

3 SADURSKI W., **Equality and Legitimacy,** Oxford University Press, Oxford, 2008, p.41

4 SUROWIECKI, J., **The Wisdom of Crowds: Why the Many Are Smarter Than the Few,** Abacus, London, 2005.

5 **SADURSKI**, 2008, p.41

6 BOTTOMS A., TANKEBE J., "Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice"' **The Journal of Criminal Law and Criminology**, (2012) 102/1 119, p.156-157

gitimacy of political authorities and legal norms should be held in different ways, the two will be sometimes used interchangeably for the purpose of this article.

2. The Distinction Between Different Concepts of Legitimacy

The notion of legitimacy derives etymologically from the Latin term *legitimus*, meaning "lawful", "appropriate" or "just"[7] which is, in turn, literally being in accordance with law or lawful.[8] In this sense, during the medieval period legitimacy, was widely understood to mean that which conformed to correct customary procedures.[9] However, as a modern legal term, legitimacy is more stratified than in the past and has been conceived by some scholars as "slippery"[10] and "fragile"[11]. Having said that, to make the concept more crystallised, there is a considerable tendency in the literature to draw a distinction between empirical and normative legitimacy.[12] Distinguishing different concepts of legitimacy is worthy and has a sound basis for a better understanding of the relationship between decisions made by an authority and legitimacy.

The factual existence of a power of command is the primary element

---

7 TANKEBE J., LIEBLING A., "Legitimacy and Criminal Justice: An Introduction" in TANKEBE J., LIEBLING A., (Eds.), **Legitimacy and Criminal justice: An International Exploration**, Oxford University Press, Oxford, 2014, p.1

8 MORRIS C. W., **An Essay on the Modern State,** Cambridge University Press, Cambridge, 1998, p.103

9 **TANKEBE J., LIEBLING A.,** (2014) p.1

10 HOUGH and et.al, "Legitimacy, Trust and Compliance: An Empirical Test of Procedural Justice Theory Using the European Social Survey" in TANKEBE J., LIEBLING A., (Eds.), **Legitimacy and Criminal Justice: An International Exploration**, Oxford University Press, Oxford, 2014, p.330

11 JEFFORSON A. M., "The Situate Production of Legitimacy: Perspectives from the Global South" in TANKEBE J., LIEBLING A., (Eds.), **Legitimacy and Criminal Justice: An International Exploration,** Oxford University Press, Oxford, 2014, p.249

12 BEETHAM D., **The Legitimation of Power,** Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2nd Ed, 2013; HINSCH W., "Justice, Legitimacy, and Constitutional Rights" **Critical Rev. of Int'l Soc. & Pol. Phil.**. 2010, 13, JACKSON and et.al, "Empirical legitimacy and normative compliance with the law" in FARAZMAND Ali (Ed.), **Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance,** Springer, New York; A. BOTTOMS A., TANKEBE J., "Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice", **The Journal of Criminal Law and Criminology** (2012) 102/1

which is worth examining for a sociologist whereas the morality of a legal norm is the basic issue for a legal-philosopher.[13] 'The sociologist, in other words, is like the anthropologist who, studying religion, is not interested in the existence of God, but only in the existence of beliefs in the existence of God, and in the attendant religious practices and conduct.'[14] To put it differently, a descriptive account of legitimacy differs substantially from the normative one in the sense that the former enables to observe the phenomena of, for example, whether the belief or faith in the rightfulness of a state and in its authority to issue commands. Assessing the cogency or moral quality of the claim to authority or presenting an ideal or a morally justifiable authority, on the other hand, are main concerns for one who would adopt a normative approach to legitimacy.

3. The Empirical Concept of Legitimacy

A comprehensive analysis of legitimacy was done by Max Weber whose approach is fundamentally considered to be empirical and who devised the well-known three forms of legitimacy, namely traditional, charismatic and legal-rational.[15] In his theory, legal legitimacy is the key form in explaining the generally law-abiding character of modern states, which is an "active belief" needed by citizenry for reasons not restricted to self-interest to justify the claim of the authority to govern.[16] If citizens believe that officials' decisions must be followed as they are lawful, to Weber, decisions would be legitimate.[17] Sincere approval of citizens for Weber, *as a matter of fact*, is to be accepted as the source of legitimacy irrespective of whether a decision or an act passed by a parliament is morally wrong. It can be argued within the empirical enquiry of legitimacy that what the subjective state of mind or belief of a particular group should be the main focus and a factual statement made by an external observer regarding the belief of the people is adequate

---

13 WEBER M., **Economy and Society: An Outline of Interpretative Sociology**, Ephraim Fischoff et al. tr, University of California Press, London, 1978, p.948

14 BARKER R. S., **Political Legitimacy and the State**, Oxford University Press, Oxford: Clarendon Press, 1990, p.48

15 **WEBER**, 1978, p.212

16 JR. FALLON R.H., "Legitimacy and the Constitution", **Harvard Law Review,** 2005, VOL.118, 1787, p.1795

17 *Ibid,* p.1849

in assessing legitimacy. Nevertheless, one may take the view, one the one hand, that a decision made by a government is legitimate in the empirical sense, which is mainly the establishment of the socio-psychological fact that citizens abide by the decision without fear of sanction, but, on the other, the same person still can claim that it is egregiously unfair or unacceptable for other reasons.[18] It is simply because fairness may not always be predicated upon the belief or attitude of the people. It seems fair to say thus that substantive questions about the justice of the state and decisions thereof, for the critics of Weber or empiricist theories, are required so as to assess legitimacy.

A critic of Weber, Beetham, who embarked initially on writing 'a purely social-scientific account of legitimacy, and was compelled … to engage in a normative-philosophical enterprise'[19], has developed a threefold framework to present objective substantive criteria for legitimacy: i) conformity to rules (legal validity) ii) justifiability of rules in terms of shared beliefs iii) legitimation through expressed consent.[20] At first, an authority can be approved as legitimate provided that it is acquired and exercised in conformity with established rules.[21] However, '[o]n its own … legality cannot provide a fully adequate criterion of legitimacy' because 'rules cannot justify themselves simply by being rules, but require justification by reference to considerations which lie beyond them'.[22] As opposed to Weber's analysis, Beetham asserts that a mere belief in the power-holder's legitimacy cannot be a valid reason; rather, 'power is legitimate to the extent that the rules of power can be justified in terms of beliefs shared by both dominant and subordinate'.[23] It seems, therefore, in the view of Beetham, that there is an assumption that law is a mirror of society; more precisely, law mirrors the morality of society.[24] In other words, Beetham think that shared values are naturally reflected in the laws of the society. As for the last criterion, consent of subordinates

---

18 HINSCH W., "Justice, Legitimacy and Constitutional Rights", **Critical Rev. of Int'l Soc. & Pol. Phil.,** 2010, 13/39, p.41

19 BEETHAM D., "In Defence of Legitimacy" **Political Studies**, XLI, 1993, 488, p.491

20 **BEETHAM,** 2013, p. 20

21 *Ibid,* p.16

22 *Ibid,* p.68-69

23 *Ibid*, p.17

24 TAMANAHA B.Z., **A General Jurisprudence of Law and Society**, Oxford University Press, Oxford, 2001, p.3

must be expressed through actions which are the manifestation of the fact that consent is authentic. Voting in an election or plebiscite, joining in acclamation and swearing an oath of allegiance, for instance, are supportive of legitimate elective democracy even if the actions in question do not influence the consequences of elections or decisions that are to be made.[25]

Though the threefold framework proposed by Beetham is at first glance comprehensive and was deployed in some studies to determine whether legal practices are legitimate,[26] but several objections can be raised. For one thing, even though officials or authorities might enhance the legitimacy of their powers by following the rules that restrict their discretion in decision-making process and obvious illegalities do diminish legitimacy among the governed,[27] one can arguably claim that embracing the rule of law in a strict way does not necessarily enhance the legitimacy of authorities. On the contrary, it can sometimes lead to somewhat illegitimacy.[28] In an official report on urban disorders in which intensive police "stop and search" operations that targeted disproportionately at young black males gave rise to utter frustration among the black community. The police practices were assessed as overtly unfair and partial by the black minority group.[29] Appreciating the significance of law enforcement in the report, Scarman argues that *fiat justitia, ruat caelum*[30] can be 'disruptive of the very fabric of society'.[31] It stands to reason therefore that by leading to a fundamental disagreement on what is moral and lawful within the society (societal division),[32] a strict implementation of the law can culminate in undermining shared social values which are of paramount importance in Beetham's theory.

---

25 **BEETHAM,** 2013, p.18

26 See for example: LORD N., "Establishing Enforcement Legitimacy in the Pursuit of Rule-breaking 'Global Elites': The Case of Transnational Corporate Bribery", **Theoretical Criminology,** 2016, 20/3.

27 GERBER T.P., MENDELSON S., "Public Experiences of Police Violence and Corruption in Contemporary Russia: A Case of Predatory Policing?" **Law & Soc'y Rev.,** 2008, 42, p.1

28 **TANKEBE, BOTTOMS**, 2012, p.138

29 Lord SCARMAN, "The Brixton Disorders 10-12" April 1981 (Cmnd. 8427) paras. 1.1 1.7; (reprt. 1986), paras. 4.37-4.40

30 "Let justice be done, even if the sky collapses in consequence."

31 **SCARMAN**,1981, para. 4.57

32 **BEETHAM,** 1993, p.488

Moreover, the discrepancy between the actions of individuals and accepted moral standards in a particular society may become somewhat puzzling to one who ponders on legitimacy. In a society where an agreement is reached, on the face of it, on the moral and legal claim that corruption among officials is immoral and unlawful, it is not unlikely to face the fact that corruption is accepted in daily life as a "norm" of social interaction and the officials are commonly corrupted or bribed.[33] In this regard, the "beliefs" or "shared values" of the individuals in relation to unlawful and immoral behaviours in public institutions might differ radically from the attitudes of the same individuals. It is substantially distinct from what Beetham called "societal division" which explains the situation where there is a total disagreement on fundamental values within a society.[34] Accordingly, baffling in the establishment of legitimacy of a norm or an institution is the difficulty to determine whether the actions of the people should be accepted as a shared value. If it is said that "actions speak louder than words", in other words, if what the citizens in the society do provides a benchmark for the determination of legitimacy, the following uncomfortable statement would arise: corruption among officials is legitimate. If legitimacy is measured by moral values, more precisely, the mere beliefs or opinions about the wrongness of corruption, which were shared by the individuals in the society, it can be observed that a majority of the individuals do not follow the rule which they deem legitimate, which also does not fit the theory of Beetham. In a nutshell, the lack of congruence between beliefs and actions in some societies would make the concept of legitimacy complicated as finding out what is shared and common among the people is in itself puzzling.

What has been examined hitherto shows us two distinctive features of empirical analyses of legitimacy,[35] one of which is the lack of moral claim. To say, for example, only that people consider a particular criminal code legitimate without taking any stance as to the truth (or validity) of this fact and its inferential consequences, is a clear illustration of the empirical concept of

---

33 Even though it requires a great deal of effort to prove that a society is commonly corrupted, people's concerns and experiences can be an indicator. See, for example, a survey-based report on corruption: **UNODC**, Corruption in Afghanistan Bribery as Reported by Victims, January 2010

34 **BEETHAM**, 1993, p.488

35 **HINSCH**, 2010, p. 41-42

legitimacy. Secondly, an empirical account does not set a standard or involve objective criteria of legitimacy that are to be met. Legitimacy is in this form deprived of its ideal character and cannot be used for a critical assessment.[36] It is in fact the corollary of being an external observer who prefers not to engage with the question whether the power of the majority rule should be kept at any cost. Once one takes a stance on the question and makes a moral claim with regard to the legitimacy of a decision, the second step inevitably would be to justify the claim, which lies mainly within the normative enquiry of legitimacy. In conclusion, if a morally unacceptable statute were passed by an elected body and in conformity with people's beliefs or shared values, from an empirical point of view, the statute would be legitimate or believed to be legitimate.[37]

4. A Quasi-Normative Concept of Legitimacy

It has been elucidated that the purely empirical account of legitimacy seems to render unjust decisions legitimate and for this reason it cannot be accepted as sufficient for discussing legitimacy, just because it does not involve normativity. It is now to hearken to Raz's understanding of legitimacy comprising both the elements of descriptive and normative assumptions, which has been termed as "explanatory-normative account".[38] Presenting his own explanation of the concept of authority, Raz makes a distinction between conceptual and normative argument and regards them as interdependent.[39] He takes the view that a purely linguistic account of authority helps 'explain what people believe in when they believe that a person has authority', but he deems this explanation simple.[40] If there are sufficient reasons to follow the rules for the citizens, to Raz, the authority would be

---

36 WITGENS L.J. and et.al, (Eds.) **The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence**, Aldershot: Ashgate, 2005, p.241

37 COLON-RIOS J.I., **Weak Constitutionalism Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power,** Routledge, Oxon, 2012, p.108

38 SOPER P., "Legal Theory and the Claim of Authority" in EDMUNDSON W. A. (Ed.) **The Duty to Obey the Law: Selected Philosophical Readings,** Rowman & Littlefield, 1999, p.230

39 RAZ J., **The Morality of Freedom,** Oxford University Press, Oxford: Clarendon Press, 1986, p.64

40 *Ibid,* p.67

legitimate.[41] However, he adds that an actual authority does not 'necessarily conform to everyone's notion of authority in all detail', so being legitimate involves the element of normativity.[42] Here is the point where his concept of legitimacy is indeed "normative-conceptual", rather than "normative-only" or "conceptual-only".[43]

Surprisingly, after claiming that there can be contexts in which people's reasons (pre-emptive reasons)[44] to obey the authority do not conform with the existing notion of legitimacy, Raz does not go one step further to set moral precepts which are to be predicated upon legitimacy. Nor does he dictate the scope and limits of deference towards legal authority.[45] In this sense, one might easily think that the theory developed by Raz is somewhat or even completely empirical as it lacks moral principles. Yet, in a book review which analyses critically the exposition of legitimacy of Raz, Dworkin firmly argues that "artificial conceptions of law and authority whose only point seems to be to keep positivism alive at any cost … [are] an attempt to keep the name 'positivism' for a conception of law and legal practice that is entirely alien to positivism".[46] In this Dworkin's statement, the term of "positivism" should be read as an "empirical concept of legitimacy". In his relatively long critique, he implies that the concept of Raz is basically normative-only, by giving the example of Lincoln, who suspended the writ of habeas corpus in the American Civil War.[47] Lincoln acted illegally by suspending habeas corpus at that time, Dworkin asserts, but at the same time he acted morally, to many commentators. Accordingly, Dworkin claims that in a situation where pre-emptive reasons are not sufficient to obey the rules of an

---

41 *Ibid,* p.41

42 *Ibid,* p.*67*

43 **SADURSKI**, 2008, p.5

44 Pre-emptive reasons, for Raz, are a type of legitimating consent of people, given to the authority in advance. As possible questions surrounding "pre-emptive reasons" and more generally Raz's so-called 'service conception of authority' are beyond the scope of this article, it will not be held here in detail. See: RAZ J., **The Morality of Freedom**, Oxford University Press, Oxford: Clarendon Press, 1986, p.39

45 SADURSKI W., "Law's Legitimacy and 'Democracy-Plus'" **Oxford Journal of Legal Studies**, 2006, 26/2 377, p.386

46 DWORKIN R., "Thirty Years On (Book Review)" **Harvard Law Review,** 2002, 115/6 1655, p.1656

47 **SADURSKI**, 2008, p.5

existing political power, a moral reflection on whether to obey is required on the part of a moral agent, as occurred in the case of the suspension of habeas corpus.[48]

Although Dworkin points out rightly that a moral judgement is inescapable in Raz's notion of legitimacy, Raz, perhaps deliberately, did not set moral standards in his theory. It can be thus claimed that even if he "cracked the door open" for a normative account, he purposely opted for not engaging with the moral problem of legitimacy. If a criticism were to be raised, it would be the fact that though he sees the descriptive account of legitimacy as "simple", by not attaching a moral standard to his theory, he cannot go beyond the contours of the empirical account. Coming back to the question whether a law sending the minority group to an extermination camp is legitimate, as Dworkin has stated, Raz presumably agrees that an authority regulating a morally wicked statute is not legitimate,[49] but how this claim in the empirical sphere without trespassing normative boundaries could be justified seems rather vague.

5. The Normative Concept of Legitimacy

In deciding on whether a specific decision is fully legitimate, contrary to a purely empirical approach, it is claimed that certain moral values, such as human dignity, liberty, justice, etc, must be taken into consideration.[50] Just as discussing an ethical issue without touching upon the moral dimension thereof would not be promising, to examine legitimacy without morality would lead to a flawed judgement. It seems plausible therefore to say that legitimacy as a normative notion is more appropriate for moral discussions. Having said that, it would also be misleading to suggest that descriptive statements should be eliminated from the sphere of normative enquiry. On the contrary, taken together, these two points are of great significance.[51]

The idea of legitimacy in the descriptive or normative sense derives ultimately from moral principles and places morally binding conditions on political powers to be called as legitimate. In this account of legitimacy, no

---

48 **DWORKIN**, 2002, p.1656

49 *Ibid*, p.1668

50 **SADURSKI**, 2008, p.1

51 **BOTTOMS, TANKEBE,** 2012, p.158

decision taken by the authority stands outside the moral pale and what is legitimate means 'what is morally justifiable or rightful' and 'legitimacy entails the moral justifiability of power relations'.[52] Contractual theories in political studies are classic examples of the moral approach to legitimacy which mainly argues that a set of creeds, such as the idea of justice, should be embedded in the discussion of legitimacy.[53] For example, in the contemporary social contract tradition, Rawls's conception of a well-ordered society presents the following conditions to legitimise a given authority: To begin with, principles of justice recognised by all citizens must be followed by everyone in a society and 'everyone accepts and knows that everyone else accepts, the very same principles of justice.'[54] Secondly, the institutions and rules governing such a society must be viewed as just and legitimate by all citizens with due consideration and for good reasons. Lastly, principles of justice must be justified without any disagreement among the citizens.[55] It is a 'highly idealised' structure of society and, as many critics have questioned the realistic possibility of ideal of "overlapping consensus",[56] somewhat utopian; yet, it is 'necessary for an adequate political conception of justice'.[57]

Contractualist conception of justice and legitimacy, such as that of Rawls, is based fundamentally upon the free choices of the people and public justification,[58] meaning that all members of a well-ordered society should recognise, rather than merely comply with, the norms in the light of their well-considered beliefs and interests.[59] Jurgen Habermas expresses eloquently this kind of consent of the governed by stating that 'laws count as legitimate only if their addressees can jointly regard themselves as authors.'[60] Given these considerations, it would be unreasonable to expect

---

52 **BEETHAM**, 2013, p.488

53 RAWLS J., **A Theory of Justice,** Cambridge: Harvard University Press, 1999, p.314

54 RAWLS J., **Political Liberalism**, New York: Columbia University Press, 1993, p.35

55 *Ibid,* p.35

56 KILAN B., LEUVEN K.U., "J. Rawls's idea of 'overlapping consensus' and the complexity of 'comprehensive doctrines" **Ethical Perspectives**, 2009, 16/1, 21, p.25

57 RAWLS, 1993, p. 35-36

58 COLON-RIOS J. I., **Weak Constitutionalism Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power**, Routledge, Oxon, 2012, p.108

59 RAWLS J., "The Idea of Overlapping Consensus" **Collected Papers**, 1987, 421, p.423

60 HABERMAS J., "Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions", **Ratio Juris** (1994) 7/1, 1, p.10

from the ruled, whose moral values and choices are inconsistent with the rules that have been established without their will, to follow consistently the statutes in force. The presumption in this account is that all citizens do reach an "overlapping consensus" on the most basic normative foundations of an ideal society to live in stability.[61] From the perspective of democratic conception of legitimacy, a second assumption might be the fact that the content of the basic norms is specified through the processes of democratic decision-making in such a way that the resulting laws and institutions may also be created or approved by the citizens.[62] While the former can be described as "substantive legitimacy" concerning with questions of 'what' – of what decisions can legitimately be made; the latter can be termed as "procedural legitimacy" which concentrates on the questions of 'who' and the 'how'.[63] The latter seems relatively unquestionable in democratic societies as the majority voting rule in a democratic decision-making process meets the requirements of political justice, but compliance with procedural rules cannot be per se adequate in order for a particular decision or political power to be fully legitimate.[64] The decision must also be in accordance with the basic values of the society and in cases in which there is to be a persisted disagreement on the first principles of justice, then the notion of political justice would be empty or indeterminate, and so the decision in question would inevitably be non-binding for all.[65]

It should be emphasised that in cases where there is a reasonable disagreement over a contested question, a non-argumentative decision-making process is deployed to achieve binding decisions, for example, setting up a lottery or having a vote.[66] However, according to the contractualist account, all parties involved must have a reason to approve fair and effective forms of non-argumentative decision-making and to recognize the resulting decisions as publicly justified and binding.[67] The contractualist idea of public justifi-

---

61 RAWLS, 1987, p.421

62 LEVITOV A., **Normative Legitimacy and the State**, Oxford Handbooks Online, 2016, p.9

63 BROWNSWORD R., GOODWIN M., **Law and the Technologies of the Twenty-First Century: Text and Materials**, Cambridge: Cambridge University Press, p.246

64 **SADURSKI**, 2006, p.386

65 **HINSCH,** 2010, p.44

66 *Ibid,* p.4.

67 *Ibid*

cation, thus, incorporates argumentative and non-argumentative parts, while the former is concerned with questions of political justice or substantive legitimacy, the latter focuses on questions of procedural legitimacy.[68] In a situation where there is a morally wicked statute that is about to come into force in the parliament, one can argue that although the majority rule is accepted by all citizens to reach a decision, life-and-death decisions, which affect the essence of the morality of the whole society, cannot be made due to the lack of consensus on the basic moral values of the society. Nevertheless, this is an argument disregarding the fact that a purely majoritarian-procedural theory of democracy does not always and necessarily give effect to the moral values that justify the system.[69] Thus, an immoral statute cannot be fully justified and legitimate not only because there is no voluntary consensus on the fundamental moral precepts, but also because a democracy without values would likely to turn easily into thinly disguised but blatant majoritarianism, in other words, "tyranny of the majority".[70]

The moral commitments of people living in modern societies diverge on many matters from religion to the rights of the minority and this feeds into people's conceptions of justice as well.[71] In this sense, failing to reach an agreement on the basic principles seems more likely to be than achieving an overlapping consensus on justice. Furthermore, given the fact that modern democracies are stable and present relatively fair decisions despite the disagreements they contain, the insistence on an agreement on moral values in assessing legitimacy could have the perverse effect of making many democratic regimes illegitimate.[72] Therefore, a morality-based reasoning seems more plausible because those who focus on the consent of the people or manifest only a lack of consensus on the question of what is immoral do not touch properly upon the question awaiting an answer: is the decision mor-

---

68 *Ibid*

69 **SADURSKI,** 2008, p.22

70 John Paul II 'Address to the Polish Parliament' 11 June 1999, available at https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/en/travels/1999/documents/hf_jp-ii_spe_11061999_warsaw-parliament.html www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/travels/documents/hf_jp-ii_spe_11061999_warsawparliament_ en.html> part 5 (accessed on 27.06.2019)

71 SPINNER-HALEV J., "Liberalism and Religion: Against Congruence", **Theoretical Inquiries in Law,** 2008, 9/2, 553, p.560

72 *Ibid,* p.560

ally legitimate? The answer of the social contract tradition is very akin to justification from which a moral duty to obey does not necessarily derive.[73] As Riley has complained in his book, the contemporary contractrualists including Rawls have failed to address the moral aspect of consent,[74] which is essential to "shore up social contract theory".[75] To Riley, in the context of legitimacy, the conceptual priority of our moral faculties should be recognised, which has been ignored by Rawls and other authors.[76] In parallel with the arguments of Riley, analysing and recognising the moral origins of the state's political authority, Wellman states that citizens have "Samaritan duties" to each other and these are "due to all humans, not just fellow citizens".[77] The argument is of significance as it traces the legitimacy of the state authority to its moral sources.[78] If the same approach were to be adopted in the legitimacy of norms, Samaritan duties, that is to say, having an obligation to help other citizens, would provide a benchmark. However, how should the Samaritan moral code be defined and operationalised so as to legitimise or illegitimise a decision that is plainly unjust. Buchanan argues that we have a natural duty to promote justice for other people. He also goes on to claim that 'basic moral considerations that require us to respect a person's basic rights and also require us to help bring about a situation in which their rights will be respected.'[79] The notable feature of these arguments is their emphasis on morality rather consensus which is not dependent on a moral standard. The important point is whether these arguments or critiques are capable of making up for the deficiencies in the contractual thesis.[80] As a practical matter, a majoritarian process culminating in an act legalising holocaust can only

---

73 **SADURSKI,** 2008, p.17

74 RILEY P., **Will and Political Legitimacy: A Critical Exposition of Social Contract Theory in Hobbes, Locke, Rousseau, Kant and Hegel,** Cambridge, MA Harvard University Press, 1982, p.124

75 *Ibid,* p.214

76 GROARKE P., **Dividing the State, Legitimacy, Secession and the Doctrine of Oppression**, Ashgate, Aldershot, Hants, 2004, p.24

77 WELLMAN C., "Liberalism, Samaritanism, and Political Legitimacy", **Philosophy and Public Affairs**, 1996, 25/3, 211, 216, p.233

78 GROARKE, 2004, p.25

79 BUCHANAN A., "Recognitional Legitimacy", **Philosophy and Public Affairs**, 1999, 28/1 46, p.71

80 **GROARKE**, 2004, p.25

be corrected by another source of authority, such as a constitutional court, which deals with the excesses of the majority.

What has been discussed so far has been reflected in the judgements of national or regional human rights courts, one of which is the Supreme Court of Canada which holds in a decision that:

> "the system must be capable of the aspirations of the people. But there is more. Our law's claim to legitimacy also rests on an appeal to moral values, many of which are imbedded in our constitutional structure. It would be a grave mistake to equate legitimacy with the "sovereign will" or majority rule alone, to the exclusion of other constitutional values."[81]

This is a succinct explanation of how a moralist takes a position in the legitimacy scrutiny in the sense that it places special emphasis upon the moral values approved by all citizens with a constitution and excludes majority rule as an only reason for legitimacy. It also presupposes that there might be a normative domain that should be appealed and which may not always be within the constitutional framework. Suppose that the Supreme Court of Canada decides on an unjust statute, in this case, the Court would presumably rule that such a statute would be illegitimate on the grounds of morality irrespective of whether there is a provision on the wickedness of the elimination of a minority group in the constitution.

In a case where there is no such authority determining what is moral or immoral, a moral agent should feel himself or herself responsible to distinguish right from wrong. Samaritan duties, respecting the basic rights of a minority group or any other moral standard preventing disastrous results for the life of the people can be used for a legitimacy enquiry. Yet, assessing moral issues requires some delicacy in the sense that disparate standards of morality may prevail and give rise to a different kind of the legitimacy problem. It is substantially because a moral judgement intrinsically imposes a moral, though not prescriptive, statement on others, which brings again us the issue of authority and legitimacy of the moral agent on a different basis.

---

81 Reference re Secession of Quebec [1998] 2S.C.R. 217, par.67

6. Conclusion

This article has presented a critical overview of the major empirical, quasi-normative and normative theories of legitimacy, with a special focus on the leading representatives, and distinctions have been made between "moral" and "descriptive" legitimacy. A set of rules is legitimate in the descriptive or sociological sense if those subject to the rules widely believe that the rules are morally right. In this concept of legitimacy, there is a reference to the beliefs of persons as to the moral dimension of a decision. A quasi-normative legitimacy, which finds insufficient the mere factual approval of social rules but does not specify any criteria for legitimate norms, can be situated on the border between empirical and normative approach. From a normative point of view, a norm should only be considered as legitimate if it meets certain standards. The concept of consensus on the basic values of the society has been deployed by some scholars to legitimise a norm or an institution. Yet, it has been revealed that consensus in modern democracies is not likely to be achieved in all cases and more significantly, the element of morality should not be disentangled from the concept of consent. Morality is immanent to the discussion of legitimacy; therefore, a moral agent, who has the capacity to discern right from wrong, should express an attitude to the issue by making a moral judgement. A reflection on whether a norm, for example killing a minority group, is legitimate depends entirely on the moral standing of an agent. In this regard, as envisaged in modern human rights treaties or religious precepts, respect for human rights and for fundamental freedoms for all, without distinction as to race, sex, language or religion might be pursued as a moral standard. When these values are used as a benchmark, depriving members of an ethnic minority of their fundamental rights would be illegitimate even if democratic procedures are meticulously followed.

BIBLIOGRAPHY

BARNARD F M, **Democratic Legitimacy: Plural Values and Political Power**, McGill-Queen's University Press, Montreal, Ithaca, 2001

BEETHAM D, "In Defence of Legitimacy" **Political Studies**, XLI, 1993, 488

BEETHAM D, **The Legitimation of Power**, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2nd Ed, 2013

BOTTOMS A, TANKEBE J, "Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice", **The Journal of Criminal Law and Criminology**, 102(1) ,2012, 119

BROWNSWORD R, GOODWIN M., **Law and the Technologies of the Twenty-First Century: Text and Materials**, Cambridge: Cambridge University Press, 2012

BUCHANAN A, "Recognitional Legitimacy", **Philosophy and Public Affairs**, 28(1), 1999, 46

COLON-RIOS J. I., **Weak Constitutionalism Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power**, Routledge, Oxon, 2012

DWORKIN R., "Thirty Years On (Book Review)", **Harvard Law Review**, 115(6), 2002, 1655

FALLON R H, "Legitimacy and the Constitution", **Harvard Law Review,** 118, 2005, 1787

GERBER T P, MENDELSON S E, "Public Experiences of Police Violence and Corruption in Contemporary Russia: A Case of Predatory Policing?", **Law & Soc'y Rev.** 2008, 42

GROARKE P, **Dividing the State, Legitimacy, Secession and the Doctrine of Oppression,** Ashgate, Aldershot, Hants, 2004

HABERMAS J, "Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions", **Ratio Juris**, 7(1), 1994 1

HINSCH W, "Justice, Legitimacy, and Constitutional Rights", **Critical Rev. of Int'l Soc. & Pol. Phil.**, 13, 2010

HOUGH and et.al, "Legitimacy, Trust and Compliance: An Empirical Test of Procedural Justice Theory Using the European Social Survey" in TANKEBE J., LIEBLING A. (Eds.), **Legitimacy and Criminal Justice: An International Exploration**, Oxford University Press, Oxford, 2014

JACKSON Jonathan, MILANI Jenna, BRADFORD Ben, "Empirical legitimacy and normative compliance with the law" in FARAZMAND Ali (Ed.), **Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance**, Springer, New York, 2017

JEFFERSON A. M., "The Situate Production of Legitimacy: Perspectives from the Global South" in TANKEBE J, LIEBLING A (Eds.), **Legitimacy and Criminal Justice: An International Exploration**, Oxford University Press, Oxford, 2014

LEUVEN K U, "J. Rawls's idea of 'overlapping consensus' and the complexity of 'comprehensive doctrines", **Ethical Perspectives**, 16(1), 2009

LEYITOY A, **Normative Legitimacy and the State**, Oxford Handbooks Online, 2016, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199935307.013.131

LORD N, "Establishing Enforcement Legitimacy in the Pursuit of Rule-breaking 'Global Elites': The Case of Transnational Corporate Bribery", **Theoretical Criminology**,20(3), 2016

Lord SCARMAN, "The Brixton Disorders 10-12" April 1981 (Cmnd. 8427) paras. 1.1 1.7; (reprt. 1986) **UNODC**, Corruption in Afghanistan Bribery as Reported by Victims, January 2010

MORRIS C W., **An Essay on the Modern State**, Cambridge University Press, Cambridge, 1998

RAWLS J, "The Idea of Overlapping Consensus", **Collected Papers,** 1987, 421

RAWLS J, **Political Liberalism**, New York: Columbia University Press, 1993

RAWLS J, **A Theory of Justice**, Cambridge: Harvard University Press, 1999

RAZ J, **The Morality of Freedom**, Oxford University Press, Oxford: Clarendon Press, 1986

Reference re Secession of Quebec [1998] 2S.C.R. 217, par.67.

RILEY P, **Political Legitimacy: A Critical Exposition of Social Contract Theory in Hobbes, Locke, Rousseau, Kant and Hegel**, Cambridge, MA Harvard University Press, 1982

RODNEY, S B, **Political Legitimacy and the State**, Oxford University Press, Oxford: Clarendon Press, 1990

SADURSKI W, "Law's Legitimacy and 'Democracy-Plus'", **Oxford Journal of Legal Studies**, 26(2), 2006

SADURSKI W, **Equality and Legitimacy,** Oxford University Press, Oxford, 2008

SANGARY M E, Questions of Legitimacy, 24 July 2017. https://www.opendemocracy.net/north-africa-west-asia/mohanad-el-sangary/legitimacy-Egypt-Morsi-Sisi-revolution (accessed on 27/06/2019)

SOPER P, "Legal Theory and the Claim of Authority" in EDMUNDSON William Atkins, (Ed.) **The Duty to Obey the Law: Selected Philosophical Readings**, Rowman & Littlefield, 1999

SPINNER-HALEY J, "Liberalism and Religion: Against Congruence", **Theoretical Inquiries in Law**, 9(2), 2008, 553

SUROWIECKI J, **The Wisdom of Crowds: Why the Many Are Smarter Than the Few**, Abacus, London, 2005

TAMANAHA B Z, **A General Jurisprudence of Law and Society**, Oxford University Press, Oxford, 2001

TANKEBE J, LIEBLING A, "Legitimacy and Criminal Justice: An Introduction" in TANKEBE J, LIEBLING A, (Eds.), **Legitimacy and Criminal justice: An International Exploration**, Oxford University Press, Oxford, 2014

WEBER Marx, **Economy and Society: An Outline of Interpretative Sociology**, Ephraim Fischoff et al. tr, University of California Press, London, 1978

WELLMAN C, "Liberalism, Samaritanism, and Political Legitimacy", **Philosophy and Public Affairs**, 25(3), 1996, 211

WITGENS J (Ed.), **The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence**, Aldershot: Ashgate, 2005

SLOVAJ ZİZEK'İN İNSAN HAKLARI ELEŞTİRİSİ

Irmak KEPENEK*

Öz: İnsan hakları kavramının çelişkilerine ilişkin farklı yazarlar tarafından dönem dönem çeşitli eleştiriler yapılmıştır. Sıra dışı Lacancı yorumlamalarıyla üne kavuşan Slovaj Zizek'in konuya ilişkin çıkarımları da bu bağlamda incelenmeye değerdir. Lacancı psikanalist gelenekten gelen düşünür tarafından farklı makalelerde insan haklarının çeşitli yönlerine değinilmiştir. Tamamında insan hakları hakkındaki görüşlerine ve eleştirilerine yer verdiği iki makale ve bir konferans konuşmasının yazıya geçirilen metninde Zizek, insan haklarını kaynağından, işlevine, şiddetle olan ilişkisinden, öznesine kadar geniş bir yelpazede incelemektedir. Düşünür, insan hakları retoriğinin kullanım motivasyonlarına dair çeşitli eleştirilerde bulunmaktadır. Bu değerlendirme esnasında çeşitli yazarların insan haklarına ilişkin fikirleri de yorumlanmaktadır. Öte yandan Zizek, özellikle insan haklarının şiddetle olan ilişkisine ve psikanalitik bir yorum getirerek ve sisteme içkin sorunları su yüzüne çıkarmayı ve bunlarla yüzleşmeyi hedeflemektedir. Zizek'in konuya dair görüşlerinin incelenmesindeki gaye, eleştirel ve özgün bir bakış açısının yansıtılmasıdır. Çalışmanın temel çerçevesini bu üç temel metin oluşturmakta olup düşünürün görüşlerinin, yazıldığı plana sadık kalınarak sistematik bir biçimde açıklanması amaçlanmıştır. Bu yapılırken de makalelerde yapılan atıf ve psikanalitik tahlillerin, insan hakları teorisi bağlamında çözümlenmesine çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Zizek, insan haklarının eleştirisi, Lacan, psikanaliz, insan hakları retoriği

---

* Makale gönderim tarihi: 15.04.2019. Makale kabul tarihi: 31.05.2019.
Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi. (ORCID kimlik no: 0000-0001-7245-3955; kepenekirmak@gmail.com)

ZIZEK'S CRITICISM OF HUMAN RIGHTS

Abstract: Paradoxes of the human rights notion have been criticized from time to time by various authors. Having found fame with his extraordinary Lacanian re-interpretations, Slovaj Zizek's deductions about the subject are worth examining in this context. Various aspects of human rights were referred in different articles by the author who follows the Lacanian psychoanalysis tradition. Completely dedicated to his views and critics of human rights from a wide spectrum, in his two main articles and a transcription of his lecture, Zizek analyze the source, function, relation with violence and subject of human rights. The philosopher specifies criticism of the usage of human rights rhetoric. In the course of this evaluation, thoughts of some writers about human rights are also interpreted. On the other hand, Zizek aims to unearth and then face the problematic assets of the system, by providing a psychoanalytical interpretation on the relationship among violence and human rights. The purpose of analyzing Zizek' views concerning the subject is to reflect a critical and an authentic point of view. Whereas these three texts provide the basis framework for the study, it is intended to explain the philosopher's opinions while staying on the track of the original writing systematic of the articles. Therefore, the references and psychoanalytical analyses are tried to be resolved within the context of human rights theory.

Key Words: Zizek, critique of human rights, Lacan, psychoanalysis, human rights rhetoric

GİRİŞ

1949 yılında Yugoslavya'da doğan Slovaj Zizek, zamanımızın en ünlü ve en yaratıcı düşünürlerinden biridir. Ele aldığı pek çok farklı konuyu sinema, edebiyat, psikanaliz gibi farklı disiplinlerden sunulan güncel ve bilinen örneklerle ele almaktadır. Üretkenliği, Zizek'te anlaşılır ve sistemli bir felsefenin tespitini güçleştirmektedir[1]. Eserlerinde farklı disiplinlerden birçok farklı düşünürün fikirlerinden yararlansa da görüşlerini şekillendiren ve diğerlerini açıklamak için kullandığı temel yapı, Lacancı psikanalist gelenektir[2]. Bu nedenle birçok eserinin sonunda Lacancı terimleri açıklayan bir sözlük bulunmaktadır. Freud'un 'Uygarlığın Huzursuzluğu' kitabında izlenen toplumsal, siyasi vb. olguları psikanalize ait kavram ve yapılarla açıklanmasına paralel olarak Zizek, aynı konularda Lacancı psikanalize başvurur.

---

1 BAINBRIDGE Chris, "Slovaj Zizek – Filozofinin Elvis'i?", (Çev.: Gökhan Çuhacı), **Düşünbil Dergisi**, Sayı:73, s. 20, 23.

2 KAY Sarah, **Zizek: Eleştirel Bir Giriş**, (Çev: Zeynep Kuyumcu), Encore Yayınları, 2006, s. 13.

Metinlerini ilgi çekici kılan, farklı düşünürlerin teorilerinin ilk bakışta bağdaşmaz görünen içeriklerini yapısal paralellikleri üzerinden kıyaslayarak, '*her birini bir diğeri üzerinden okuması*'dır[3]. Yani felsefede her düşünürün kendi düşünce sistemini oluşturduğu ve karşılıklı polemiklerle ilerleyen felsefe üslubuna alternatif kolektif bir yöntem benimsemiştir. Ayrıca kendilerinden sonraki döneme de egemen olduklarına ve dünyayı onlarla yorumladığımıza inandığı Platon, Descartes ve Hegel'i gelmiş geçmiş en büyük üç filozof olarak görmektedir[4].

Zizek metinlerinde bir kavramı açıklamaya, genelde öncelikle okurun aklına gelebilecek tanımları olumsuzlayarak başlamaktadır. Yani Zizek, işlediği kavramın öncelikle ne olmadığını, neyi içermediğini ve içeremeyeceğini anlatmaktadır. Bu üslubu Zizek üzerine yazılan metinlerin dilini de zaman zaman etkilemektedir.

Zizek'in metinlerinin çoğu zaman uzun olan giriş bölümlerinde konuyu bağımsız görünen örneklerden, uzak bir noktadan başlayarak giriş yapması ve asıl konudan bahsetmeye neredeyse metnin ortalarında başlaması, dağınık bir şekilsizlik gibi görünmektedir. Ancak neredeyse bütün metinlerin benzer planla yazılması, bu anlatımın kendisinin planladığı bir dağınıklık olduğunu düşündürtmektedir[5]. Zizek'in bu biçimi didaktik klasik akademik tarzdan bilinçli şekilde kaçınarak, okurunu konuyu kaçırdığını ya da sürekli ne zaman anlayacağını düşünerek strese sokma amacıyla kullandığı düşünülmektedir. Zizek'in yöntemi ile Lacan'ın analiste biçtiği otoriter ve tedirgin edici rol[6] vasıtasıyla alakasız görünen cümlelerle kişiyi sorunun temeline yönlendirmeyi hedeflediği psikoterapi seansları arasında paralellik bulunmaktadır[7]. Feminist, LGBTİ, liberal vb. birçok kesim tarafından sık sık kaba hatta saldırgan bulunan tarzı nedeniyle söyleminin ironik olup olmadığından emin olunamasa da bu tarzın da bahsedilen 'metnin okurunu tedirgin etmesi' işlevinin bir parçası olarak düşünülmektedir[8].

---

3 KAY, s. 13.

4 STEINBAUER Anja, "Slovaj Zizek ile Söyleşi: Seni Öldürmemi İstemiyorsan Eğer, Bana Profesör Deme", (Çev.: Meltem Çetin Sever), **Düşünbil Dergisi**, Sayı: 73, s. 14; BAINBRIDGE, s. 22.

5 KAY, s. 19, 20

6 KAY, s. 28.

7 KAY, s. 19, 20, 25, 30, 31.

8 YENİSAN Serhat, "Slovaj Zizek'in Zararlı Hakikatleri", **Düşünbil Dergisi**, Sayı: 73, s. 15, 16.

Oldukça üretken bir yazar olan Zizek'in, birçok konuda, zaman zaman formüle etmeyi oldukça güçleştirecek kadar fazla eseri bulunmakta olup eğildiği konulardan biri de insan haklarıdır. Zizek'in yararlandığı çeşitli düşünürlerin ortaya attığı kavramlar, özellikle Lacancı kavramlar yeri geldiğinde konu bağlamında ve Zizek'in yorumladığı şekliyle açıklanmaya çalışılacaktır. Daha sonra, konuyla alakalı makalelerinde belli çıkarımlarını sıkça tekrarlayan Zizek'in insan haklarına ilişkin görüşleri sistematik bir biçimde sunulmaya çalışılacaktır.

I. İNSAN HAKLARI VE HOŞNUTSUZLUKLARI

Zizek'in 1999'da NATO'nun Kosova müdahalesi ile ilgili Bard College'da yaptığı insan hakları konulu konuşma sonradan yazıya geçirilmiştir. Burada Zizek, öncelikle Pagan ve Hristiyan anlayışını kıyaslayarak insan haklarının kaynağını gösterirken daha sonra insan hakları retoriğini, kişisel ve uluslararası boyutta kullanım amacı ve sonuçları yönünden eleştirmektedir.

A. İnsan Haklarının Kaynağı

Zizek'e göre Pagan inancında herkesin kozmosun ilahi dengesinde özel bir yere sahip olması nedeniyle sosyal düzende de bu özel yerine göre davranması beklenirken Hristiyanlıkta herkes, evrensel düzendeki yerlerinden bağımsız ve doğrudan olarak kutsal ruha ve bugün için insan haklarına ulaşabilmektedir[9]. Zizek, sağ görüşün ısrarla üzerinde durduğu büyük bir organizmanın parçası olduğumuz benzetmesini Pagan inancındaki evrensel düzendeki yer kavramıyla ilişkilendirerek buna şiddetle karşı çıkmaktadır. Çünkü bu analojiye göre herkes toplum içindeki yerinde kendisine biçilen görevi yerine getirmelidir. Bunun yerine herkesin sisteme doğrudan katılmak istemesi halinde işler yolunda gitmeyecektir[10]. Kendisini ateist olarak tanımlayan[11] Zizek'e göre Hristiyan kültürünün sosyal değişim için yine de önemli olmasının sebebi, dilencilerin ve toplumun dışlanmışlarının birlik

---

9 ZIZEK Slavoj, "Human Rights and Its Discontent", 1999. [http://www.lacan.com/zizek-human.htm] (Erişim Tarihi: 15.12.2018)

10 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

11 SCHNEIDER Nathan, "Theology for Atheists", **The Guardian**, 4 Ocak 2010. [https://www.theguardian.com/commentisfree/belief/2010/jan/04/religion-atheism] (Erişim Tarihi: 15.12.2018)

duygusuyla oluşan bu yeni topluluğuyla Hristiyanlığın, toplumdaki eski sosyal hiyerarşiyi kaldıran bir dönüşüm olmasıdır[12].

Zizek sosyal değişimin, zaten insanlara evrensel dengedeki yerini bilmesini öğütleyen Paganlıktaki gibi içsel döngüsel bir hareket olmadığını dile getirmektedir[13]. Bunun yerine değişim, radikal ve sosyal dengeyi kökünden değiştirdiğini düşündüğü Hristiyanlıktaki gibi dengenin bozularak düzenin tekrar kurulmasıdır[14]. İnsan haklarının kaynağı da buna paralel olarak kişiye evrende uygun olarak biçilen yer ve bundan kaynaklanan insan onuru değil, aksine, kişinin sistem tarafından kendisine biçilen yerden bağımsız olarak kendini ortaya koymasıdır[15].

B. İnsan Haklarının İşlevsel Eleştirisi

Zizek'in 'İnsan Hakları ve Hoşnutsuzlukları' konuşmasında insan hakları, kişisel ve uluslararası boyutuyla ayrı ayrı incelenmektedir. Zizek, insan haklarının kişisel boyutunu en temel şekliyle *"On Emiri ihlal etme hakkı"* olarak yorumlamaktadır[16]. Bu benzetmeyi örneklerken de özel hayatın gizliliğinin aslında rahatsız edilmeden zinada bulunma hakkı, mutluluğu arama ve özel mülkiyet haklarının çalma ve başkalarını sömürme hakları, basın ve ifade özgürlüğünün aslında yalan söyleme hakkı ve silah taşıma hakkının öldürme hakkı olup olmadığını sorgulamaktadır[17]. Ancak bu uç benzetmelerin sebebi, bireye dini güçlerin ve laik devletin erişiminden uzak bir gri alan yaratma amacıyla insan haklarının, On Emiri ihlal etme hakkına 'indirgenmiş' olduğunu düşünmesidir[18]. Bu şekilde de insan haklarının kullanımına müdahale etmeden onun kötüye kullanımını engelleyecek bir sınır çizmenin imkansızlaştığını belirtmektedir[19]. Bu yorumun insan haklarının özünü teşkil eden tercihlerinden ötürü yargılanmamayla ne kadar bağdaşacağı ve bu özü merkeze almayan bir insan hakları teorisinin ne kadar anlamlı olacağı soru-

---

12 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

13 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

14 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

15 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

16 ZIZEK Slavoj, "Against An Ideology of Human Rights", **Displacement, Asylum, Migration: The Oxford Amnesty Lectures 2004**, Oxford Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 65; Zizek, "Human Rights and Its Discontent".

17 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

18 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

19 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

ları akla gelebilir. Ayrıca seçim özgürlüğünün sınırları olmalıysa bunun nereye çekileceği de düşünülebilir. Bu nedenle de bu argüman, hakları ortadan kaldırmak amacıyla kullanılması nedeniyle eleştirilmiştir[20]. Ancak Zizek'in bu yorumu, katı bir ahlakçılıktan değil apolitik tavrın ideolojik tavrı yeriyor olmasından duyduğu rahatsızlıktan kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle Zizek, bir düşünce sistemine duyulan inanç nedeniyle bazı ilkelere içten bağlılığın küçümseniyor oluşundan duyduğu rahatsızlığı yansıtmaktadır.

Bunların yanında, neo-liberalizm karşıtı ve Marksist olan Zizek'in karşı çıktığı konsepti, insan haklarının kendisi değil retoriğin kullanım amacı olarak anlamak gerekmektedir. Gerçekten de Zizek, insan haklarının, yalnızca gerçekliği saklayan bir yanılsamaya indirgenmesine karşı çıkmaktadır[21]. Belirttiği üzere onun asıl karşı çıktığı, müsamahakar liberal toplumun ona bakışı, yani kolay yoldan ve prensipler uğruna hiçbir fedakarlıkta bulunmadan etik ilkelere ulaşılabileceğine dair yaratıldığına inandığı illüzyondur[22]. Bu nedenle de muhafazakarlığı ve örneğin Papa'yı şiddetle reddetse de *"boşanma gibi en makul hak taleplerini dahi sarsılmaz bir inatla yok saydığını"* belirttiği Papa'nın (o dönemde 2. Jean Paul) tavrındaki inatçılığı, Batılı liberal anlayışa tercih etmektedir[23]. Zizek'in eleştirisini daha anlaşılır hale getirmek için abartıya başvurduğu düşünülebilirse de sunduğu görüş, onun liberal değerlere eleştirisini anlayabilmek açısından önemlidir. Hayatını, irade ve kişisel seçimlerin liberal değerler olarak önemsendiği Batı Avrupa'da geçirmemiş olmasının bu düşüncelere etkisi olduğu düşünülebilirse ancak liberal değerlere karşı solun ve dini muhafazakarlığın aynı argümanları savunması itibariyle Zizek'inki dikkat çeken bir görüştür. Gerçekten de Zizek, yenilikçi bir yanı olduğunu düşündüğü Hıristiyanlığın Marksizm'le beraber, liberal ve politik doğrucu düzene karşı bazı ortak paydalarda birleşebileceklerine inanmaktadır[24].

İnsan hakları tartışmasının diğer boyutu ise uluslararası alanda olanıdır. İnsan haklarının uluslararası işlevi insancıl müdahalenin, devlete karşı va-

---

20 IGNATIEFF Micheal, "Response to Slavoj Zizek, 'Against an Ideology of Human Rights'", **Displacement, Asylum, Migration: The Oxford Amnesty Lectures 2004**, Oxford Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 89.

21 ZIZEK, "Against An Ideology of Human Rights", s. 57, 58.

22 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

23 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

24 BAINBRIDGE, s. 21.

tandaşını koruma işleviyle açıklanmaktadır[25]. Zizek'e göre insancıl müdahale, sadece ahlaki sebeplere dayanan bir müdahale olarak lanse edilmekte, bu şekilde de insan hakları depolitize edilmektedir[26]. Yazara göre uluslararası askeri müdahaleye, dini ve etnik şiddet mağdurlarına yardım etmek için başvurulduğu açıklanarak müdahalenin konjonktürel arka planı yadsınmakta ve müdahale, insan hakları ile meşrulaştırılmaktadır[27].

Zizek, depolitize olmuş insan haklarını, işçi sınıfı üzerinden örneklendirmektedir: Buna göre işçi sınıfının sorunları artık göçmen sorunu üzerinden konuşulmaktadır[28]. Çünkü yazara göre sistemin işleyebilmesi, bir grubun sömürüsünü zorunlu kıldığından bu rol, ülkenin kendi işçilerindeyken zaman zaman göçmenlere yüklenmektedir. Zizek'e göre sistemin devamlılığı için sömürülen iş gücü rolünü üstlenen göçmenlerin ülkeye kabulünün ekonomik arka planı görmezden gelinmektedir. Sorunun özü, hala ekonomik sisteme içkin olan sömürü iken meselenin bir kültürel tolerans sorunu olarak yeniden yorumlanması, durumu depolitize etmektedir[29]. Buna paralel olarak yazar, NATO'nun Kosova müdahalesinin sadece insan haklarını koruyarak etnik şiddet mağdurlarına yardım etme motivasyonuyla açıklanmasının müdahale taraflarınca, Kosova'da yaşanan çatışmaları sadece etnik gerginlikle yorumlanmasının ise pasifistlerce durumun politik arka planının yadsınması olduğunu belirtmektedir[30].

Başka makalelerinde konuyu ele alan Zizek'e göre 15. ve 18. yüzyıllar arasında topraklarında yaşayan Yahudileri süren Avrupa toplumları tarafından, farklı dinlerin ve etnisitelerin Osmanlı şehirlerinde aynı alanlarda beraber bulunması olumsuz karşılanmıştır[31]. Bu nedenle de Avrupa'nın nasıl olup da sonradan, Balkanları dini tahammülsüzlük, etnik şiddet gibi fundamentalist[32] tutumlarla özdeşleştirdiğini sorgulamaktadır. Sorunun cevabı

---

25 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

26 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

27 Wendy Brown'dan aktaran ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

28 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

29 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

30 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

31 ZIZEK Slavoj, "Against Human Rights", 2006. [https://libcom.org/library/against-human-rights-zizek] (Erişim Tarihi: 24.12.2018)

32 Fundamentalizm, TDK'da "kökten dincilik" olarak tanımlanmaktadır. Benzer şekilde Britannica'da fundamentalizm, temel olarak "*kutsal metinlere sıkı bağlılığı savunan muha-*

ise Mladen Dolar'ın Freudiyen çıkarımına atıfla verilmektedir: Balkanlara atfettiği aynı fundamentalizm ile biçimlenen Avrupa'nın bilinçaltı, kendi içinde yüzleşemediği ve bastırdığı bu öteki (kendi geçmiş fundamentalistliği) ile Balkanların ötekiliği aracılığıyla yüzleşmektedir[33]. Zizek, atfedilen bu özelliklerin var olmadığını değil, zaten Balkanları bunlarla Avrupa'nın tanıştırdığını savunmaktadır. Çünkü büyük ideolojilerin çatışmasının aşıldığı post-politik dönemde bütün kamusal meseleler, çatışma konusu olabilecek iki alan olarak kalan dinsel ve etnik alanda yoğunlaşmaktadır[34]. Bu anlamda yazara göre etnik ve dinsel gerginlik, global kapitalizmin doğasından kaynaklanmaktadır.

Rancière, başkaları haklarından mahrum kaldığında onlar için seferber olunmasından, 'insancıl müdahale hakkı'ndan bahsetmektedir[35]. Zizek'e göre bu anlayışın temel noktası, üçüncü dünya vatandaşlarını politik bir özne olarak değil 'kurban' statüsünde tanımlamasıdır[36]. Etik olarak daha güçlü bir argüman sunabilmek için depolitize edilmiş politik doğrucu yaklaşımda müdahale edilen ülkedeki yardım edilen grup, kendi kararlarını alan özneler olmayıp ancak kurbanlaştırıldığı takdirde hak talebinde bulunabilir[37]. Bu

---

fazakar bir dini hareket" olarak, farklı dinlerdeki fundamentalizm örnekleriyle açıklanmaktadır. B. MUNSON Henry, **Encyclopaedia Britannica**, "Fundamentalism", 6 Aralık 2016. [https://www.britannica.com/topic/fundamentalism] (Erişim Tarihi: 19.06.2019) Kelimenin 'kökten dinciliği' karşılayacak şekilde bu yaygın kullanımı, Balkanlarda yazarın bahsettiği gerilimin etnik boyutu bulunması nedeniyle tercih edilmemiş ve sözcüğün 'fundamentalizm' olarak kullanılması yeğlenmiştir. Gerçekten hem Britannica'da hem de çeşitli bilimsel çalışmalarda etnik fundamentalizmden bahsedilmektedir. Örneğin Henry Munson'ın Britannica'daki makalesinde, Hindu fundamentalizminin dini olandan ziyade etnik bir motivasyonu olduğundan bahsedilmektedir. Etnik fundamentalizm, etnik kimliği, kişinin en önemli ve belirleyici sosyal aidiyeti olarak kabul etmektedir. Bu yaklaşımda kişinin yaşamında belirleyici olan, bireysel seçimler yerine etnik aidiyetidir. Bu nedenle etnik fundamentalizmde kişi, vatandaş olması nedeniyle değil, belli bir etnik grubun parçası olarak politik hakların öznesi olarak kabul edilmektedir. Konuya ilişkin daha fazla bilgi için b. RATA Elizabeth, **Ethnic Fundamentalism in New Zealand**, 30 Eylül 2006. [https://cdn.auckland.ac.nz/assets/education/about/schools/crstie/docs/RataSkepticsSpeech%20.pdf] (Erişim Tarihi: 19.06.2019)

33 ZIZEK, "Against Human Rights".

34 ZIZEK, "Against Human Rights".

35 RANCIÈRE Jacques, "Who is the Subject of the Rights of Man?", **The South Atlantic Quarterly**, Cilt: 103, Sayı: 2/3, Spring/Summer 2004, s. 307-309. (Erişim Tarihi: 16.12.2018) [http://cscs.res.in/dataarchive/textfiles/textfile.2010-11-27.9388690495/file]

36 ZIZEK, "Against Human Rights".

37 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent"; ZIZEK, "Against An Ideology of Human

nedenle üçüncü dünya vatandaşlarının haklarının, temelde Batı devletlerinin, insan hakları namına bu devletlere ekonomik, askeri, kültürel ve politik olarak istedikleri şekilde müdahale etmesi hakkı anlamına geldiği tespitini yapmaktadır[38].

Konuya diğer bir açıdan yaklaşan yazar, çok kültürlülük ve çok kimliklilik meselesini ve bunun, ekoloji ve cinsiyet gibi birçok alanın yeniden politikleştirildiği söylemini değerlendirmektedir. Zizek, politik kimlik siyasetine dayanan yeni insan hakları söyleminin ortaya çıkışıyla beraber artık global kapitalizmin eleştirilmediğini, bir grup hakkında tek söz hakkının o gruba ait olması anlayışının, söylemi evrensellikten uzaklaştıracağını düşünmektedir[39]. Bu duruşu, politik doğruya ilişkin mutlak doğrular bulunabileceğini yadsıyarak öznelliğe dayanan sofizme yaslanmakla eleştirmektedir[40]. Anlaşılacağı üzere Zizek, ulaşılabilir evrensel doğruların olduğunu savunmaktadır.

Son olarak '*sembolik bir kurmaca*'[41] olarak nitelediği modern insan hakları söyleminin, sisteme alternatif getiren her yaklaşımı totalitarizme yol açma potansiyeliyle itham ederek saf dışı bırakmak için kullanıldığını da düşünmektedir[42].

II. İNSAN HAKLARININ MÜSTEHCENLİĞİ: SEMPTOM OLARAK ŞİDDET

A. İnsan Haklarının Çelişkisi Olarak Şiddetle İlişkisi

'İnsan Haklarının Müstehcenliği: Semptom Olarak Şiddet' makalesinin sunduğu temel fikri anlayabilmek için öncelikle müstehcenliği tanımlamak gerekmektedir. Müstehcenlik, Zizek'in tanımladığı anlamıyla, bir kavramın resmî tanımının içinde yer almayan, ama ona içkin bulunan, ifade etmek-

---

Rights", s. 68.

38 ZIZEK Slavoj, "Liberal Multiculturalism Masks An Old Barbarism With A Human Face", **The Guardian**, 3 Ekim 2010. [http://www.theguardian.com/commentisfree/2010/oct/03/immigration-policy-roma-rightwing-europe] (Erişim Tarihi: 16.12.2018)

39 ZIZEK, "Against An Ideology of Human Rights", s. 63, 64.

40 ZIZEK, s. 63, 64.

41 ZIZEK, "Against Human Rights".

42 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

ten kaçındığımız çirkin alt yüzüdür[43]. Müstehcenlikten bahsettiğine göre Zizek'in anlatmak istediği, insan haklarının şekli tanımında yer almayan, Simgesel düzende ifade edilmeyen, başka bir ifadeyle dile getirilmeyen, yani Simgesel düzene kaydedilmeyen[44] bir başka anlama geldiğidir[45]. Zizek, in-

---

43 KAY, s. 191; ZIZEK Slavoj, "Ego Ideal and the Superego, Lacan As A Vıewer Of Casablanca", 2009. [http://www.lacan.com/essays/?p=182.] (Erişim Tarihi: 18.12.2018)

Örneğin tanımı itibariyle iktidar bölünmüş ve hukuki denetim altında olsa da Zizek'e göre iktidarın müstehcen yüzü, kendisinin sınırlanamayacağını ve denetlenemeyeceğini, yalnız kendi iradesiyle sınırlı olduğunu kabul etmesi ve bu doğrultuda davranmasıdır. B. ZIZEK Slavoj, "The Obscenity of Human Rights: Violence as Symptom", 2005. [http://www.lacan.com/zizviol.htm] (Erişim Tarihi: 18.12.2018)

44 ZIZEK, "Ego Ideal and the Superego, Lacan As A Viewer of Casablanca".

45 Lacan'a göre kişinin kendilik bilincine vardığı ilk evre, "ayna evresi"dir ("*le stade de miroir"*). Bu evrede bebek, öncelikle kendisini annesiyle bir bütün olarak algılar. 6-18 aylık olduğu dönemde aynada kendi yansımasını gördüğünde ise ayrı bir özne olarak kendinin farkına varır. Ancak aynadaki aksini hem içsel hem dışsal olarak deneyimler çünkü ayrı bir özne olarak kendisinin farkına varsa da bu farkındalığı aynadaki imgesiyle, dışsal bir yansımayla kendini özdeşleştirerek varmaktadır. Yani bebeğin özneleşebilmesi için, hem kendini bir öteki olarak algılayarak kendine yabancılaşması hem de annesinden ayrı bir varlık olarak kendiyle özdeşleşmesi gerekmektedir. Çünkü Lacan'a göre özne ancak bir öteki aracılığıyla, kendini bir öteki olarak algılayarak oluşur. Bu nedenle de bebek kendini aynada başka biri için öteki olan ayrı bir varlık olarak algıladığında benlik oluşmaya başlar. Burada bahsedilen öteki, küçük ötekidir ve imgesel düzene aittir. Büyük Öteki olarak adlandırılan ise birazdan bahsedilecek Simgesel düzenin diğer adıdır. B. TUZGÖL Kamil, "Lacanyen Psikanalitik Kuram ve Öznenin Konumu", **Türkiye Bütüncül Psikoterapi Dergisi/ Cilt:1**, Sayı:1, Ocak 2018, s. 42-45. [http://dergipark.gov.tr/download/article-file/396283] (Erişim Tarihi: 25.12.2018); HOMER Sean, **Jacques Lacan**, (Çev.: Abdurrahman Aydın), Phoneix, Ankara, 2016, s. 41, 42; ZIZEK Slovaj, **Yamuk Bakmak**, (Çev.: Tuncay Birkan), Metis Yayınları, 2016, s. 231, 232.

Lacan'ın teorisinde İmgesel, Simgesel ve Gerçek olmak üzere üç düzen bulunmaktadır. İmgesel düzen, kendini dille ifade edemeyen bebeğin, henüz aynada kendini ayrı bir özne olarak da algılamadan önce zihninde oluşan belli belirsiz duyumsamalara bağlı özdeşleştirmelerdir. Özne olarak *"ben kavramının temeli"* bu düzendedir. Dil öncesi olan bu düzende "*özne henüz bölünmemiş, bütünlük yanılsaması içindedir"*. Bir başka deyişle zihninde yansımalarla (örneğin güldüğünde annesinin yüzünde gördüğü tepki de bir yansımadır) kurduğu özdeşlikleri o nesnenin aslı sanmaktadır. Benzer şekilde kendisini de annesinin yüzünde gördüğü yansımasıyla özdeşleştirmektedir. Bu dönemde karşılaştığı ötekiler vasıtasıyla bütünlük yanılsaması bozulur, özne parçalanır. Özneyi oluşturanın öteki olmasının sebebi, Lacan'a göre bölünmüşlüğün özneyi tanımlayan şey olmasıdır. B. ZIZEK, **Yamuk Bakmak**, s. 229; TUZGÖL, "Lacanyen Psikanalitik Kuram ve Öznenin Konumu", s. 42-46; GÜNGEN Can, "Lacancı Terimler Sözlüğü", 2012. [http://www.cangungen.com/2012/08/24/1531/] (Erişim Tarihi: 25.12.2018)

Bebek, konuşmaya başladığında ise Simgesel düzene geçer. Bu düzen bebeğin içine doğdu-

san haklarına ilişkin bahsedilen diğer eserlerindeki söylem ve gerçek içerik arasındaki farka değinirken ima ettiği müstehcenliği, bu yazısında açıkça ortaya koymaktadır.

Semptom, ilk aşamada Lacan tarafından, iletişimle çözüm imkansızlaştığında kişinin "*fiziksel varlığında Öteki tarafından çözümlenmek üzere şifrelenmiş*", Simgesel düzende yer alan ve (örneğin terapide psikanalist tarafından) yorumlanmakla kaybolacak olan bir mesaj olarak algılanmak-

---

ğu ve kendi kuralları olan, dilsel ve kültürel yapıdır. Özne, kendisinden bağımsız olarak var olan bu düzene uymak zorunda olduğunu ve onun kurallarını öğrenir. İmgesel'de (küçük) ötekilerle ile karşılaşarak benliğini oluşturmaya başlayan özne, toplumsal düzen için de tam bir özneye dönüşebilmek için Simgesel ile yani Büyük Öteki ile karşılaşır. İmgesel düzen kendimizi kendi gözümüzden algıladığımız yer iken Simgesel düzen (yani Büyük Öteki), "*oradan kendimize bakarak, kendimizi olmak istediğimiz gibi gördüğümüz konumdur*." Kavram, bu tanımı itibariyle Freud'un Süperegosu ile paralellik gösterir ve özne oluşum sürecinin parçasıdır. Dil öncesi dönemde ötekilerle karşılaşılır ve zihninde oluşan 'ben'e dair imgeler dile dökülemediğinden özne bölünmüştür. Dille Simgesel'e geçildiğinde dahi konuşmak ancak bu imgeleri söze aktaramayarak iki düzen arasında bölünmek, özneyi oluşturan sonraki süreçtir. Konu, ikisi de "*subject*" (özne) kökünden türeyen *"subjection"* (tabi kılma) ve *"subjectivation"* (özneleştirme) kelimeleri incelendiğinde bir anlama kavuşmaktadır: Simgesel düzen, kendine tabi kılarak kişiyi özneleştirmektedir. B. SAYGILI Kürşat, "Sinemaya Yamuk Bakmak: Zizek Bize Ne Anlatmaya Çalışıyor", 2016. [http://www.cinerituel.com/2016/03/sinemaya-yamuk-bakmak-zizek-bize-ne-anlatmaya-calisiyor.html] (Erişim Tarihi: 7.1.2019); ZIZEK, **Yamuk Bakmak**, s. 231-233; Tuzgöl, "Lacan-yen Psikanalitik Kuram ve Öznenin Konumu", s. 46; ÇEĞİN Güney / ÖZPOLAT Gürhan, "Tabiyet ve Simgesel Şiddet Kavramları Üzerinden Foucault ve Bourdieu'yü Birlikte Okumak", **Praksis**, Sayı: 42, s.686. [https://www.researchgate.net/profile/Guerhan_Oezpolat/publication/319215761_Tabiyet_ve_Simgesel_Siddet_Kavramlari_Uzerinden_Foucault_ve_Bourdieu'yu_Birlikte_Okumak/links/599c5d1e0f7e9b892bafcf59/Tabiyet-ve-Simgesel-Siddet-Kavramlari-Uezerinden-Foucault-ve-Bourdieuyue-Birlikte-Okumak.pdf]. (Erişim Tarihi: 26.12.2018)

'Gerçek' ise günlük dilde kullandığımızdan farklı bir anlama sahiptir. Tanımı zor bir kavram olup ancak ne olmadığı üzerinden açıklanabilir. Gerçek'in Simgesel (dilde) düzende ifade edilememesinden kaynaklanan bir artık, kavramların altına, onların karşılaşmaktan imtina ettiğimiz *"müstehcen", "çirkin bir alt yüzü"* olarak sızar. Gerçek, "*konuşan varlıklara dönüşmekle kaybettiğimiz*", *"zaman zaman tiksintiyle anlamaya çalışmaktan kendimizi alıkoyamadığımız*" bir şeydir. Henüz konuşmaya hatta imgeler oluşturmaya başlamadan önceki deneyim, örneğin ana rahmindeki deneyim ve insan doğasına ait her şey, Gerçek düzenine aittir. Bizim kavradığımız şekliyle gerçeklik ise, Gerçek düzenin anlamlandırabildiğimiz, dile dökebildiğimiz kadarıdır. Ancak boşu boşuna dilde veya imgelerde ifadesini bulmaya çalıştığımız Gerçek, "*simgeleştirilmeye direnen sert bir çekirdektir*". B. KAY, s. 16, 17; ZIZEK, **Yamuk Bakmak**, s. 228, 229; ZIZEK Slavoj, "Yeri Tutmak", **Olumsallık, Hegemonya, Evrensellik**, (Çev.: Ahmet Fethi Yıldırım), Hil Yayın, 2005, s. 343.

taydı[46]. Ancak yorumlanmakla kaybolmayan semptomların mevcudiyetiyle beraber Lacan, bu durumu kişinin semptomdan vazgeçmeye hazır olmaması olarak açıklamıştır[47]. Lacan'ın *sinthome* olarak adlandırdığı bu semptom, öznenin Simgesel düzendeki varlığının ve tutarlılığının tek dayanağı olarak hem Simgesel düzende yorumlanamayan hem de onu bu sosyal düzene bağlayan şeydir[48]. Bu anlamda insan hakları temelinde kurulan sistemin insan haklarını gerçekleştirmek adına şiddeti kullanıyor ve şiddeti ortaya çıkarıyor oluşuna psikanalitik bir yorum getirilmektedir. Makalenin başlığının bize anlattığı, Zizek'e göre şiddetin, hem insan hakları temelinde oturmuş toplumun özünde bulunan ve ifadesinden kaçınılan çirkin alt yüzü olduğu hem de bunları var eden devrimsel dönüşümün kaynağı ve devamlılığının temel dayanağı, onu tutarlı kılan şey oluşudur[49]. Zizek, semptomun okunmasıyla ve öznenin semptomunun sebebini bilir hale gelmesiyle yok olacağına ve semptomsuz bir sistemin var olabileceğine inanmamaktadır[50]. Bu yüzden yazara göre sistemin tutarlılığını sağlayan bu semptom, Lacan'ın düşüncesindeki *sinthome,* çözümlenmekle kaybolmayacak, yalnızca semptomun çıkış nedenlerinin kabul edilmesi baskıyı azaltacaktır[51]. Bir başka deyişle Zizek, insan haklarına dayanan günümüz sisteminin çirkin bir alt yüzü olarak şiddeti barındırdığını ve şiddetin bir semptom olarak var olmamasının günümüz sistemi için mümkün olmadığını belirtmektedir.

B. İnsan Olmakla Ve Vatandaş Olmakla Kazanılan Haklar Arasındaki Çelişki

İkinci adımda Zizek, insan haklarının belirli bir eko-politik amacın aracı olarak kullanılmasının ötesinde, sadece insan olmakla kazanılan ve vatandaş olmakla sahip olunan haklar arasındaki çelişkiyi eleştirmektedir. Hannah

---

46 Kay, s. 229; ZIZEK Slavoj, **İdeolojinin Yüce Nesnesi**, (Çev.: Tuncay Birkan), Metis Yayınları, 2015, s. 88, 89.

47 ZIZEK, **İdeolojinin Yüce Nesnesi**, s. 90.

48 ZIZEK, s. 90, 91.

49 ZIZEK, "The Obscenity of Human Rights: Violence as Symptom"; BAINBRIDGE, s. 21.

50 ZIZEK, **İdeolojinin Yüce Nesnesi**, s. 38-43.

51 *"Semptomun göstergesi Sembolik iken, kaynağı – bastırılan şey – Gerçek'in bir şeklidir. (…) Semptomun kaynağındaki nedenleri tanımlamak ise Gerçek'e hafifçe değmek olur. (…) Sadece, altta yatan dürtülerin kabul edilmesi baskıyı ortadan kaldırabilir."* B. NECHAMKIN Sarah, "Freudyen Çıkmaz", (Çev.: Janset Nas Kılınç), **Düşünbil Portal**. [https://dusunbil.com/freudyen-cikmaz/] (Erişim Tarihi: 25.12.2018)

Arendt'in devletsizlik olgusuna yapılan göndermeye göre bu çelişki, kişinin vatandaşlığına sebep özelliklerinden mahrum kaldığı ve öteki aidiyetlerinden soyutlanarak insana indirgendiği anda; ironik olarak insan olmaktan kaynaklanan haklarına en çok ihtiyaç duyduğu anda, artık bir insan olarak muamele görülmüyor oluşudur[52]. Burada Zizek, Rancière'in önerisine atıf yapmaktadır. Buna göre insan haklarının kaynağının politik çekişmelerden bağımsız olarak, tamamen içsel ve özsel olarak açıklanması mümkün değilse de kişinin vatandaşlığına ve toplumun politik arka planına da indirgenmemelidir[53].

Lacancı psikanalizde *artı keyif* (ya da *keyif*) olarak tanımlanan, Gerçek'in tabiatı dolayısıyla erişilemez olmasından kaynaklanan ve Simgesel kurumlara onların müstehcen, alt ve çirkin yüzü olarak yerleşen bir artıktan[54] bah-

---

52 ARENDT Hannah, **Totalitarizmin Kaynakları/2: Emperyalizm**, (Çev.: Bahadır Şina Şener), İletişim Yayınları, 2016, İstanbul, s. 293-314.

53 RANCIÈRE, s. 307-309.

54 KAY, s. 225. Ayrıca b. dipnot 45.

Lacan'daki Gerçek; *jouissance* (keyif), arzu, dürtü ve eksik kavramlarından yola çıkılarak daha belirgin hale getirilebilir. Lacan'a göre bebeğin doğarak annenin bedeninden ayrılmış olmasıyla yaşadığı ilk travma, '*tatmini mümkün olmayan bir eksikliğe*' yol açar. Ayrı bir özne olma durumunu ortadan kaldırarak kopulan anneye geri dönme ihtiyacı olan bu eksik, Simgesel'de talep biçiminde ifade edilmeye çalışılıp dile dökülemeyince tatmin edilemez bir arzu nesnesine dönüşür. Simgesel'de gösterileni olmadığından Gerçek kümesinde bir fazlalık olarak bu arzu nesnesinin bulunması, aynı zamanda Simgesel kümede bir eksiklik olduğu anlamına gelir. (Bir başka örnek olarak ölüm deneyimi, dile aktarılamayacak olması dolayısıyla sadece Gerçek düzlemde bulunur ve Simgesel'de ifadesi yoktur.)

Gerçek'i doğrudan, nesnel bir bakışla görmek mümkün olmadığından Zizek, onu ancak *"arzuyla çarpıtılmış kişisel bir açıdan, göz ucuyla*" görebileceğimizi söylemektedir. Gerçek, dilde ifadesini bulamayan bir artık, aynı zamanda var olmaması nedeniyle bir yoksunluk olarak deneyimlendiğinden içeriğinden çok biçimiyle algılanabilir. Biçimsel karşılaştırma yoluyla algılama, Zizek'in verdiği bir örnek üzerinden açıklanabilir: Marx'a göre kökenini yok eden bir varlık olarak meta, üretim aşamasını kullanandan saklamayarak yarı-büyülü bir karaktere ulaşır. Freud'un bahsettiği anlamıyla rüya-faaliyetinde ise rüyaya sebep olan arzu bastırılarak rüyada yeri değiştirilerek saklanmaktadır. Meta fetişizminin, işçinin emeğine yabancılaşması ve emek sürecinin gizlenmesiyle oluşması ile kişinin, arzu nedeniyle kendine yabancılaşması sonucu arzunun yerinin rüyada değiştirilmesi arasında paralellik bulunduğu düşünülebilir. Meta ve rüya bu anlamıyla içerikleriyle değil, algımızda kaybolma biçimleri üzerinden kıyaslanır. Bu bağlamda nasıl hasta analiste rüyalarını anlatıyorsa, Zizek'in eserleri de patolojik kapitalist toplumun semptomu olan metayı çözümleyerek bir yüzleşmeyi amaçlayan psikanalitik terapi rolünü üstlenmektedir. B. ZIZEK, **Yamuk Bakmak**, s. 27; KAY, s. 22, 23.

sedilmektedir. Bu artık, "*keyif (jouissance) olarak belirir ve* "*erişilemeyecek Gerçek'i gösterir*"[55]. Dürtülerin etrafında hareket edip erişemeyecekleri[56] "*yasak ama özgürleştirici*[57]" bir zevktir. Nasıl ki özne kendinde yok olan ama arzuladığı şeyin etrafında döngüsel bir hareket halindeyse, bugünün sistemini tanımlayan da insana verilen yüce bir değerin olmaması, mevcut sistemin var olduğu sanılan bu değere kendi mevcut koşullarıyla bir türlü erişemeyecek olmasıdır. Zizek'e göre insan haklarını merkeze alan bugünkü toplumsal düzenimizde bu artığı, yani insana verilen yüce bir değerin yokluğunu gösterense, vatandaşlığından yoksun kalan ve elinde sadece insan olarak var olması kalan kişinin, insanlık dışı bir canavar olarak algılanması-

---

Lacan, artı keyif (ya da sadece keyif) olarak tanımladığı, Gerçek'in tabiatı dolayısıyla erişilemez olmasından kaynaklanan ve Simgesel kurumlara onların müstehcen, alt ve çirkin yüzü olarak yerleşen bir artıktan bahseder. "*Özne, Simgesel sistemin bir türlü sınırları içine alamadığı Gerçek'in bir türlü açıklanamayan, anlamlandırılamayan bu "fazla"sı ile başa çıkabilmek için, daha bir "ben" olarak ilk oluştuğu yıllardan başlayarak bir fantezi nesnesi yaratır. Bu nesne, arzu nesnesi aslında "yok"tur; öznenin ne olduğunu bilmediği, sadece göz ucuyla görebildiği ilksel eksik'inin fantazmatik eşdeğeridir. Ancak özne bir yandan da bu nesnenin fantazmatik özelliğini, gerçekten varolmadığını bilir (Lacan'ın deyişiyle, "Je sais bien, mais quand meme…" – "Aslında çok iyi biliyorum, ama gene de…"). Tam da bu nedenle bilinçsiz olarak objet petit a'ya* (arzunun hem nedeni hem nesnesi olan şeye) *ulaşmaktan, tatminden kaçınır, yolu uzatır, çıkmaza sokar."* Aramaktan vazgeçmese de ancak 'göz ucuyla' algılayabildiği arzu nesnesinin yokluğunu bildiğinden buna erişmekten bilinçsizce kaçınır ve aslında onu bulmak istemez. Erişilemeyecek olan bu artığa ulaşmaya çalışmak, *jouissance* olarak belirir ve ulaşılamaz Gerçek'i gösterir. *Jouissance*, normali iğrenç, iğrenci cazip haline getirme paradoksal gücüne sahiptir. Dürtülerin etrafında hareket edip erişemeyecekleri *"yasak ama özgürleştirici"* bir zevktir.

Fransızca kökenli bir kelime olan *jouissance*, zevk ve keyif anlamına gelmektedir. Lacan'ın başka dillere çevrilmemesinde ısrar ettiği bir kelimedir. Ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere Lacan'ın, Freud'un haz ilkesinin önüne koyduğu bir kavramdır, hazdan farklı bir anlama sahip olup arzunun değil dürtünün tatmini anlamına gelir ki bu imkansızdır. Çünkü dürtünün son kertede amacı, tatmin edilmek değil Gerçek olarak tanımlanan yok-merkez etrafında ve ona güvenli bir mesafede durarak yaptığı dairesel hareketi sürdürmek, kendini yeniden üretmektir.

Kısacası *jouissance*, Zizek'e göre kişiyi tanımlayan, *"psikanalizdeki tek tözdür"*. B. VAROLUN Onur, Slavoj Zizek: İdeoloji Kavramına Lacancı Psikanalizden Bakışın Felsefi Bir Değerlendirmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin, Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 60-65; KAY, s. 225, 226; ZIZEK, **Yamuk Bakmak**, s. 28; ZIZEK, **İdeolojinin Yüce Nesnesi**, s. 248; IGNATIEFF, s. 88.

55 KAY, s. 226.

56 KAY, s. 226.

57 IGNATIEFF, s. 88.

dır[58]. Başka bir deyişle sistemin özündeki paradoks, insan hakları söylemine bunca yaslanan bir düzenin sadece insan olma özelliği kalan bir kişiye, hümanist ideale aykırı olarak, vatandaşlığın faydalarından yararlanamayan bir mülteciye dehşetle ve insanlıktan çıkmış olarak bakılmasında görünür hale gelir. Bu anlamda Zizek'in, Arendt'in insan haklarının aslında vatandaşlık hakları olduğuna yönelik insan haklarının soyutluğu eleştirisini psikanalitik bir çerçeveden yorumladığı söylenebilir. Yazar, bu durumu günümüz sistemine içkin bir çıkmaz olarak yorumlamaktadır[59]. Burada gözden kaçırılmaması gereken nokta, Zizek'in kişinin sırf insan olmaya indirgenerek haklarının olduğunu savunmaktan ziyade sisteme içkin bir çelişkiden bahsediyor olduğudur.

III. İNSAN HAKLARININ İDEOLOJİSİNE KARŞI

A. Kişinin Evrensel İnsan Haklarının Öznesi Olarak Hissedebilmesi

'İnsan Haklarının İdeolojisine Karşı' makalesinde Zizek, farklı yazarların insan haklarına ilişkin görüşlerini incelemektedir. Klasik Marksist yoruma göre insan hakları, "*beyaz mülk sahibi erkeklerin*" hakları olup sömürü ilişkilerini gizlemektedir[60]. Buna karşılık Ernesto Laclau'ya atıf yapan Zizek, *yüzergezer*[61] bir kavram olduğu görüşünden bahseder. Bu görüşe göre insan haklarının önceden belirlenebilen bir kapsamı olmayıp öznesine göre, örneğin bir kadının artık oy verebildiği yani hakkın öznesi olduğu noktada, belli bir bağlamda anlama kavuşur[62]. Bu görüşe karşılık Zizek, Rancière gibi yazarların, insan haklarının yalnızca şekli bir kavram olmayıp kendi

---

58 ZIZEK, "The Obscenity of Human Rights: Violence as Symptom".

59 ZIZEK, "The Obscenity of Human Rights: Violence as Symptom".

60 ZIZEK, "Against An Ideology of Human Rights", s. 56.

61 Yapısalcı dil kuramında gösteren, gösterilenle asla bire bir örtüşmez. Bu nedenle gösteren yüzergezerdir yani onu kullanan özneye, kullanıldığı bağlama göre şekillenen bir kalıptır. Yüzergezer gösterenin en anlaşılır iki örneği ben, sen, o kelimeleridir. Bu kelimeler kullanan özneye ve konuya göre değişmektedir. Bu nedenle de gösterenin sabit bir gösterilene işaret edebilmesi için bir ucundan 'raptiyelenmesi' gerekir. Yani gösterilen, okunduğu bağlama ve büyük yapıya göre anlam kazanır. Yapısalcı gelenekteki anlamın üst yapılara göre, okunduğu bağlama göre, belli 'kapitone noktaları' referans alınarak var olabileceği görüşü Zizek tarafından da benimsenmiştir. Bu nedenle kapitone noktaları değiştikçe, farklı ideolojik referanslarla okunduğunda aynı kelime farklı anlam ve söylemlere yol açacaktır. B. ZIZEK, **Yamuk Bakmak**, s. 230.

62 ZIZEK, "Against An Ideology of Human Rights", s. 56.

içinde bir etkinlik potansiyeli barındırdığı ve somut etkileri bulunduğu düşüncesinden bahseder. Gerçekten de Rancière'e göre yalnızca soyut ve şekli olmayan insan haklarının dinamik yüzü, kadın hakları gibi birçok somut politik talebin dile getirilmesine ön ayak olmasıyla; başka bir deyişle bu hakkın öznesi olmasından önce ve öznesi olabilmesi için dile getirilmesiyle görünür[63]. Bu nedenle insan haklarının, politik arka planından bağımsız olarak kendinden kaynaklandığı söylenemezse de yalnızca tarihi koşulların ve vatandaşlık kavramının ürününe indirgenmesi de mümkün değildir[64].

Zizek insan haklarının, yalnızca gerçekliği saklayan bir yanılsamaya indirgenmesine karşı çıkmaktadır[65]. Onun için asıl önemli soru, kişinin ne zaman kendisini evrensel insan haklarının öznesi olarak hissedebileceğidir[66]. Zizek bu soruyu cevaplamak için, insan hakları ile gizlediği sosyal sömürü arasındaki uçuruma vurgu yapan Marksist yorumu[67] insan hakları bağlamında yeniden yorumlamaktadır. Meta fetişizmi kavramına göre belirleyici özelliği meta değişimi olan toplumlarda kişi, ürüne aslında onda bulunmayan soyut özellikler atfetmektedir[68]. Kendisiyle bu nesneler yoluyla ilişkilenen kişi, bunları evrensel soyut değerlerin cisimleşmiş hali olarak algılamaktadır[69]. Zizek'e göre soyutlama, bugün genelleşmiş bir düşünme şeklidir[70]. Bu durumda kişi kendini, çalışma ve düşünme yeteneği ile arzuları gibi soyut kavramlarla, örneğin herhangi bir *"sosyal role doğmayıp"* kendi seçimleriyle tesadüfi koşulların etkileşiminin bir sonucu olduğunun göstergesi olan mesleğiyle, tanımlamakta ve kendiyle bunlar yoluyla ilişkilenmektedir[71]. Bir başka anlatımla kişi kendisini, sadece insan olarak doğmakla insan haklarına sahip olarak algılamamakta; haklarını soyut ve şekilsel bir biçimde algılamaktadır. Bu noktada Zizek'in bakış açısını berraklaştırabilecek kavram,

---

63 RANCIÈRE, s. 303, 304.

64 RANCIÈRE, s. 306.

65 ZIZEK, "Against An Ideology of Human Rights", s. 57, 58.

66 ZIZEK, s. 58.

67 ARSLAN Zühtü, "Postmodern Söylem ve İnsan Hakları", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 56-1, s. 4. [http://dergipark.gov.tr/download/article-file/36260] (Erişim Tarihi: 21.12.2018)

68 OLLMAN Bertell, **Yabancılaşma Marx'ın Kapitalist Toplumdaki İnsan**, Yordam Kitap, 2012, s. 305.

69 ZIZEK, "Against An Ideology of Human Rights", s. 58.

70 ZIZEK, s. 59.

71 ZIZEK, s. 58.

'hukuk fetişizmi'dir. Buna göre hukuk, üretim ilişkilerinde bir araç, tarihsel bir ürün olarak değil üstünlük ve soyut değerler bahşedilen yüce bir kavram olarak algılandığında fetişleştirilmiş olmaktadır[72]. Bütün diğer bağlamlar yok sayılarak hukukun üstünlüğü varsayımıyla hukuka uyma davranışı, soyut değerler atfedilen hukuku fetişleştirirken meta fetişizmine benzer şekilde kişinin kendine yabancılaşmasına; kendisiyle hukuka tabi kılınan hukuki bir özne olarak, ancak onun vasıtasıyla ilişkilenebilmesine sebep olmaktadır[73].

Zizek'in insan haklarının soyutluğuna ilişkin yorumu, bunların tarihsel olarak devlete karşı vatandaşı koruma işlevini göz ardı ettiği için eleştirilmekte; bahsedilen soyutluğun icra mekanizmalarının eksikliğinden ve devletlerin insan haklarını uygulama konusundaki isteksizliklerinden kaynaklandığı savunulmaktadır[74].

B. İnsan Haklarının İhlali Halinde Tolerans ve Müdahale

Zizek'in yaptığı bir diğer değerlendirme insan haklarının, Batı değerlerinin ve dominasyonunun taşıyıcısı niteliğinde olduğu görüşüne ilişkindir. Bu görüşe göre insan hakları bu şekilde evrensel olduğu iddiasında olup aynı zamanda Batı'ya özgü değerlere ayrıcalık tanıdığında, insan haklarının evrensel olarak savunulması, kültürel emperyalizme dönüşmektedir[75]. Zizek, bu yaklaşımı başka bir açıdan değerlendirerek ötekine karşı kültürel toleransın, ancak Batı değerleriyle uyumlu olduğu sürece mümkün olduğunu belirtmektedir[76]. Kafeinsiz kahve gibi karşılaşan farklı kültür de ancak kendine has özelliklerini barındırdığı çekirdeği, *jouissance*[77]'ı yok sayılarak benim-

---

72 KOLOŞ Umut, "Hukuka Bakışta Başka Bir Boyut: Hukuk Fetişizmi", **İş Dünyası Ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan**, 2011, İstanbul Üniversitesi Yayınları No.: 5006, s. 772, 773. [https://www.academia.edu/1949594/Kolo%C5%9F_Hukuka_Bak%C4%B1%C5%9Fta_Ba%C5%9Fka_Bir_Boyut_Hukuk_Feti%C5%9Fizmi?auto=download] (Erişim Tarihi: 7.1.2019)

73 KOLOŞ, s. 772, 773.

74 IGNATIEFF, s. 86, 87.

75 ZIZEK, "Against An Ideology of Human Rights", s. 59. Ignatieff'e göre bu görüş, Zizek tarafından da savunulmaktadır. B. IGNATIEFF, s. 87.

76 ZIZEK, s. 61.

77 "*Jouissance*" kavramı, makalenin "İnsan Haklarının Müstehcenliği: Semptom Olarak Şiddet" bölümünde ve 54. dipnotta ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Olumlu ya da olumsuz bir anlamdan ziyade Zizek'in bu kavramla anlatmak istediği, kişiyi/grubu/nesneyi kendisi yapan tözün *jouissance* olduğudur. KAY, s. 225.

senmektedir[78]. Yani ilkesel olarak diğer inançlara saygı duyan liberal yaklaşım neredeyse hepsini fundamentalist kabul ederek dışlamaktadır[79]. Buna karşılık liberalizme ilişkin solun çizdiği bu portrenin, sağ görüşün çizdiğiyle bire bir aynı olduğu eleştirisinde bulunulmakta; J. S. Mill gibi kişinin, diğerleri için ihlal edici olmamak kaydıyla her anlamda özgür olması gerektiğini savunan liberallerin göz ardı edildiğinden bahsedilmektedir[80].

Başkalarının her eylemini potansiyel tehlike olarak kabul eden görüşü Zizek, Sartre'ın ünlü *"l'enfer, c'est les autres"*[81] cümlesiyle bağdaştırmaktadır. Bu noktada yazar, Kierkegaard'ın objesinden bağımsız olduğu takdirde mükemmel olan ve kendi uğruna bir aşk olacağından Kant tarafından da patolojik olarak değerlendirilmeyecek aşka atıf yapmaktadır[82]. Bu önermeye karşılık Zizek, nesnenin ya da ötekinin kendine has kusurlarıyla yani ihlal edici görülen *jouissance*'ıyla kabul edilmediği gerçeğiyle yüzleşilmesini savunmaktadır. Yoksa ötekiliği olmadan benimsenen öteki, gerçekliği alınan bir sanal gerçekliğe dönüşmektedir[83]. Bu noktada akla öncelikle, ötekinin doğasının zorunlu olarak ihlal edici olup olmadığı sorusu gelebilir. Zizek bu keyif çekirdeğinin ihlal edicilik seviyeleri arasında ayrım yapmamaktadır. Ancak Batılı politik doğruculuk bağlamında insan haklarını, esasında diğerlerine güvenli bir mesafede durarak rahatsız edilmeme hakkı[84] olarak

---

78 ZIZEK, s. 61.

79 ZIZEK, s. 61, 62.

80 IGNATIEFF, s. 88.

81 "*Cehennem başkalarıdır*." şeklinde çevrilen cümle, Sartre'ın 'Gizli Oturum' adıyla çevrilen 'Huis Clos' adlı dramasının son bölümünde yer almaktadır. B. SARTRE Jean-Paul, **Gizli Oturum**, (Çev. Oktay Akbal), İstanbul, Milli Eğitimi Basımevi, 1950, s. 57.

82 Kierkegaard'a göre şairin aşkı nesnesine bağımlı olduğundan kusurludur ancak komşuya duyulan sevgi, bu komşu herkes olabileceğinden, belirleyici özelliklerinden arınmıştır ve bu özellikler sebebiyle değil sırf sevginin kendisi uğruna sevilir. Nesnesinin ayırt edici özelliklerinden bağımsız olan bu sevgi, bu sebeple kusursuzdur. B. ZIZEK, "Against An Ideology of Human Rights", s. 70, 71. Buna karşılık Freud, komşunun önemli açılardan kişiye benzediği ya da kişiden çok daha kusursuz olduğu durumlarda sevilmeyi hak edeceğini; çünkü ilkinde kişinin onda kendisini, ikincisinde ise kendi idealini sevebileceğini belirtmektedir. Freud bu buyruğun kabulünü, hak edilmeyen komşunun sevilmesinin, sevilenler tarafından sevgiye vereceği değeri azaltacağı, bunun sevgisini hak edenlere haksızlık olarak değerlendirmektedir. B. FREUD Sigmund, "Uygarlık ve Hoşnutsuzlukları (V)", **Uygarlık, Din ve Toplum: Grup Psikolojisi / Bir Yanılsamanın Geleceği Uygarlık ve Hoşnutsuzlukları ve Diğer Çalışmalar**, (Çev. Selçuk Budak), Ankara: Öteki Yayınevi, 1999, s. 295, 296.

83 ZIZEK, "Against An Ideology of Human Rights", s. 74.

84 ZIZEK, s. 77

tanımlaması nedeniyle, *jouissance*'ın en azından ihlal edici olabileceğini düşündüğü söylenebilir. Akla gelebilecek bir diğer soru, farklı toplumların kendine has ancak insan hakları ihlali niteliğinde olabilecek hangi özelliklerinin kabul edilebilir olacağıdır. Yazarın, insan haklarının yalnızca Batı değerleriyle uyumlu kültürleri tolere ettiğine ilişkin yaklaşımı, insan haklarının evrenselliğine karşı kültürel görelilik eleştirisini akla getirmektedir. Ancak bu yaklaşımının, yazarın, kimlik siyasetinin insan haklarının evrensel niteliğine zarar verebileceğine ilişkin görüşüyle[85] çeliştiği düşünülebilir.

Yazara göre benzer bir yapıyla, Batı düşüncesinde insan hakları işkenceyi içerecek şekilde yeniden düşünüldüğünde[86], yüksek karlı şirketler hayır işleri yaptıklarında, savaş ise demokrasi ve barışı hedeflediğinde sonuçları ne olursa olsun etik anlamda kabul edilebilir hale gelmektedir[87]. Zizek'in eleştirdiği bu durumda vurgulamak istediği zıtlık, içi boşaltılarak özünden mahrum kalmış şeyin anlamsızlığıdır. Örneğin yazara göre Irak'taki kitle imha silahlarına dair istihbarat doğru olsaydı dahi, bu harekâta neden ihtiyaç duyulduğu, bir başka deyişle harekâtın asıl motivasyonu açıklanmadığından, tavır yine de psikanalitik noktadan patolojiktir[88]. Bu anlamda Zizek'in, ötekiye toleranssızlığın dış politikada askeri müdahaleyi hazırladığını anlatmak istediği söylenmektedir[89]. Zizek, müdahalenin Iraklıların haklarının geliştirilmesi amacıyla değerlendirilmesinin naifliğine vurgu yapmışsa da[90] bu yoruma şiddetle karşı çıkılmıştır. Ignatie□, insan hakları retoriğinin bu anlamda kötüye kullanılması imkânı bulunduğuna katılmakla beraber asıl bu durumda müdahale etmemenin insan haklarını soyut bir bağlılık haline getireceğini vurgulamaktadır[91]. Bununla beraber Zizek'in, Saddam ve Miloseviç rejimlerinin ihlallerinin müdahaleyi zorunlu halde getirdiğini, bu rejimlerin uluslararası düzeni tehdit ettiğini görmezden geldiği savunulmak-

---

85 ZIZEK, "Human Rights and Its Discontent".

86 Zizek bu noktada, gazeteci Jonathan Alter ve akademisyen Alan Derschowitz'in 'insan haklarının, terör şüphelileri için işkenceyi kapsayacak şekilde yeniden düşünülmesini' önerdiklerinden bahsetmektedir. B. ZIZEK, "Against An Ideology of Human Rights", s. 82. Jonathan Alter'in bu önerisinden bahseden başka bir eser için b. PANITCH Leo / LEYS Colin, **Günümüzde Şiddet**, (Çev.: Umut Haskan), Yordam Kitap, 2010, s. 134.

87 ZIZEK, "Against An Ideology of Human Rights", s. 77, 79.

88 ZIZEK, s. 79.

89 IGNATIEFF, s. 89.

90 ZIZEK, s. 80.

91 IGNATIEFF, s. 91.

tadır[92]. Ancak bu bakış açısı, insan haklarının, Kantçı bir açıdan, kendisi uğruna değil uluslararası istikrar için bir değerlendirme işleviyle araçsallaştırıldığı izlenimini yaratmaya da elverişlidir.

Son olarak yaptığı güncel durum değerlendirmesinde, Fukuyama'nın liberal demokrasinin, tarihte gelinen son nokta olduğu görüşüne karşı Zizek, Batı Şeria'da ve ABD-Meksika sınırında yıkılanların yerine yeni duvarların yükseldiğini, siyasal değişikliklerin devam etmekte olduğunu[93] savunmaktadır. Konuya örnek olarak Guantanamo mahkumlarının hukuki durumu veren Zizek'e göre dönemin ekonomi ve güvenlik politikası, insan haklarına aykırı koşullardaki üretimin ve anayasaya aykırı sorgu yöntemlerinin sınır ötesinde gerçekleştirilmesidir[94].

SONUÇ

Günümüzde hakim olan eski felsefi yapıları birbirleri üzerinden okuyan düşünürlerden biri olan Zizek'in özgün üslubu, zaman zaman kavrayışı zorlaştırsa da okuyucusunu düşünmeye iterek daha önce bakılmayan açılardan bakmaya yönlendirmektedir. Bahsedildiği gibi yer yer oldukça karmaşıklaşan argümantasyon biçimi ve üretken bir yazar olmasından kaynaklanan sık tekrarları yüzünden sistemli bir Zizek teorisinden bahsetmek zorlaşmaktadır. Yine de çalışma boyunca, Zizek'in insan haklarına ilişkin geniş bir yelpazeden beslenen görüşleri, metinlerin düşünce akışına sadık kalarak anlatılmaya çalışılmıştır.

Zizek'in insan haklarına ilişkin görüşlerinde göze çarpan, eleştirilenin insanların haklarının var olmasından ziyade aslında retoriğin kullanım amacı olmasıdır. Zizek'in insan hakları ve hukuka ilişkin görüşleri zaman zaman radikal, sert ve uzlaşmaz görünse de metinlerin derinine indikçe bu yargı aşılmakta, var olan patolojik düzenin alternatifine yönelik çaba belirginleşmektedir. Buna rağmen Zizek'in amacı, insan hakları ve Batı düşüncesini özünden ayırarak benimsemek değil onu özüyle yüzleşmeye çağırmaktır. Ancak bir sonraki aşamada ideali, kapitalist sistemi kendisiyle yüzleştirerek tedavi etmek değil, onun patolojik olduğunu göstermektir. Lacancı psikanalizde gerginliği alan bu yüzleşme olsa da yüzleşme, açıklandığı üzere sis-

92 IGNATIEFF, s. 90.

93 ZIZEK, s. 81.

94 ZIZEK, s. 83, 84.

teme içkin paradoksu yok etmemektedir. Bu nedenle de Zizek'in idealinin, patolojik sistemin tedavisi değil değişimi olduğu düşünülmektedir. Yine de mevcut sistemin parçası olarak insan hakları retoriğine yönelik eleştirileri, çalışmada anlatılmaya çalışıldığı üzere insan hakları düşüncesini kökünden reddetmemekte, aksine insan haklarının neden soyut ve işlevsiz kalabildiğini açıklamaktadır. Bu haliyle de Zizek'in görüşleri, Hegel, Burke ve Arendt gibi yazarlar tarafından da dile getirilen insan haklarının soyutluğu eleştirileriyle paralel özellikler taşısa da bu eleştirilerin yalnızca bir başka boyutu olarak görülmemelidir. Yazarın, insan haklarının kaynağının nerede aranması gerektiğine ve insan haklarının yalnızca gerçekliği örten bir yanılsama olarak algılanmaması gerektiğine ilişkin görüşleri de, insan haklarının Zizek'in düşünce sisteminde temelden reddedilmediğini göstermektedir. Zizek'in eleştirileri, öncelikle sisteme içkin sorunları, onlarla yüzleşilecek bir zemin oluşturmak için onları su yüzüne çıkarmayı hedeflemektedir. Ancak bu eleştirilerin kendine has özelliği, psikanalitik bağlamda ortaya konulmuş olmalarıdır.

KAYNAKÇA

ARENDT Hannah, **Totalitarizmin Kaynakları/2: Emperyalizm**, (Çev.: Bahadır Şina Şener), İletişim Yayınları, 2016, İstanbul.

BAINBRIDGE Chris, "Slovaj Zizek – Filozofinin Elvis'i?", (Çev.: Gökhan Çuhacı), **Düşünbil Dergisi**, Sayı:73, ss. 19-23.

ÇEĞİN Güney / ÖZPOLAT Gürhan, "Tabiyet ve Simgesel Şiddet Kavramları Üzerinden Foucault ve Bourdieu'yü Birlikte Okumak", **Praksis**, Sayı: 42, ss. 683-695.

FREUD Sigmund, "Uygarlık ve Hoşnutsuzlukları (V)", **Uygarlık, Din ve Toplum: Grup Psikolojisi / Bir Yanılsamanın Geleceği Uygarlık ve Hoşnutsuzlukları ve Diğer Çalışmalar**, (Çev. Selçuk Budak), Ankara: Öteki Yayınevi, 1999, ss. 239-335.

HOMER Sean, **Jacques Lacan**, (Çev.: Abdurrahman Aydın), Phoneix, Ankara, 2016.

IGNATIEFF Michael, "Response to Slavoj Zizek, 'Against an Ideology of Human Rights'", **Displacement, Asylum, Migration: The Oxford Amnesty Lectures 2004**, Oxford Üniversitesi Yayınları, 2006, ss. 86-91.

KAY Sarah, **Zizek: Eleştirel Bir Giriş**, (Çev: Zeynep Kuyumcu), Encore Yayınları, 2006.

KOLOŞ Umut, "Hukuka Bakışta Başka Bir Boyut: Hukuk Fetişizmi", **İş Dünyası Ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan**, 2011, İstanbul Üniversitesi Yayınları No.: 5006, ss. 765-788.

MUNSON Henry, **Encyclopaedia Britannica**, "Fundamentalism", 6 Aralık 2016. [https://www.britannica.com/topic/fundamentalism] (Erişim Tarihi: 19.06.2019)

NECHAMKIN Sarah, "Freudyen Çıkmaz", (Çev.: Janset Nas Kılınç), **Düşünbil Portal**. [https://dusunbil.com/freudyen-cikmaz/] (Erişim Tarihi: 25.12.2018)

OLLMAN Bertell, **Yabancılaşma: Marx'ın Kapitalist Toplumdaki İnsan**, (Çev.: Ayşegül Kars), Yordam Kitap, 2012.

PANITCH Leo / LEYS Colin, **Günümüzde Şiddet**, (Çev.: Umut Haskan), Yordam Kitap, 2010.

RANCIÈRE Jacques, "Who is the Subject of the Rights of Man?", **The South Atlantic Quarterly**, Cilt: 103, Sayı: 2/3, Spring/Summer 2004,

ss. 297-310. [http://cscs.res.in/dataarchive/textfiles/textfile.2010-11-27.9388690495/file] (Erişim Tarihi: 16.12.2018)

RATA Elizabeth, **Ethnic Fundamentalism in New Zealand**, 30 Eylül 2006. [https://cdn.auckland.ac.nz/assets/education/about/schools/crstie/docs/RataSkepticsSpeech%20.pdf] (Erişim Tarihi: 19.06.2019)

SARTRE Jean-Paul, **Gizli Oturum**, (Çev. Oktay Akbal), İstanbul, Milli Eğitimi Basımevi, 1950.

SAYGILI Kürşat, "Sinemaya Yamuk Bakmak: Zizek Bize Ne Anlatmaya Çalışıyor", 2016. [http://www.cinerituel.com/2016/03/sinemaya-yamuk-bakmak-zizek-bize-ne-anlatmaya-calisiyor.html] (Erişim Tarihi: 7.1.2019).

SCHNEIDER Nathan, "Theology for Atheists", **The Guardian** 2010. [https://www.theguardian.com/commentisfree/belief/2010/jan/04/religion-atheism] (Erişim Tarihi: 15.12. 2018)

STEINBAUER Anja, "Slovaj Zizek ile Söyleşi: Seni Öldürmemi İstemiyorsan Eğer, Bana Profesör Deme", (Çev.: Meltem Çetin Sever), **Düşünbil Dergisi**, Sayı: 73, ss. 9-14.

TUZGÖL Kamil**, "**Lacanyen Psikanalitik Kuram ve Öznenin Konumu", **Türkiye Bütüncül Psikoterapi Dergisi**/ Cilt:1, Sayı:1, Ocak 2018, ss. 41-53. [http://dergipark.gov.tr/download/article-file/396283] (Erişim Tarihi: 25.12.2018)

VAROLUN Onur, Slavoj Zizek: İdeoloji Kavramına Lacancı Psikanalizden Bakışın Felsefi Bir Değerlendirmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin, Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

YENİSAN Serhat, "Slovaj Zizek'in Zararlı Hakikatleri", **Düşünbil Dergisi**, Sayı: 73, ss. 15-18.

ZIZEK Slavoj, "Against An Ideology of Human Rights", **Displacement, Asylum, Migration: The Oxford Amnesty Lectures 2004**, Oxford Üniversitesi Yayınları, 2006, ss. 56-85.

ZIZEK Slavoj, "Against Human Rights", 2006. [https://libcom.org/library/against-human-rights-zizek] (Erişim Tarihi: 24.12.2018)

ZIZEK Slavoj, "Ego Ideal and the Superego, Lacan As A Viewer Of Casablanca", 2009. [http://www.lacan.com/essays/?p=182] (Erişim Tarihi: 18.12.2018)

ZIZEK Slavoj, "Human Rights and Its Discontent", 1999. [http://www.lacan.com/zizek-human.htm] (Erişim Tarihi: 15.12.2018)

ZIZEK Slavoj, **İdeolojinin Yüce Nesnesi**, (Çev.: Tuncay Birkan), Metis Yayınları, 2015.

ZIZEK Slavoj, "Liberal Multiculturalism Masks An Old Barbarism With A Human Face", **The Guardian**, 2010. [http://www.theguardian.com/commentisfree/2010/oct/03/ immigration-policy-roma-righ-twing-europe] (Erişim Tarihi: 16.12.2018).

ZIZEK Slavoj, "Plato, Descartes, Hegel: Three Philosophers of Event", Editör: Altman M.C., **The Palgrave Handbook of German Idealism**. Palgrave Macmillan, Londra, 2014. [http://www.zizekstudies.org/index.php/IJZS/article/download/697/703] (Erişim Tarihi: 24.12.2018)

ZIZEK Slavoj, "The Obscenity of Human Rights: Violence as Symptom", 2005. [http://www.lacan.com/zizviol.htm] (Erişim Tarihi: 18.12.2018)

ZIZEK Slovaj, **Yamuk Bakmak**, (Çev.: Tuncay Birkan), Metis Yayınları, 2016.

ZIZEK Slavoj, "Yeri Tutmak", **Olumsallık, Hegemonya, Evrensellik,** (Çev.: Ahmet Fethi Yıldırım), Hil Yayın, 2005.

ALMAN ANAYASACILIĞINDA İNSAN ONURU KAVRAMI

Berk Hasan ÖZDEM*

"Der Mensch ist zwar unheilig genug,
aber die Menschheit in seiner Person muß ihm
*heilig sein.*** "* [96]
- Immanuel Kant.

Öz: İnsan onuru kavramının tam olarak nasıl anlaşılması gerektiği konusunda tam bir fikir birliğinden söz edilememekle birlikte, kavramın yalın ve soyut olduğunu söylemek de bir o kadar zordur. İnsan onuru kavramı, birçok uluslararası belge ve belirli anayasalarda yer alsa da bu metinlerin birçoğunda kavramın tanımlanmamış olduğu görülmektedir. Bu makalede özellikle Nazi dönemi tecrübesi nedeniyle Alman anayasacılığında son derece önem taşıyan ve Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası'nın birinci maddesinde vücut bulan insan onuru kavramının tanımı ve nitelikleri incelenmiş, kavramın tarihsel gelişimi, otoriterelere karşı bireyi yetkilendirme ve bireyi sınırlandırma şeklindeki iki yönlü kullanımı ve Alman Anayasa Mahkemesi kararları ile Alman doktrinine yansımaları üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Alman Anayasası, Nazi Dönemi, İnsan Hakları, İnsan Onuru, Obje Formülü.

---

* Makale gönderim tarihi: 04.01.2018. Makale kabul tarihi: 06.05.2019.
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi.
(ORCID kimlik no: 0000-0002-0327-6489; berkhasanozdem@gmail.com)

** İnsan kutsal değilse de onun varlığında yine onun için, insanlık kutsal olmalıdır.

THE NOTION OF HUMAN DIGNITY IN GERMAN CONSTITUTIONALISM

Abtract: Not only exists there not a consensus about the issue of how the notion of human dignity should be understood, it is also not easy to admit that it is a simple and abstract notion. The concept of human dignity is manifested in several international documents as well as in certain constitutions; nonetheless, in most of these texts the notion still remains undefined. Due to its substantial importance in the German Constitutionalism particularly because of the Nazi Period experience, this paper after examining the definition and the attribution of the concept of human dignity which is embodied in the first article of the Constitution of the Federal Republic of Germany, focuses on its historical development and addresses the bidirectional role played by the notion: the authorization of the individual against authorities and limitation of the individual's freedom. Finally the focus is laid on the reflections of the notion on the German doctrine and on the decisions of the German Constitutional Court.

Keywords: German Constitution, Human Dignity, Human Rights, Nazi Period, Object Formula.

I. İNSAN ONURU KAVRAMI

İnsan onuru kavramı sözlüklerde, izzetinefis, şeref, haysiyet, özsaygı ve saygınlık gibi anlamları karşılar. Kuçuradi, bu kavramı "İnsanın değeri derken bundan insanın diğer canlılar arasındaki özel yerini anlıyorum. İnsana bu özel yeri sağlayan, onun özelliklerinin bütünüdür, onu diğer canlılardan ayıran olanaklarıdır. Bu olanaklar, insana özgü etkinlikler ve ürünler olarak görünür. Bu özellikler ise, insanın diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere ek özelliklerdir. İşte bu özellikler ya da olanaklar 'insanın değerini' ya da 'onurunu' oluşturur."[1] ifadeleriyle açıklamıştır. İnsan onuru, bilinçli olma, kendi kaderini belirleme ve insana kendi çevresini şekillendirme yeteneğini veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruh ve manevi güçtür.[2] Bu insani öz, bütün insanlarda eşit olarak bulunur ve eşitlik olgusu bu insani özden kaynaklanır. Nitekim "Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar" şeklinde başlayan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi tüm insan-

---

1 KUÇURADİ İoanna, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, 3. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2009, s.49.

2 YERDELEN Erdal, "Klonlamanın Ceza Hukukundaki Yeri", **AÜHFD**, C. 63, S. 3, 2014, s.660.

ların eşit olduğundan bahsetmekte ve bu eşitliğin temel taşının da insan hak ve onuru olduğunu deklare edilmektedir.[3]

İnsan onuru aynı zamanda insan haklarının da temelini oluşturmakta, bir başka ifade ile insan hakkı denildiğinde aynı zamanda insan onuru da kastedilmektedir. Bu ifadede iki yönlülük söz konusudur. Bu iki yönlülük, "olan" (insan hakkı) ve "olması gereken" (insan onuru) boyutlarından oluşmaktadır.[4] Yani insan onuru kavramı, insan hak ve özgürlüklerinde olması gerekene ulaşmada bir rehber işlevini yerine getirmektedir.[5] Ünlü Alman Profesör Josef Isensee'nin deyimiyle göreceli değerlerin dünyasındaki tek mutlak değer, hayatın belirsizliklerinin ortasında yön bulmaya yarayan kutup yıldızı gibidir.[6]

İnsan onuru kavramı kişinin kendi küçük dünyasında siyasal otorite ve bireyler karşısında "özerk" olmasını gerektirir. İnsanın doğadaki bütün diğer varlıklardan ayrılıp tür olarak özgünleşmesi ve bir kişinin de diğer türdeşlerinden ayrışıp ayrı bir kişilik kazanması ile yakından ilgili olan bireysel özerklik kavramı, insan onurunun korunmasında ve haysiyetli bir şahsiyetin oluşumunda korunmaya alınmış bir özgür eylem alanı görevini görmektedir.[7] Bu nedenle birey lehine mümkün olduğunca geniş bir özgürlük alanı, insan onuruna saygının da bir gereği olarak ele alınmakta[8] ve insan onuru negatif özgürlükleri tanımlama işlevini de yerine getirmektedir.[9]

İnsan onuru kavramının aynı zamanda sosyal bir yönü vardır. Hem kişinin kendisine duyduğu, hem de başkalarının kişiye duyduğu saygı insan

---

3 KAFADAR Muhammet Fatih, **"Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: 'İnsan Onuru'"**, Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, 11-12 Ekim 2013, Antalya, s.3.

4 DOĞAN İlyas, "Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş", **SÜHFD**, C. 13, S. 2, Konya, 2005, s.56; SPEMANN Robert, "Über den Begriff der Menschenrechte", in, **Menschenrechte und Menschenwürde**, (Hrsg.) Böckenförde Ernst-Wolfgang / Spemann Robert, Klett-Cotta, Stuttgart, 1987, s.296-297.

5 **Doğan**, 2005, s.56.

6 ISENSEE Josef "Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten" **Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)**, C. 131, S. 2, 2006, s. 175.

7 ALDANMAZ Orhan, "İnsan Onuru Işığında kişisel Özerklik ve Yerellik İlkesi", **EÜFD**, C. 14, S. 1-2, s.81.

8 BEHRENDT Richardt F., **Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit**, Hannover, 1967, s.12-13.

9 **Doğan**, 2005, s.56; ENDERS Christoph, **Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung: zur Dogmatik des Art. 1 GG (Vol. 27)**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, s.69.

onuruyla ifade edilmektedir.[10] İnsanın kendine karşı duyduğu saygıyı "özsaygı, izzetinefis, haysiyet" kelimeleri karşılarken; başkalarının kişiye gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer ise "şeref ve itibar" kelimeleri ile tanımlanmaktadır.[11] Bu sosyal iki yönlülük karşısında Çakar'ın görüşü oldukça ilgi çekicidir:

"*Şu durumda onur kelimesinin tanımını, insana gerek kendisi ve gerekse başkaları tarafından duyulan saygı olarak ifade etmek mümkündür ve fakat yeterli bir tanımlama değildir. Çünkü, bu noktada akla şöyle bir soru gelmektedir. Toplumda genel itibariyle saygı duyulmayan bir kişi insan onuruna sahip değil midir? Ya da onur, kişinin davranışlarından mı ileri gelmektedir? Eğer bu soruya olumlu yanıt verilirse, onur kelimesi, itibar ve değer kelimeleriyle eşanlamlı hale gelir ve toplum hayatında herhangi bir sebeple itibarı sarsılmış kişilerin onursuz olduğunun düşünülmesine imkan sağlanmış olur. Fakat bu da subjektif değerlendirmeler yani değer yargılarına göre değişebilecek bir husustur. Bir kişinin itibarı herkes için farklı algılanıyor olabilir. Subjektif yargılardan genel geçer kurallar çıkarmak mümkün değildir. O halde onur kelimesini, insanın davranışlarını, kişisel özelliklerini, servetini vs. dikkate almadan, insanı sadece varlık olarak değerlendirip tanımlamak gerekecektir. Bu durumda insan onuru, 'insanın sırf insan olması sebebiyle değerli ve saygıya layık bir varlık olması' olarak tanımlanabilir.*"[12]

Hakkında çeşitli tanımlamalar yapılabilmekle birlikte, insan onuru kavramının anlamı ve kapsadığı içeriğin ilk ortaya çıktığı dönemlerden günümüze kadar değişmeden geldiğini söyleyebilmek pek mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple kavramının tarihçesinden bahsetmek mevcut tartışmaları anlamak açısından yararlı olacaktır.

II. KAVRAMIN TARİHSEL SÜREÇTE GELİŞİMİ

Her ne kadar poliste yaşayan insanlar birbirine sıkı bağlarla bağlı sayılmış ve faaliyetlerini polisin çıkarlarına hizmet etmeye yöneltmek du-

---

10 ARSLAN Kahan Onur, "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 120, 2015, ss. 157-158.

11 SEYMEN ÇAKAR Ayşen, **"Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru"**, Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, Antalya, 11-12 Ekim 2013, s.2.

12 **Seymen Çakar**, 2013, s.2-3.

rumunda kalmış da Eski Yunan'da insan onuru kavramının ipuçlarına rastlamak mümkündür.[13] Bütün insanların eşit yaratıldığını ve doğal olarak her bakımdan eşit olduğunu savunan Sofistlerin, insanı kendi çıkarlarına hizmet eden bencil bir varlık olarak nitelemelerine rağmen, onu düşüncelerinin odak noktası yaparak her şeyin ölçüsü olarak gördükleri bilinmektedir.[14] Platon'un düşüncesinde her insanın kendi yolunu çizebilmesi, her insanın adaleti değerlendirebilmesi, adalet ve adaletsizlik değerlendirmesi yapabilmesi temel motifler arasında yer almakta, *Politeia*'da adaletin ve diğer insani erdemlerin, eşitlik ve özgürlük olmadan anlam ifade etmeyeceği açıklanmaktadır.[15] Site devletinin çöküş dönemine denk gelmelerinin etkisiyle özellikle Epikürcü okul ile Stoacı okul, siteye bağlı insan anlayışından uzaklaşıp insanı önceleyerek siyasi alandan çok bireylerin iç özgürlüğü üstünde durmuşlardır.[16]

İnsan onuru *(dignitas hominis)* kavramı klasik Roma düşüncesinde büyük ölçüde "statü" anlamına gelmektedir çünkü onur ve saygı, kişiye ait olan özel bir statüye bağlıdır ve bu onura değecek kişilerin olmalıdır.[17] Ayrıca dignitas sadece insanlara özgü kalmamış, kurumlara ve devletin kendisine de uygulanmıştır.[18]

Diğer taraftan Roma döneminde, nadir olmakla birlikte, daha geniş kapsamlı ikinci bir onur konsepti karşımıza çıkmakta ve bu konsept ek bir sta-

---

13 BULUT Nihat, "Eski Yunandan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramı Üstüne Genel Bir Bakış", **EÜHFD**, C. 12, S. 3–4, 2008, s.3.

14 ÜNAL Şeref, **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s.25; **Bulut**, 2008, s. 3.

15 Platon bir diğer eseri *Nomoi*'de ise özgür bireylerin eşitliği fikrinin, ancak devletin müsaade ettiği ölçülerde gerçekleştirilebileceği görüşünü ortaya koymuştur. **Doğan**, 2005, s. 53

16 **Bulut**, 2008, s. 4.

17 MCCRUDDEN Christopher, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", **The European Journal of International Law**, C. 19 No. 4, 2008, s.656-657.

18 İnsan onuru kavramının bu şekilde kullanımı daha sonraki dönemlerde de göze çarpmış ve yasal sistemlere de yansımıştır. Örneğin, İngiltere'de Bill of Rights (1689), "Taç ve kraliyet onuruna" *(the Crown and royal dignity)* atıfta bulunmaktadır (The Bill of Rights (Act) 1689 Cap II (36), Art. II.); Ayrıca onur kavramı, uluslararası alanda egemen devletler ve bunun bir eklentisi olarak bunların elçilik ve konsolosluklarının statüsüne de atfedilecektir. (Bkz. Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961, 500 UNTS 95, Madde 22, 29.) RESNIK Judith/SUK JULIE Chihye, "Adding Insult to Injury: Questioning the Role of Dignity in Conceptions of Sovereignty." **Stanford Law Review**, 2003, s.1921; **Mccrudden**, 2008, s.657.

tü aramaksızın insana insan olduğu için atfedilmektedir.[19] İnsan onurunun Roma Dönemi'ndeki bu ikinci konsepti Cicero'nun insan ile hayvan doğası arasında yaptığı ayrımda ortaya çıkmaktadır: "… insan doğasının hayvanlardan ne kadar daha üstün olduğunu hatırlamak bizim için hayati derecede gereklidir, hayvanların düşünceleri yalnızca vücutsal tatminlere yöneliktir … Oysa ki insan aklı, çalışma ve refleksiyon ile gelişmiştir … Bundan öğrenebiliriz ki, duyusal haz insan ırkının onuru açısından tamamen değersizdir."[20]

Orta çağda entelektüel çevrelerde yapılan Tanrı ve insan ilişkisi tartışmasının da bir sonucu olarak insan onuru, Cicero'da da olduğu gibi, insan ile diğer yaratıklar arasında bir ayrım yolu olarak kullanılmış ve insanın onur sahibi olması Tanrı'nın imgesinden yaratılmasıyla temellendirilmiştir.[21] Katolik Kilisesi'nin bu fikri insan onurunun merkezine yerleştirmesinde büyük role sahip Saint Leo, insan onurunu iki yönlü olarak ele alarak vaftizin Hristiyanlar'a onuru bahşettiğini, bütün insanların Tanrı'nın imgesinde yaratıldığını ve Tanrı insan haline geldiği için bütün insanların eşit onura sahip olduğunu öne sürmüştür.[22] Hristiyan düşüncesinde oldukça ehemmiyetli bir diğer filozof olan Aquinolu Thomas ise Saint Leo'dan ayrılarak insanın doğası gereği özgür olduğunu ileri sürmüş; ancak rasyonel bir canlı olan insanın günah işleyince rasyonel olmayan bir hayvan statüsü üstleneceği ve onurunu yitireceğinden bahsederek insan onurunu ontolojik değil, etik bir kategoriye sokmuştur.[23]

İtalyan Rönesansı insan onuru konsepti için bir kırılma noktası olmuştur.[24] Rönesans dönemi filozofları, insan onurunun kökenine yönelik teolojik olmayan argümanları geliştirilmekle beraber aynı zamanda Hristiyanlık metafiziğine bağlı kalarak Aquinolu Thomas'ın insan onurunun doğal kö-

---

19 **Mccrudden**, 2008, s.657.

20 **Ibid**; CICERO Tullius Marcus / MILLER Walter, **Cicero De Officiis I**, London: W. Heinemann, 1928, s.30.

21 **Mccrudden**, 2008, s.658.

22 LEWIS Milton, "A Brief History of Human Dignity Idea and Application", in: MALPAS Jeff/LICKISS Norelle, **Perspectives on Human Dignity: A Conversation**, Springer, 2007, s. 94.

23 **Ibid**.

24 EBERLE Edward J., "The German Idea of Freedom", **Oregon Review of International Law**, Vol 10, 2008, s.11; EWALD William, "Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?", ***University of Pennsylvania Law Review***, C. 143, S. 6, 1995, p. 1919.

kenlerine ilişkin düşüncesini daha da ileri taşımış ancak Lewis'in deyimiyle sonunda "insanın günahkarlığını suçlamak yerine, zaferini kutlamıştır".[25] Doğacı argümanlar geliştirirken teolojiden tamamen kopmayan Giannozzo Manetti, De dignitate et excellentia hominis adlı eserinde "İnsanlar tanrının yaratıklarıdır fakat diğer yaratılanlardan çok daha üstündür ve doğaları kutsal olanla ilişkidir: Gerçekten de vücutlarının ve ruhlarının mükemmelliyeti, bizi Tanrı'yı insan imajında görmeye yaklaştırır. İnsanlar onurla doğar ve ona eşit ölçüde sahiptir." ifadeleriyle insan onurunu insanın mükemmelliyetinde bulmuştur.[26] Rönesans döneminin bu konseptle ilgili en bilindik eserlerinden biri olan *De hominis dignitate*'yi yazan Giovanni Pico della Mirandola da insanın, onurla doğduğu ve ona eşit miktarda sahip olduğu konusunda Manetti ile aynı fikirdedir; ancak Manetti onurun insan mükemmeliyetinden kaynaklandığına inanırken, Pico ise bunu, böyle bir mükemmelliğe ulaşma özgürlüğüne bağlamaktadır.[27] Pico'nun düşüncesine göre insan onurunun temelinde tanrı tarafından ona verilmiş bir hediye olan insanın ne olmak istediğini seçebilme kabiliyeti yatmaktadır.[28] Bu şekilde tarih sürecinde giderek modernitenin varoluşçu iddiasına, insanın otonomisine, kendi kaderinin belirleyicisi ve geleceğinin şekillendiricisi olması düşüncesine yaklaşıldığı görülmektedir.[29]

Aydınlanma Çağ'ında, insan onuru bu anlamda felsefi olarak gelişmiş ve belki de en belirgin olarak Kant'ın düşüncesinde yer almıştır. Kant'ın insan onuru anlayışı bireyleri bir araç olarak değil, kendi özünde bir amaç olarak görmeyi gerektirir.[30] Kant'la en yakın ilişkili insan onuru anlayışı insan onurunu insanın otonomisinde arama fikridir: bu fikre göre insanlara onurlu davranmak, onları kendi kaderlerini belirleyebilen otonom bireyler olarak görmekten geçer. Kant'ın anlayışı din temelli olmayan insan onuru

---

25 **Lewis**, s. 94.

26 **Ibid.**

27 **Mccrudden**, 2008, s.659.

28 **Ibid.** s.658; PICO DELLA Mirandola, **On the Dignity of Man** (trans. C. Glenn Wallis, with an Introduction by Paul J.W. Miller). ed. Hackett Publishing Company, 1965, s.5: "*It is given to him to have that which he chooses and to be that which he wills.*"

29 **Mccrudden**, 2008, s.659.

30 KANT Immanuel, **Metaphysics of Morals**, (editör: GREGOR Mary J.) Cambridge University Press, 1988, Section 38 of the Doctrine of Virtue (Ak. 6:462).

anlayışına en çok örnek verilen olmuş, Kant bu anlamda "insan onurunun modern konseptinin babası" olarak görülmüştür.[31]

18. Yüzyılda insan onurunun cumhuriyetçilik ile ilişkilendirilmesi sonucunda konu politik alana da yayılmıştır.[32] 1789'da İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile insan onuru her bireye atfedilmiştir.[33] Fransız Neo-Kantçılığı'nın en büyük temsilcilerinden Charles Renouvier cumhuriyetin her bireyin çıkarları ve onurunu barıştıran bir devlet şekli olduğunu belirtmiştir.[34]

19. Yüzyılda insan onuru aynı zamanda belirli sosyal reform tiplerinin savunuculuğunda kullanılmış, Alman düşünürü Schiller, *Würde des Menschen* (İnsan Onuru) adlı eserinde sosyal şartlar ile insan onuru arasındaki bağı "Ona yiyecek ve barınak verin;/Çıplaklığını örttüğünüzde, onur da kendiliğinden takip edecektir." ifadesiyle ortaya koymuştur.[35] Alman Sosyal Demokrat Partinin kurucusu Ferdinand Lassalle da "açlık ve fakirliğe düşmüş olan dar gelirli kesimin durumunun iyileştirilmesinin ve böylece herke-

---

31 BOGNETTI G., "The Concept of Human Dignity in European and U.S. Constitutionalism", in NOLTE G. (editör), **European and US Constitutionnalism**, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, ss.75,79; Karşıt düşünceler de yok değildir. 1837'de ünlü Alman filozof Arthur Schopenhauer, Kant eleştirisinde insan onurunun içeriksiz olarak kullanımını eleştirirken; 1872'de Nietzche, Kantçı anlayışın tam aksine, insanın ancak bir araç olarak kullanıldığında onura sahip olabileceğini söylemiştir. "Her insan, bilinçli veya biliçsiz, üstinsan'ın (übermensch) bir aracı olarak insan onuruna sahiptir ve bundan hemen şu çıkarımı yapabiliriz ki insan kendi özünde ne onur ne hak ne de göreve sahiptir." **Mccrudden**, 2008, s.660; ECKERT Joern, "Legal Roots of German Law", in KRETZMER David / KLEİN Eckart, **The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse**, Springer Netherlands, 2002, supra note 4, s.41; Bkz. SCHOPENHAUER Arthur, **The Basis of Morality** (trans. and intro. by A.B. Bullock) Pt II, Critique of Kant's Basis of Ethics, 2005;

32 **Mccrudden**, 2008, s.660.

33 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi (1789) Madde 6: Yasa genel iradenin ifadesidir. Bütün yurttaşlar bizzat veya temsilcileri aracılığıyla yasaların oluşturulmasına katılma hakkına sahiptir. Koruyan veya cezalandıran olarak yasa herkes için aynı olmalıdır. Bütün yurttaşlar yasalar önünde eşit olduğu için yeteneklerine uygun olarak ve özellikler ile yetenekleri konusunda ayrım görmeden, her türlü rütbe, mevkii ve göreve de eşit olarak getirilirler. (*sont également admissibles à toutes dignités*)

34 RENOUVIER Charles, **Manuel Républicain de l'homme et du citoyen (1848)**, with introduction by M. Agulhon, 1981, s.93.

35 FOSTER Charles, **Human Dignity in Bioethics and Law**, Hart Publishing, Oregon, 2011, ss.40-41.

sin insancıl bir şekilde varlığını sürdürebilirme imkanının sağlanması" nın devletin görevi olduğunu söylemiştir.[36]

20. Yüzyıla geldiğimizde insan onuru kavramı birçok felsefi ya da ansiklopedik eserde yer almaya başlayacak ve pek çok sosyal ve politik olayda önemli roller oynayacaktır. Bu olaylar açısından belki de en önemli etkisi 2. Dünya Savaşı öncesi ve sonrası Nazi ideolojisine karşı gelişen reaksiyonda gözlenecektir. İnsan onuru kavramı Nazi döneminde yaşanılan insan hakları ihlalleri sonrası, Alman Anayasacılığı'nda son derece önemli bir role kavuşmuştur.

III. ALMAN ANAYASACILIĞI VE İNSAN ONURU

Nazi devrinin sona ermesinden dört yıl sonra kabul edilen 1949 tarihli Federal Alman Anayasası, 1. maddesine 1. fıkrada "İnsanın onuru dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür." ifadesi ile başlar. Bu hükmü takiben ikinci fıkrada "Alman Milleti, bu nedenle dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder."[37] der. Son olarak 3. fıkra ise "Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar."[38] şeklinde sona ermektedir.

İnsan onuru Alman Anayasası'nın 1. maddesinde açıkça anayasallığına kavuşmuş bir kavram olarak karşımıza çıksa da bu maddenin Alman Anayasası bağlamında tam anlamı, ancak maddenin menşei ve anayasal metnin sisteminden ortaya çıkmaktadır.[39] Nitekim Alman Anayasası'nın 1. maddesi birebir Alman yakın tarihiyle de ilişkilidir. Nazi döneminde yaşanan insanlık dışı olaylar, savaş sonrası Alman Anayasası'na egemen olan hukuk anlayışını somutlaştıran bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple gü-

---

36 ECKERT Joern, "Legal Roots of German Law", in KRETZMER David / KLEİN Eckart, **The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse**, Springer Netherlands, 2002, supra note 4, s.41; **Mccrudden**, 2008, s.661.

37 Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası, (çeviren RUMPF Christian / SCHÜLLER Gökçe Uzar) https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf (Son erişim tarihi 3 Ocak 2018).

38 Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası, (çeviren RUMPF Christian / SCHÜLLER Gökçe Uzar https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf (Son erişim tarihi 3 Ocak 2018).

39 ENDERS Christoph, "The Right to have Rights: The concept of human dignity in German Basic Law.", **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, C. 2, S.1, 2010, s.2.

nümüz Alman Anayasası'na gelmeden önce Alman Anayasacılık Tarihi'ne kısaca değinmekte fayda vardır.

1. İnsan Onurunun Alman Anayasalarındaki Yeri

A. 1833 Anayasası

1830 yılında İngiltere ile birlikte Hannover'da da IV. William tahta çıkmayı başarmıştır ve "British Reform Bill"in kabul edilmesi ile Hannover'ın da artık bir anayasası vardır. Bu anayasa Hannover'da 4 yıl yürürlükte kalacak, sonrasında 1837'de IV. William'ın ölümü ile Victoria tahtın mirasçısı olacaktır. Bununla birlikte "German Salic Law[40]"ın bir kadının yönetmesine izin vermemesi sonucu aşırı tutucu (ultra Tory) olarak bilinen Ernst August iktidara geldikten sonra 1833'ten beri Hannover de kabul edilen anayasayı tanımayacağını belirtir. 1837'de Ernst August kendinden önce iktidarda olan IV. Wilhelm'in kabul ettiği özgürlükçü anayasayı yürürlükten kaldıracaktır.[41]

B. Mart Devrimi ve 1849 Anayasası

Onbir yıl sonra Mart 1848'de, Alman prenslikleri temel haklar ve hürriyetler ile bir Alman İmparatorluğu yaratma arzusuyla ayaklanmış 1848 Devrimi Almanya'da da büyük bir çoşkuyla karşılanmıştır. Bütün Alman devletleri basın özgürlüğünü ve herşeyden önce bir Alman parlementosunda halkın temsil edilmesini istemekteydiler.[42] "*Mart Devrimi (die Märzrevolution)*" olarak adlandırılan bu ayaklanma ile birlikte Kral IV. Friedrich Wilhelm devrimci hareketleri kontrol altına alabilmek için basın özgürlüğü gibi 1849 Anayasa'sında da yer alacak liberal talepleri kabul etmiştir.[43]

---

40 The Salic Law'un kökleri Frenklerin dördüncü yüzyılda Hollanda'ya yerleşmiş olan üyeleri olan Salian'lar için M.S 476-96 arasında yazılan "Lex Salica" ya uzanmaktadır. Alman hukukunda bu yasa yüzyıllar boyunca önemli bir yer işgal etmiştir. Bu yasa ile kadınların toprak sahibi olması veya toprağın mirasçısı olmaları engellenmiş aynı zamanda tahtın varisliğiyle ile ilgili olarak, kraliyet kanının erkek köklü olması öngörülmüştü. Bu yasa İngiltere gibi bu konuda bu kadar katı olmayan bazı diğer ülkelerin aksine, Almanya'da oldukça uzun bir süre kadınları iktidardan uzak tutmuştur.

41 GÜNGÖREN BULGAN Birden, "Jacob Grimm'in Almanya'nın Ulus-Devlet Oluşumundaki Katkısı", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 149-150, 2017,

42 **Ibid**.

43 **Ibid**.

Bir yıl sonra, 1849'da, demokratikleşme sürecine Frankfurt Anayasası ile devam edilecektir. Bu tarihte Frankfurt'taki Paul Klisesi'nde bütün Almanya için ilk kez demokratik bir anayasa (*Paulskirchenverfassung*) kabul edilmiş, bu anayasa ile bütün Alman vatandaşlarına, anayasal haklarının ihlali halinde İmparatorluk Mahkemesi'ne başvuru hakkı tanımıştır.[44] Ancak halk tarafından seçilen *Volkshaus* ile eyaletler tarafından gönderilen delegelerden oluşan *Staatenhause'* den meydana gelen çift meclisli bir parlemento hazırlayan[45] ve birleşmiş bir Alman İmparatorluğu yaratmaya çalışan bu anayasanın da ömrü uzun olmamıştır. Nitekim, Alman topraklarındaki prensler egemenliklerinden vazgeçmeye sıcak yaklaşmamışlar ve direnmişlerdir. Sonuç olarak, bir yıl sonra Alman Konfederasyonu'nun restore edilmesiyle bu girişim başarısızlıkla sonuçlanmış ve demokratik hareketin önde gelen savunucularından Robert Blum, Prusya otoriteleri tarafından infaz edilmiştir.[46]

---

44 MELLINGHOF Rudolf, Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikayeti, **Anayasa Dergisi**, C. 26, 2009, s.31.

45 Die Frankfurter Reichsverfassung (Die Verfassung Des Deutschen Reiches Vom 28. März 1849) § 85.

46 Alman ressam Carl Steffeck (1818-1890)'in "Robert Blum'un idamı" adlı tablosu Alman Tarihi Müzesinde (*Deutsches Historisches Museum)* sergilenmektedir; Öte yandan dönemin ideolojisine baktığımızda XVIII. yy sonları ve XIX. yy görüşünde anayasal monarşi savunuculuğu yaygındır. Bu konuyla ilgili olarak anayasal bir monarşinin en iyi hükümet biçimi olduğunu düşündüğü belirtilmekle beraber Kant'ın bu konudaki beyanları oldukça kararsızdır. Örnek olarak: "Bu devlet şekli, despotizme ne kadar sürükleyebileceği açısından, insan için en tehlikeli olandır." *"Right itself, this form of state is the most dangerous for a people, in view of how conducive it is to despotism"* (**Kant**, 1988, 6:339). Bkz. ROULIER S., **Kantian Virtue at the Intersection of Politics and Nature: The Vale of Soul-making**, University Rochester Press, 2004 s. 78; Skinner ve van Gelderen de genel olarak Kant'ın kuvvetli bir monarşi savunucusu olduğu düşüncesinin yaygın olduğunu ancak Richard Tuck ve diğerleri tarafından tanımlanan "*Hobbesianizm*"in Kant'ın düşüncesinde fazla ileri götürülmemesi gerektiğini söyler. Tuck, Kant'ın otokrasiyi tartıştığı Rechtslehre'nin 51. Paragrafına atıfta bulunarak, Kant'ın düşüncesinde tek bir yasakoyucunun mümkün ve hatta oldukça arzu edilebilir olduğunu söylerken (TUCK Richard, **The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant**, Clarendon Press, 1999, s.211), Skinner ve van Gelderen de Roulier gibi bu konuda Kant'ın düşüncesinin aslında farklı olduğunu belirterek, Roulier ile aynı paragrafa atıf yapar. Bkz. SKINNER Quentin / VAN GELDEREN Martin, **Freedom and the Construction of Europe**, Vol 2, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, s.205; Kant'ın ideal devlet biçimi olarak cumhuriyeti savunduğu da söylenir. Bkz. ÖKTEM Niyazi/TÜRKBAĞ A. Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul, 2009, s.190.

C. 1919 Weimar Anayasası

Weimar Cumhuriyeti dönemi başta Alman tarihinin en özgür dönemlerinden birisi olmakla beraber bu özgürlüğü kullanan Hitler'in şansölye seçilmesi ve ardından da nazizme geçiş yapması ile Weimar Almanyası hiçbir anayasal demokrasi ile kıyaslanamayacak diktatörlük tecrübelerine tanık olmuştur.[47]

6 Şubat 1919'da oldukça demokratik bir biçimde seçilen Alman Ulusal Kurulu, iç karışıklıklar yaşayan diğer bölgelerine kıyasla sakinliği sebebiyle Goethe'nin de kasabası olan Weimar kasabasında toplanmıştır.[48] Kurul üyelerinin görevi Kasım 1918 devriminden süregelen Fritz Ebert ve küçük bir sosyal demokrat zümrenin diktatörlük rejimini hukuki bir temel oturtmak ve yönetimi anayasanın kapsamına almak olmuş aynı zamanda güçlü bir devlet modeli yaratmak amacıyla olağanüstü yönetim usulleri gündeme alınmıştır.[49]

İnsan onuru kavramının yasal metinlerde, insanla ayrılamaz bir bütün ve insan tabiatında mevcut olduğu şeklinde kullanımı, işte bu yıllarda yani XX. yüzyılın ilk yarısında ortaya çıkmış, Avrupa ve Amerika' da çeşitli ülkeler bu konsepti anayasalarına dahil etmiştir.[50] Örnek olarak, 1917'de Meksika Anayasası[51], 1919'da Weimar Almanyası[52] ve Finlandiya[53], 1933'te Portekiz Anayasası[54], 1937'de İrlanda Anayasası[55], 1940'da Küba Anayasasına[56] girmiştir. Öte yandan 1919'da *Weimar Anayasası' nın 151. maddesinde insan onuruna yer verilmesi beyhude bir girişimden öteye gidememiş, insan onurunu yüceltmek bir kenara, bireyler hukuk öznesi olmaktan çıkarılmıştır.*

---

47 VAİZ Mehmet Ekin, Olağanüstü Hal Kavramı ve Denetimi, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Gazimağusa, 2011, s.41.

48 **Ibid**, s. 43.

49 **Ibid**, ss. 43-44; ROSSITER Clinton L., **Constitutional Dictatorship**, Princeton University Press, New Jersey, 1948, s.35.

50 **Mccrudden**, 2008, s.664.

51 Madde 3c.

52 Madde 151.

53 1. Bölüm Genel Hükümler

54 Madde 45.

55 Başlangıç.

56 Madde 32.

Weimar Anayasası güçlü devlet isteğini bir olağanüstü hale geçiş maddesi olan 48. madde ile gerçekleştirmek istemiştir. Ekonomik sıkıntılar, işsizlik, ve Alman topraklarının işgal edilmesi gibi sorunlar sebebiyle Weimar Anayasası'na 48. maddeyi yerleştirenler, cumhuriyetin sorunlu yıllarında bu maddeyi uygulamaya koymuşlardır.[57] 48. madde, Nasyonel-Sosyalizm'in doğuşundaki en büyük sorumlulardan biri olmakla suçlanmaktadır. Ernst Fraenkel, Doppelstaat (The Dual State) adlı eserinde, Weimar Anayasası'nın 48. maddesinin, norm devletinin dışında, olağanüstü hal ve istisnaları sürekli hale getirerek, nasyonal-sosyalist devletin doğuşunda önemli bir rol oynadığını ileri sürmektedir.[58]

Diğer taraftan, anayasaya uygunluk denetimi açısından, Weimar Anayasasının 13 ve 19. maddeleri gereğince eyaletlerce çıkarılan kanunlar üzerinde Yüksek Devlet Mahkemesi'nin (*Staatsgerichtshof*) yargılama yetkisi bulunmaktadır. Ancak federal kanunların anayasa uygunluğunun yargısal denetimi muntazam bir şekilde işleyememiştir.[59] Nazi devrinde ise (1933-1945) bütün diğer diktatörlüklerde olduğu gibi terör rejimi hâkim bulunduğu için, anayasa yargılamasına ihtiyaç duyulmamış Hitler'in iktidara gelmesiyle yargı denetimi yönündeki gelişmeler durmuştur. Hiç şüphesiz, yargı denetiminin Nazi doktrini ile bağdaşması mümkün değildir.[60] Kanunların anayasaya uygunluğunun mahkemelerce denetlenmesi fikri de, temel hak ve hürriyetlerin korunması ile ilgili her fikir gibi aforoz edilmiştir.[61]

"Sen hiçbir şeysin, herşey senin halkın (Du bist nichts, dein Volk ist alles)" şeklinde sloganlar ve bunlarla bağlantılı zihniyet, 1933'ten 1945'teki çöküşüne kadar geçen sürede Almanya'nın durumunu göstermektedir.[62] Bu

---

57 Tam olarak yüz otuz kez bu madde uygulamaya konulmuştur**. Vaiz**, 2011, s.44.

58 FRAENKEL Ernst, **The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship**, Oxford University Press, New York, 1940.

59 TİKVEŞ Özkan, "Anayasa Mahkemesi'nin Teşkilat ve Fonksiyonları (Mukayeseli Bir İnceleme)," **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 1, S. 2, 1967, s. 87.

60 Bir Nazi hukukçusuna göre, politikanın, hukuk devleti felsefesi ile yargı denetimine tâbi tutulması Weimar rejimini felâkete sürüklemiştir. Bkz. *HUBER Ernst R.*, *Verfassung*, Hamburg, 1937, s. 26.

61 FEYZİOĞLU Turhan, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1951, s.119.

62 JOERDEN Jan C., "The promise of human dignity and some of its juridical consequences, especially for medical criminal law", in VAN BEERS B. / CORRIAS L./ WERNER W. (editörler), **Humanity across International Law and Biolaw**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, s. 197.

dönem, amacın "ırkın korunması" olduğu bir düzende bir araç olarak görülen devlete ve mesleki durumları, malvarlıkları, yurttaşlıkları ve isimleri ellerinden alınmış, numaralandırılmış ve hukuk öznesi olmaktan çıkarılmış bireylere tanıklık etmiştir. Bir yandan ulus devletin tüm yabancı unsurlardan tamamen arındırılarak "temizlenmeye" çalışıldığı, diğer taraftan da bir dünya imparatorluğunun daha cezbedici geldiği bir fikre göre belirlenen bu dönem, *biyolojik olarak "aşağı" insanların evlenmesine engel olmaktan*[63], bağımlıları, akıl hastalarını ve bazı suçluları kısırlaştırmaya, anne adayı kadının bedensel "liyakat tetkikinden" sosyal konumuna, biyolojik olarak "yukarı" sınıfa mahsus insanların çocuk sahibi olmalarına *teşvikten*[64], başka ırklar-

---

63 Almanya'da 1934 yılında yürürlüğe giren bir kanunla Almanlar ile Yahudiler arasındaki evlilik dışı cinsel ilişki suç sayılmaktaydı. Bunu o zamanın uygulayıcıları daha da ileri götürerek cinsel ilişki aşamasına varmayan davranışları da cezalandırmışlardır. KAYA Asım, "Amaçsal yorum" **Ankara Barosu Dergisi**, C. 72, S. 4, s.373-385; GÖZLER Kemal, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 171.

64 "'Genetik Yolla Geçen Hastalıkların Önlenmesi' başlıklı yasada, akıl hastaları, geri zekalılar, sağırlar, doğuştan körler ve ailesinde kalıtsal hastalık bulunanlar Alman ırkının sağlığını bozan kişiler olarak kabul edilmiş, Alman kadınların öjenik nedenler dışında kürtaj olmaları yasaklanmıştır. Yasa kapsamında 3 yaşa kadar sakat çocuklar hakkında ötenazi kararı verilmiş, ailelerinden alınarak kliniklerde gaz veya zehirli iğne ile öldürülmüşlerdir. Hekimlerin bir kısmı iğne ve zehir ile öldürmenin ahlaki olmadığı gerekçesiyle sakat çocukları aç ve tedaviden yoksun bırakarak ölümlerini hazırlamıştır. Ailelerin ölen çocukları hakkında soru sormasını ve itiraz etmesini engellemek için çocukların bulaşıcı hastalık nedeniyle öldükleri ve salgın hastalıkların yayılmasını engellemek için yakıldıkları açıklanmış, söylentiler üzerine Alman Kilisesi ölen çocuklar konusunu gündeme getirmiş ve hastaneleri protesto etmiştir. 1933-1939 arasında 300 ile 400 bin Almanın yasa çerçevesinde zorunlu kısırlaştırmaya maruz kaldığı tahmin edilmektedir. 1939'da yasaya başka psikiyatrik hastalar da dahil edilmiş ve 1941'de psikiyatri kliniklerinde yaklaşık 70 bin hastanın ölümü gerçekleşmiştir. O yıl 3 yaşından büyük sakat çocuklar da ötenazi kapsamına alınmıştır." ÇAHA Havva, "Elemeci Kürtaj: Öjenizmin Yeni Yüzü", **İş Ahlakı Dergisi**, C. 7, S. 2, 2014, s. 55-56.

"Naziler öjenik uygulamaları ekonomik nedenlerle de gerekçelendirmiştir. 1935-36 öğretim yılında liselerde okutulan matematik dersinde, kurumlarda yaşayan geri zekalıların barınma maliyetlerini hesaplamaya yönelik sorular yer almaktadır." HUBBARD Ruth, "Eugenics: New tools, old ideas." in BARUCH E. H. / D'ADAMO A. F./ SEAGER J. (Editörler), **Embryos, ethics and women' rights**, Haworth Press, London, 1988, ss. 225-235. Bu sorularla çocuklara ve gençlere, sakatların ve akıl hastalarının yaşamalarına izin verilmeye değmeyecek kadar değersiz ve aynı zamanda topluma ekonomik yük oldukları fikri aşılanmaya çalışılmıştır.

Bkz. Temmuz 1933'te çıkarılan, "Çocukların Kalıtsal Bozukluklardan Korunması" kanunuyla

dan olanlarla cinsel ilişki yasağına kadar bir çok farklı uygulamayı kapsamıştır.[65] Özellikle ırkçı propagandalar, Yahudi düşmanlığını, Almanya'nın askeri gücünün üstünlüğünü ve Nazi ideolojisinde tanımlanan düşmanların içsel kötülüğünü yaymada önemli bir rol oynamış; Nazi filmleri, Yahudileri Aryan ırkına sızan "insanlık dışı" yaratıklar olarak tanımlamıştır.[66] Bu uygulamalara karşı çıkabilecek *her türlü muhalif veya farklı düşünce totaliter rejim tarafından yasaklanmıştır.*[67]

Bu kavramlara dayalı devlet çöktükten sonra, yeni bir sayfa açmak istenmiştir. Her ne kadar yeni anayasanın yapımında, bir dereceye kadar Weimar Anayasası'ndan gelen tecrübelere dayanmak mümkün olsa da "her zamankine" ya da bir başka değişle 1933 öncesi zamana geri dönüş yapmak yeterli kabul edilmemiştir çünkü Weimar Cumhuriyeti ve Anayasası Üçüncü Reich'ın yükselişini engelleyememiştir.[68]

D. 1949 Federal Alman Anayasası

1949 yılında bugünkü Alman Anayasası'nı hazırlayanlar, Federal Anayasa Mahkemesi'nin göreceği işlevleri tartışırken zihinlerinde geçmişin totaliter deneyimleri vardır.[69] Totaliter rejim ve kitlesel kıyımların hatırası, devletin sınırlandırılmasının gerekliliği yönünde bir bilinç oluşturmuş, Amerikan anayasacılığından da esinlenilmesiyle 1949'da Federal Almanya yargısal güvenceler sistemine kavuşmuştur.[70] Nitekim anayasanın hazırla-

---

15 Eylül 1935'te çıkarılan Nuremberg ırksal kanunları "Alman Kanı ve Onurunun Korunması Kanunu" ve "Nazi Almanyası Yurttaşlığı Kanunu"

65 AKÇİÇEK Arda, "Faşizmin Kültür Kodları ve Irkçılıkta Bir Uç Nokta: Öjeni", **Birikim Dergisi**, http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/368/fasizmin-kultur-kodlari-ve-irkcilikta-bir-uc-nokta-ojeni#.WUA1bcaz41gg (Son erişim tarihi: 2 Ocak 2018); ÖZTAN Güven Gürkan, "Türkiye'De Öjeni Düşüncesi Ve Kadın", **Toplum ve Bilim**, S. 105, 2006, ss. 265-282.

66 United States Holocaust Memorial Museum, Nazi Propoganda, https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005202 (Son erişim tarihi 2 Ocak 2017).

67 *Heinrich Heine: "Dort wo man Bücher verbrennt, verbrennt man auch am Ende Menschen" (kitapların yakıldığı bir yerde sonunda insanlar da yakılır) Aslında Heine, bu sözü 1821'de İspanya'daki durumu anlatmak amacıyla kullanmıştır fakat topluca kitapların yakıldığı Nazi Almanyası'nı anlatmak için de oldukça uygundur.*

68 **Joerden**, 2014, s. 197.

69 **Mellinghof**, 2009, s. 31.

70 DİKMEN CANİKLİOĞLU Meltem, "Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2.10, S. 1, 2008, s. 20.

nışında rol oynayan Danışma Meclisi üyeleri, Almanya'da yaşayan herkese, anayasal güvenceye sahip temel hakları konusundaki olası ihlallere karşı gerekli savunma ve hak arama imkanının verilmesi hususunda hemfikir olmuştur.[71]

1945-1950 yılları arasında insan onuru eklenmiş olan anayasalardan en göze çarpan üçünün, İkinci Dünya Savaşı vahşetin ehemmiyetli bir kısmından sorumlu olan, mağlup cephenin ülkelerine ait olması belki de şaşırtıcı sayılmamalıdır.[72] 1946'da Japonya,[73] 1948'de İtalya[74] ve 1949'da Almanya[75] anayasasına insan onuru kavramını eklemiştir. Bununla birlikte, yeni anayasalara insan onurunu dahil etme hareketi hiçbir şekilde belirli bölgelerle sınırlı kalmamış örneğin 1948'de İsrail Bağımsızlık Bildirgesi, Nazi holokostundan kurtulan yahudilerin, zorluklara, kısıtlamalara ve tehlikelere boyun eğmeden ve anavatanlarında onurlu, özgür ve alınterine dayalı bir yaşam haklarını savunmaktan asla vazgeçmeden Eretz-İsrail'e göç ettiklerini belirtmiştir.[76] "İnsan onuruna yönelik stres" savaş sonrası anayasacılığın çekirdek değeri olarak tanımlanmıştır.[77]

İnsan onuruna atıf yapan bu anayasalardan en dikkat çekici olanı şüphesiz ki 1949 Batı Almanya anayasasıdır. Onur kavramının anayasada en

---

71 **Mellinghof**, 2009, s.31; "1949 tarihli Federal Almanya Cumhuriyetinin Temel Yasası'nda geniş yargılama yetkilerini haiz Federal Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasına hükmedilmiştir. Federal Anayasa Mahkemesini kuran kanun 1951'de yürürlüğe girmiştir. Mahkemenin yetkisine çeşitli konular girmektedir. Bunlar arasında, demokratik düzeni tehdit eden siyasi partileri kapatma, kişinin Temel Yasadaki hürriyetleri kötüye kullanıp kullanmadığını, kişinin temel haklarının kamu otoritesi tarafından çiğnenip çiğnenmediğine karar verme yetkileri vardır." **DEENER David, "Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi", (çev. Tuncer Karamustafaoğlu), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 26, S. 3-4, 1969, ss.197-198; "Türkiye'de olmayan bir denetim yolu olan "Anayasa şikayeti" ile ilgili düzenleme de ilk olarak Anayasa'da değil, Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'da yer almıştır. Anayasa şikayetinin gördüğü teveccüh ve ulaştığı olağanüstü başarı, bu usulün 1969 yılında yani bundan 40 yıl önce- Anayasa'ya da alınmasını sağlamıştır." **Mellinghof**, 2009, s.31.

72 **Mccrudden**, 2008, s.664.

73 Madde 24.

74 1948 İtalyan Anayasası, Madde: 3, 27 ve 41.

75 Madde 1.

76 **Mccrudden**, 2008, s.665; The Declaration of the Establishment of the State of Israel, 1948.

77 FRIEDRICH Carl Joachim, "The Political Theory of the New Democratic Constitutions", *Rev of Politics*, C. 12, S. 2, 1950, s.217.

belirgin yere sahip olmasında Kantçı anlayışın da etkisi olmuştur.[78] Diğer taraftan, 1949 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarında insan onuruna yönelik 1. madde hükmünün tasarlanmasında insan onuru kavramının açıkça doğal hukuk üzerine kurulup kurulmamasına dair uzun bir tartışma söz konusu olmuş ancak son metin, insan onuruna ilişkin spesifik bir felsefi veya etik konsepte atıfta bulunmaktan kaçınmıştır.[79]

Dört yıl önceki kayıtsız teslimiyeti hatırlatmak amacıyla 1949 Anayasası'nın Parlamenterler Meclisi (*Parlamentarischer Rat*) tarafından kabülü için tam olarak 8 Mayıs 1949 tarihi seçilmiştir.[80] Meclisin toplantısı öğleden sonra saat üçte başlamış, gece yarısına yaklaşılmasına rağmen son oylama yapılamamıştır. Hala konuşmak isteyen üyelerin olması sebebiyle meclis başkanı Konrad Adenauer, 8 Mayıs'ta oylamayı bitirmiş olmak için herkesten konuşmasını elinden geldiğince kısa tutmasını istemiştir.[81] Gece yarısına birkaç dakika kalmasına rağmen tartışmaların hala devam ettiğini gören Adenauer'in önce oylamanın yapılmasını sonra tartışmanın devam etmesini teklif etmesiyle sonuç olarak anayasa 8 Mayıs 1949 günü konseyden

---

78 Bkz. ANDRIES Edward M., "On the German Constitution's Fifthieth Anniversary: Jacques Maritain and the 1949 Basic Law (Grundgesetz)", **Emory International Law Rev**, C. 13, s.1.

79 **Mccrudden**, 2008, s.664; WALTER Christian, "Human dignity in German constitutional law", in **The principle of respect for human dignity**, European Commission for Democracy Through Law, Montpellier, Proceedings of the UniDem Seminar, 1998, http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-STD(1998)026-e.aspx (Son erişim tarihi 3 Ocak 2018), supra note 14, s.26; Dolderer bu konuda anayasal çerçevede onur kavramının ne tanrı'nın insanı kendi suretinde yaratması anlamına gelen *imago-dei* doktrininin ne de Kant filozofisinin kabülü olarak anlaşılmasının doğru olacağını ifade etmektedir. Zira yazar Theodor Heuss'un da 1. maddedeki "insan onuru vaadini (*Menschenwürdeversprechen*)" "yorumlanamayacak bir tez (*nicht interpretierbare These*)" olarak tanımladığını ve bunun anayasadaki insan onuru kavramının spesifik bir ideolojiyi baz almadığı anlamına geldiğini belirtmektedir. DOLDERER Anja Beatrice, **Menschenwürde und Spätabbruch**, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2012, s. 43; Bkz. BECKER Ernst-Wolfgang, **Theodor Heuss – Vater der Verfassung Zwei Reden im Parlamentarischen Rat über das Grundgesetz 1948/49. Mit einem Essay von Jutta Limbach**, K. G. Saur Verlag, München, 2009, s. 104; ENDERS Christoph, "Human Dignity in Germany" in BECCHI Paolo / MATHIS Klaus. (editörler) **Handbook of Human Dignity in Europe**, Springer, 2018, ss. 5vd.

80 BENDA Ernst, "Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law)", **SMU Law Review**, C. 53, S. 2, 2000, s. 445.

81 **Ibid.**

geçmiştir.[82] 1949-1959 yılları arasında ülkeye Federal Cumhurbaşkanlığı yapacak olan Theodor Heuss, bugünle ilgili olarak "Bu tarihin sembolik anlamını nasıl kavrayacağımı bilmiyorum. Bu 8 Mayıs, özünde, tarihimizdeki en trajik ve tartışmalı paradoks. Neden? Çünkü biz, aynı zamanda itfa edilmiş ve yok edilmiştik" demiştir.[83]

1949 Alman Anayasası, daha ilk maddesine insan onuru ve haysiyetini koyarak, Alman halkının kendini insan haklarına adadığına dikkat çekmektedir[84]. Maddenin ikinci fıkrasının içerdiği "dokunulmaz, devredilmez" insan hakları, 10. 12. 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından imzalanmış olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne dayanmaktadır.[85] "Alman Milleti, bu nedenle dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder" cümlesi ile Federal Alman Anayasası'nın yaratıcıları Gören'in deyimiyle Almanların, tekrar dünya milletleri ailesine dahil edilebilme konusundaki isteğini, manevi açıdan haklı çıkarmaya çalışmışlardır.[86] Aynı zamanda anayasayı hazırlayan siyasi kurum olan Parlamenterler Meclisi, 1. maddenin temel haklara ilişkin bölüm için bir başlangıç (präambel) olarak hizmet etmesini ve bu hakların ruhları ve amaçlarını netleştirmesini hedeflemiş ve bu doğrultuda 1. maddenin 3'üncü fıkrasının belirttiği "Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar" ifadesiyle, 1. madde yani insan onuru kavramı, temel hak ve hürriyetlere açılan bir kapı mahiyetinde kullanılmıştır.[87]

---

82 **Ibid.**

83 **Ibid.**

84 8 Mayıs'ta meclisten geçerek 23 Mayıs 1949 tarihinde yürürlüğe giren 1949 Alman Anayasası'nın birinci maddesinde insan onuru şu şekilde yer almıştır:

Madde 1. İnsanın onur ve haysiyetinin korunması

(1) İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.

(2) Alman Milleti, bu nedenle dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder.

(3) Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.

85 BENDA Ernst, **Die Menschenwürde**, in, Handbuch des Verfassungsrechts Berlin, Newyork, 1983 s. 107.

86 GÖREN Zafer, "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması", **Anayasa Yargısı**, Cilt 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1992, s. 166.

87 **Enders**, 2010, s. 2.

Alman Anayasası' nın 1. maddesi, yeni kurulan devlet tarafından, vatandaşlarına ve ayrıca içinde yaşayan tüm insanlara bir vaat olarak da yorumlanmakta[88] ve insan onuruna yapılan bağlılık vaadi, Alman Anayasası'nın temel haklarının bulunduğu bölüme, bir başka deyimle ilk olarak devlete hitap ederek onu sınırlayan bireyin haklarına açılmaktadır.[89]

Böylece 1949 Alman Anayasası, temellerini insan onurunun arşitektonik değeri üstüne inşa etmiştir, yani, en azından, her kişi özünde bir amaç olarak kendiliğinden değerlidir ve hükümet ile diğer vatandaşlar buna uygun saygıyı göstermelidir.[90] Kant'ın insan onuru maksiminin *("Gerek kendi kişiliğinde gerekse bir başkasının kişiliğinde insanı hiçbir zaman yalnızca bir araç olarak görme, daima onun özünde kendinde bir amaç olduğunu aklında tut.")*[91] bu anayasadaki etkisi açıktır. Anayasanın insan onuru kavramı üzerine inşa edilmesi ve bu kavrama verilen değer, Amerikalıların "Özgürlük Anayasası"na karşı, Almanya'da "İnsan Onuru Anayasası"nın öne çıkmasına sebep olmuştur.[92]

Da. İnsan Onurunun Sübjektif Kamu Hakkı Niteliği

Sübjektif kamu hakkı, kişilere devletten belli bir edimin yapılmasını veya yapılmamasını isteme yetkisi veren ve gerektiğinde, kişilerin bu haklarını mahkeme aracılığıyla talep edebildiği bir hak çeşididir. Bir hukuk kuralının kişiye sübjektif bir kamu hakkı verip vermediğini belirlemede kriter, o kural ile güdülen amaçtır. Eğer o kural öncelikle kişinin menfaati için konulmuşsa sübjektif bir kamu hakkı olarak kabul edilirken, kamunun yararını amaçlıyorsa bireye bir isteme hakkı vermemektedir.[93]

---

88 **Joerden**, 2014, s. 197vd; Bkz. genel olarak HOFMANN Hasso, "Die versprochene Menschenwürde" **Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)**, C. 118, 1956, ss. 353vd.; **Dolderer**, s. 43.

89 **Joerden**, 2014, s. 197vd.

90 **Eberle**, 2008, s.3.

91 KANT Immanuel, **Foundatıons Of The Metaphysıcs Of Morals Wıth Crıtıcal Essays**, Foundations of the Metaphysícs of Morals, (çeviren Lewis White Beck), New York, Macmillan, 1959, 47.

92 EBERLE Edward J., **Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States (Issues in Comparative Public Law)**, 2002, s. 7.

93 GÜMÜŞ Ali Tarık, Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı, Eğitim Akademi Yayınları, Ekim 2010, s. 38. GÖREN Zafer, **Anayasa ve Sorumluluk-II**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1999. s.8-9; GÖREN Zafer, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Barış Yayınları, İzmir, 1997, s.407-408; ŞİMŞEK Oğuz, **Anayasa Hu-**

İnsan onurunu koruyan 1. maddenin sübjektif bir kamu hakkını mı içerdiği, yoksa sadece değerler hiyerarşisinde yüksek basamakta yer alan bir anayasal değeri mi anlatmak istediği sorusu tartışma konusu olmuştur.[94]

Enders, birçok yazarın karşı görüşte olduğunu ifade etmekle beraber, asli kurucu iktidarın orijinal anlayışına göre; insan onurunun, hukuki ehliyete sahip olmak anlamına gelen insanın *primordial* hakkının açıklayıcısı olması ve insanın hukuki ehliyetinin bu şekilde belirlenmesinin kendi başına bir yasal norm ifade etmemesi, yalnızca yasal normlar *hakkında* bir ifade olması nedeniyle ("*determination of the legal capacity of humans does not itself express a legal norm but rather a statement about legal norms*")[95] insan onurunun, bu şekilde kişiye başka bir kişinin bir eylemde bulunmasını veya bir eylemden kaçınmasını talep etmesi için doğrudan somut bir hak vermediğini, doğrudan uygulanabilir bir hüküm anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Bu düşünceye göre, insan onuru insan haklarının inşa edildiği binanın zeminindeki kaya gibidir.[96] Yani insan onuru, bir hak olarak değil hakların nihayi kaynağı olarak nitelendirilmektedir.[97] Enders, bu konuda böyle bir temel hakka gerek olmadığını, çünkü insan onurunun madde 1'i takip eden "aşağıda gelen" temel haklarla korunduğunu söylemektedir.[98] Ona göre yalnızca insan onuruna yönelik bir taahhütten yani Alman Anayasası'nın 1. maddesinden üstün ve mutlak bir "süper temel hak" kendiliğinden türetilemez çünkü bireylerin insan onuruna sahip oluşları *a priori*'dir ve yasal düzenlemeye tabi kılınamaz.[99] Bu düşünceye göre 1. maddede insan onuruna

---

kukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, (Basılmamış Doktora Tezi), İzmir, 1999, s. 89.

94 **Gören**, 1992, s.170.

95 **Enders**, 2018, s. 8.

96 BEYLEVELD Deryck / BRONSWORD Roger, **Human Dignity in Bioethics and Biolaw**, Oxford University Press, Oxford, 2001, s.1; **Gürbüz**, 2014, s.20; Bkz. **Enders**, 2018, s. 7vd; BVerfGE 93, 266 (293); BVerfGE 107, 275 (284).

97 **Gürbüz**, 2014, s. 20.

98 **Enders**, 2010, s.3.

99 **Ibid**, s. 3. İnsan onurunun *a priori* niteliği şüphesiz ki sadece alman doktrininde varolmuş bir tartışma değildir. Örneğin Yeni Zelandalı Waldron, insan onurunun her insana tahsis veya atfedilen yüksek yasal rütbe veya statüden kaynaklandığını iddia ederken Kanada'lı Weinrib buna karşı çıkmakta; insan onurunun kamu otoritesi üzerine yüklediği görevin Alman doktrininde tahsis edilmiş veya atfedilmiş değil ikrar edilmiş olduğunun anlaşıldığını ileri sürmektedir. Eski Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Başkanı Arthur Chalkalson da Weinrib'le paralel olarak insan onurunun insanın tabiatında var olduğunu ve devlet tarafından insana

yapılan atıf, anayasal devletin *ratio essendi* (oluş sebebi, *raison d'être*)'sini hatırlatan ve insanın *hakka sahip olma hakkını* postulat olarak kabul eden bir anayasal ilke olarak anlaşılmalıdır. Çünkü birey devletin organizasyonundan bağımsız olarak hak ve ödevlerin öznesidir. Nitekim eğer kişi önceden bir varsayıma tabi kalmadan sahip olduğu belirli hakları haiz olmasaydı, yalnızca başkalarının keyfi hareketlerinin bir nesnesi olurdu.[100] Bu açıdan her ne kadar anayasa hukuku ve insan onuru ilişkisi açısından 2. Dünya savaşı sonrası dönem son derece belirleyici bir rol oynamış olsa da insan onuru, Nazi döneminin vahşeti sonrasında meydana gelmiş bir norm değil; Nazi döneminde Nazi rejimini de bağlayan ve rejim tarafından ihlal edilmiş bir normdur.[101]

Ancak Enders, özellikle Günter Dürig'i takiben doktrinin ve mahkemelerin 1. maddeye bakışının hızlıca asli kurucu iktidarınkinden uzaklaştığını, insanlık onuruyla ilgili hükmün yol gösterici bir ilkeden daha fazlası olduğunun ortaya çıktığını belirtmektedir.[102] Bu noktada Benda, eğer sadece istek düzeyinde kalan fakat uygulanması mümkün olmayan yüce bir idealin beyanı söz konusu olsaydı, şüphesiz ki tartışmaya çok da gerek kalmayacağını; ancak Alman Anayasası'nın insan onurunu koruyan 1. maddesinin durumunun hiçbir zaman böyle olmadığını belirtmektedir.[103] Nitekim Parlementerler Meclisi, daha anayasanın hazırlanma aşamasında, 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne atıfta bulunarak, bir uluslararası andlaşma hükmü ile

---

bahşedilen ayrıcalıklar olmadıklarını belirtmiş, meslektaşı Ackermann da onunla aynı görüş paylaşarak "Bütün insanlar varoluşuyla beraber her türlü anayasal korumadan bağımsız ve evvel bir şekilde insan onuruna sahiptir" demiştir. WALDRON Jeremy, **Dignity, rank, and rights**, Oxford University Press on Demand, 2012, s. 47; WEINRIB Jacob, **Dimensions of Dignity: The Theory and Practice of Modern Constitutional Law** (Cambridge Studies in Constitutional Law), Cambridge University Press, 2016, s. 27vd; CHASKALSON Arthur, "Human Dignity as a Foundational Value of Our Constitutional Order", **South African Journal on Human Rights**, C. 16, S. 2, 2000, s. 196; ACKERMANN Lourens Wepener Hugo, "The Legal Nature of the South African Constitutional Revolution", **New Zealand Law Review**, 2004, s.647.

100 DÜRIG Günter, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus GG Art 1 Abs 1 i Vm Art 19 Abs 2", **Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)**, C. 81, 1956, s. 119; **Enders**, 2010, s.3

101 **Weinrib**, 2016, s.28.

102 **Enders**, 2018, s. 14.

103 **Benda**, 2000, s.444.

anayasa hükmünün arasındaki farkı gözetmiştir.[104] Günümüzde ne kadar asil olursa olsun, insan onurunu genel bir prensip olarak niteleyen ve bağlayıcı olmayan beyanlarda bulunan birçok uluslararası belgeden farklı olarak Alman Anayasasının 1. maddesi insanlığın soyut bir fikriyle ilgilenmemektedir.[105] *Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarında insan onuru sadece bir ideal beyanı değil aynı zamanda savunma fonksiyonu anlamında da olsa doğrudan doğruya geçerli bir sübjektif kamu hakkı olarak ortaya çıkmaktadır.*[106] Yani bireye bir şeyin yapılması ya da yapılmaması konusunda gereğinde mahkeme kanalıyla gerçekleştirilebilecek bir istek hakkı vermektedir.[107] İnsan onurunu "insanın bizzat kendisinden sorumlu olması, tinselahlâkî bir varlık olup kendini gerçekleştirme özgürlüğüne sahip olması"[108] ifadeleriyle tanımlayan Alman Anayasa Mahkemesi de insan onurunu hem anayasanın en üstün prensibi[109] hem de temel bir hak[110] olarak karakterize etmektedir. Ancak Enders'e göre Alman Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili kararlarına daha yakından bakıldığında bu anlayışın *obiter* olarak kaldığı, insan onurunun sonucu belirleyici olmadığı vakalarda sadece tali bir görüş olarak kullanıldığı görülmektedir.[111]

Db. Ebedilik Hükmü *(Ewigkeitsklausel)*: 79. Madde

Federal Almanya Anayasası'nın "Anayasa'nın değiştirilmesi" başlıklı 79. maddesinin 3. fıkrasında; "Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya esasen kalmaları ilkesine veya 1 ve 20'nci maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir anayasa değişikliği yasaktır" ifadesi yer almaktadır. Yukarda da belirtildiği gibi insan onurunun korunması ilkesi sadece ahlâki bir deklarasyon içermemekte burada objektif hukukun eylemsel bir normu

---

104 **Ibid.**

105 **Ibid**; Bkz. Nagehan Gürbüz, **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, ss. 19vd.

106 GÖREN Zafer, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl :6 S. 12, Güz 2007/2, 2007, s.30; Koruma ve savunma fonksiyonu olarak, BVerfGE 19.12.1951 t.li; BVerfGE 1 97 (104); BVerfGE 17.8.1956 t.'li; BVerfGE 5, 85 (204 vd.).

107 **Gören**, 1992, s.170.

108 TOPAKKAYA Arslan, "H. Jonas'ta İnsan ve Doğanın Değeri", **FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi)**, S. 15, 2013, s. 45.

109 BVerfGE 6, 32, 36 ve BVerfGE 115, 118, 152).

110 BVerfGE 109, 133, 181.

111 **Enders**, 2010, s. 3.

söz konusu olmaktadır.[112] Federal Alman Anayasası madde 1'de iktidar için konulmuş yükümlülüğün etkisi madde 79 fıkra 3 ile güçlendirilmiştir.[113] Bu hükme göre anayasanın 1. maddesinde vücut bulan ilkelere dokunan bir anayasa değişikliği yasaklanmıştır. *Ewigkeitsklausel (ebedilik hükmü) olarak da adlandırılan Federal Alman Anayasası madde 79(3), aynı zamanda insan onurunun yeni kurulmuş devlet için zorunlu olduğu konusundaki vaadin bir doğrulamasıdır.*[114]

Diğer taraftan insan onuruna yönelik vaadedilen garantiye dokunacak her türlü düzenlemeye karşı bir koruma sağlayan bu hüküm doğal olarak eleştirilebilir ve önce 79(3) hükmünün değiştirilip sonra insan onuruyla ilgili 1. maddenin değiştirilip değiştirilemeyeceği sorusu sorulabilir. Bu soru ancak 79. maddenin ruhu ve amacı dikkate alınarak cevaplandırılabilir.[115] Eski Güney Afrika Anayasa Mahkemesi üyesi Ackermann'ın *Plessis v De Klerk*[116] kararında Alman Anayasası açısından insan onurunu tartışırken de belirttiği gibi 1. maddenin bu madde ile korunması totaliterizm, insanlık onurunun hiçe sayılması ve özgürlük ve eşitliğin reddine karşı sert bir cevap niteliğindedir. *Mevcut bağlamda, Federal Alman Anayasası 79(3) hükmünün anayasal gücünün insan onuruna yönelik verdiği söz açısından ne kadar ciddi olduğunun ve bu sözün sonradan geri alınmasının (en azından mevcut anayasa bağlamında) mümkün olmadığının farkına varılması gerekir.*[117]

2. İnsan Onuru Kavramının Mahkemelerce Kullanımı

Etik bir değer olan insan onuruna 1. maddesinde yer vererek Alman Anayasası şüphesiz ki onu pozitif bir norma dönüşmüştür. Bizzat anayasa ile kendisine yüklenmiş bir edim olarak devletin, insan onurunu savunmak ve olanakları ölçüsünde her yerde onun korunmasını üstlenmek görevi vardır.[118] 1. maddede devlet erkinin insan onuruna saygı göstermek ve onu korumakla yükümlü olduğu belirtilerek hem devletin her türlü işlevine salt bir sınır konulmuş hem de devlet bu değeri korumak, yani onurları tehlikeye düşen

---

112 **Gören**, 2007, s.27.

113 **Gören**, 1992, s.169;

114 **Joerden**, 2014, s. 197.

115 **Ibid**, s, 200.

116 *Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (CC)

117 **Joerden**, 2014, s. 200.

118 **Gören**, 2007, s.27.

insanların yardımına koşmak zorunda olduğundan devletin aynı zamanda yükümlülükleri de genişlemiştir.[119] Bir devletin insan onuruna saygı göstermesi, anayasacılığın gerçek olup olmadığını ölçmenin temel bir aracıdır.[120]

İnsan onuru kavramının mahkemelerce kullanımı Beyleveld ve Enders'in de yaptığı gibi[121] iki temel başlık altında toplanabilir:

A. Bireyi yetkilendirme

İnsan onuruna saygı ve onu korumaya yönelik taahhüt özellikle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi durumunda otoriteleri kısıtlar ve devlet erkinin bu hakları ihlal eden düzenlemelerine karşı aşılmaz bir bariyer görevi görür. Bu kriter aşılırsa birey sahip olduğu hukuki kişilik statüsüne karşın önemsiz bir eşya gibi muamele görmüş insanın ikamesi mümkün bir unsura dönüştürülmüş olur.[122] İnsan onuruna yönelik saldırının anayasal korumadan yaralanabilmesi için insan onuru kavramının inkar edilemeyecek belirsizliğinin giderilmesi, içinin doldurulması ve kavrama en geniş biçimde açıklık ve genellik sağlanması gerekir.[123]

Hukuk bilimi, insan onuruna müdahalenin tespit edileceği ölçütler ortaya koymuştur. Alman Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında kullandığı, Dürig'in "obje formülü" bu açıdan önemlidir. Obje formülü Günter Dürig'in 1949 Alman Anayasası'nın 1. maddesinde görülen insan onuru prensibine yaptığı yorumlarla başlamış, Dürig insan onurunu negatif bir biçimde tanımlayarak insan onurunu hukuki bir zemine oturtmaya çalışmıştır.[124] Bu formül esasen insan sadece bir araç olamayacağını, aksine her an bizzat bir amaç olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirten Kant'ın etik teorisini temel alarak, insanın bir obje, bir araç, bir temsil edilebilir büyüklük haline getirilerek aşağılanmasının onurun ihlali anlamına geldiğini ortaya koymuştur.[125] Dürig'e göre, insan onurunun garantisi, insanın kendinin bilincinde

---

119 **Ibid.**

120 ERDOĞAN Mustafa, **Anayasa Hukuku**, 5. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2009, s.44.

121 **Beyleveld / Bronsword**, 2001, s.1; **Enders**, 2018, s. 8vd; **Gürbüz**, 2014, s. 11.

122 **Enders**, s. 5.

123 **Yerdelen,** 2014, s.660; HENNIG Rossenau**, Yeniden Canlı Üretimi, Tedavi Edici Klonlama Tartışmaları ve Alman Kök Hücre Kanunu**, (Çev. Hakan Hakeri), Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 65.

124 **Gürbüz**, 2014, s. 13.

125 **Dürig**, 1956, s.127.

olmasına ve kendi yaşamını şekillendirmesine imkan veren aklı sayesinde, insanın kişiliksiz doğadan ayrılması fikrinden kaynaklanır.[126] Türk Anayasa Mahkemesi de oldukça benzer bir şekilde bir kararında[127] "İnsanı eşya haline getiren ve kişiliği dolayısıyla sahip olduğu değerin inkârı anlamına gelen her türlü işlem, insan onuruna aykırıdır." ifadesine yer vermiştir.

Dürig'in geliştirdiği bu geleneksel anlayış dört özelliğe ayrılabilir:[128]

1) İnsan onuru etik bir değerin Anayasa Hukuku tarafından resepsiyonunu kapsar ve temeli doğal hukuk üzerine atılmıştır.

2) Obje formülü insan onurunu "objektif hukukun en yüksek anayasal prensibi"[129], hatta "haklara sahip olma hakkı"[130] olarak tanımlar.

3) Dolayısıyla, temel haklar sınırlamaya ve ölçülülük açısından incelemeye tabi tutulabilirse de insan onuru açısından bu söz konusu olamaz.[131]

4) Ayrıca insan onuru, nesnel bir hukuk normunu ihlal eden insan eylemleri açısından değerlendirilir ve insan onuru kavramına somut bir kişiye bir obje olarak yani basitçe ikamesi mümkün bir değer olarak saygısızlık edildiğinde başvurulur.[132]

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin birçok önemli kararında, insan onuru, hükümetin bireylerin temel haklarını ihlal eden müdahalelerine bir bariyer rolü görmüştür.[133] Mahkeme, ceza hukuku, ifade özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve sosyal ve ekonomik haklar gibi çeşitli konseptlere ilişkin birçok kanunu ve anayasa değişikliğini insan onuru açısından değerlendir-

---

126 **Dürig**, 1956, s.125.

127 E: 66/132, K: 66/29, Karar Tarihi: 28.06.1966, **AMKD**, S.4, s. 157.

128 FÉTERIA Lúcio Tomé/*et al*., **New technologies and human rights: challenges to regulation**, Ashgate Publishing Ltd., 2013, s.180.

129 Bkz. DÜRIG Günter, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde", 1958, in BRUDERMÜLLER Gerd / SEELMANN Kurt, **Menschenwürde**, Königshausen und Neumann Verlag, Würzburg, 2008, s.175.

130 **Féteria/*et al*.**, 2013, s.180.

131 BÖCKENFÖRE Ernst-Wolfgang, Die Würde des Menschen war unantastbar. Zur Neukommentierung der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes, in **Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte**, 2006, s.380.

132 Bkz. **Dürig**, 2008, s.175.

133 **Enders**, 2010, s. 5.

miştir. Aşağıda Alman Anayasa Mahkemesi'nin insan onurunun bireyleri yetkilendirme rolüne ilişkin verdiği bazı karardan bahsedilecektir.[134]

Kanunların anayasal denetimi açısından önemli bir husus ömür boyu hapis cezasının (*Lebenslange Freiheitsstrafe*) insan onuru ile bağdaşıp bağdaşmadığı sorusu olmuştur. Alman Ceza Kanunu'na 1975 yılında eklenmiş ömür boyu hapis cezasına ilişkin hükmün önüne gelmesi üzerine Alman Anayasa Mahkemesi'nin ilgili hükmün süresi sebebiyle insan onurunu ihlal edip etmediğine ve Alman Anayasası'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesindeki bireyin özgürlüğüne ilişkin bir ihlal oluşturup oluşturmadığına karar vermesi gerekmiştir. Mahkeme, obje formülünden yararlanarak anayasal olarak korunmuş haklarının, sosyal değerinin ve saygınlığının zararına olacak şekilde zanlının, devletin suç önleme politikasının bir objesine çevirilemeyeceğini belirtmiş; ancak bu vakalarda çoğu zaman suçlunun 15 ila 25 yıl arasında bir süre cezasını çektikten sonra topluma yeniden entegre edilme şansının bulunması sebebiyle ömür boyu hapis cezasını insan onurunun ihlali olarak değerlendirmemiştir.[135]

Ömür boyu hapis cezasının insan onuru bağlamında incelendiği bir diğer Alman Anayasa Mahkemesi kararı ise Türk Hukuku'ndaki ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına ilişkindir. Mahkeme 2010 yılında verdiği kararda, Alman mahkemelerinin anayasa uyarınca suçluların iadesi prosedürünün uluslararası kamu hukukunun asgari standartlarına ve Alman kamu düzeninin vazgeçilmez ilkeleriyle uyumlu olup olmadığını incelemekle yükümlü olduğunu ifade etmiş, anayasanın 1. maddesi uyarınca acımasız, insanlık dışı veya aşağılayıcı bir ceza ile karşı karşıya kalınması durumunda Federal Almanya Cumhuriyeti'nin yetkili kurumlarının zulüm gören kişilerin iadesine katılamayacaklarını belirtmiştir. Türk Hukuku'nda ağırlaştırılmış müebbet hapisle cezalandırılan mahkumun affedilebilmesi yalnızca kalıcı hastalık, engellilik veya yaşlılık gibi durumlarda mümkündür. Mahkemeye göre affedilebilme konusundaki kısıtlı koşullar, mahkumu bir gün özgürce bağımsız bir yaşam sürdürebileceği umudundan mahrum bırakmaktadır. Oysa insan

---

134 Alman Anayasa Mahkemesi içtihatları için ayrıca bkz. KOMMERS Donald P. / MILLER Russell A., **The Constitutional Jurisprudence of Federal Republic of Germany**, Third Edition, Duke University Press, 2012.

135 BVerfGE 45, 187; Bkz. BOTHA Henk, "Human dignity in comparative perspective.", **Stellenbosch Law Review**, 171, 2009, s.185; DREIER Horst, **Grundgesetz Kommentar Bd I**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, s.185.

onuru açısından bu umut, ömür boyu hapis cezasını "çekilebilir (*erträglich*)" kılan şeydir. Somut olaydaki affedilebilme koşulları ise mahkumun bir gün özgürce yaşayabilmeyi değil; en iyi ihtimalle özgür bir şekilde ölmeyi umut etmesine izin vermektedir. Bu sebeple mahkeme, cezaevindeki kişinin özgürlüğünü yeniden kazanma umudundan tamamen vazgeçmek zorunda olmasının insan onuruyla bağdaşmayacağını ifade etmiştir.[136]

İnsan onurunun bireyleri yetkilendirme rolüne ilişkin verilebilecek bir diğer örnek silahlı kuvvetlerin teröristler tarafından ele geçirilmiş hava taşıtlarını düşürmesine izin veren mevzuatın anayasal denetimine ilişkindir. Alman Anayasa Mahkemesi terörizmle savaş uğruna masum yolcular ve hava taşıtı mürettebatının hayatlarının feda edilebilmesine izin veren mevzuatın anayasal olmadığını belirten kararında ilgili düzenlemenin anayasanın 1. maddesinde vücut bulan insan onuru garantisini çiğniyor olmasına dayanmıştır. Mahkemeye göre başkalarını kurtarmak için devletin masum insanları öldürmeyi bir araç olarak kullanması onları "devletin başkalarını kurtarma operasyonunun bir objesi haline getirmektedir (*behandelt sie als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer*)".[137]

İnsan onuru ve özel hayatın gizliliği ilişkisi açısından ilgi çekici bir karar *Mikrozensus* kararıdır. Nüfus ve çalışma hayatına ilişkin bir istatistik çalışması öngören kanun Alman Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Kanunda 1956 ve 1962 yılları arasında, yılda bir kez nüfusun yüzde 1'ine ve yılda üç kez nüfusun yüzde 0,1'ine yapılacak anket aracılığıyla aile bireylerinin cinsiyet, yaş, medeni durum, çocuk sayısı, ikamet ve ikametgah değişiklikleri, fiziksel engellilik ve sebepleri, kullanımlarındaki tarım alanları, meslek, iş yeri, iş gücü, çalışma süresi, sigorta teminatı, gelir durumu ve tatil ve rekreasyon gezileri gibi birçok konuda veri toplanması planlanmıştır. Yetkililer tarafından yöneltilecek sorulara kasten cevap vermeyerek bu yükümlülüğü yerine getirmeyenler için on bine Mark'a kadar idari para cezası yaptırımı gönörülmüştür. Anayasa'nın 1. maddesi uyarınca kanun hükmünü denetleyen Alman Anayasa Mahkemesi öncelikle obje formülüne atıfta bulunarak bireyin devletin objesi haline getirilmesinin 1. maddenin ihlali anlamına geleceğini ifade ettikten sonra, devletin, bir istatistiki araştırmanın anonimliği

---

136 BVerfG, 16.01.2010 - 2 BvR 2299/09.

137 BVerfGE 115, 118. ("behandelt sie als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer.")

içinde bile olsa, bireyin zorunlu olarak tüm kişiliğiyle kaydedilip kataloglandırılarak her istendiğinde ulaşılabilir bir nesneye dönüştürülmesinin insan onuruyla uzlaşmayacağını belirtmiştir. Ancak mahkemeye göre bireyin kişiliği ve hayatı ile ilgili her istatistiksel araştırma, insan onuruna aykırı değildir ve bireyin iç dünyasındaki self determinasyon hakkına dokunmamaktadır. Topluma bağlı bir vatandaş olarak herkes, bir nüfus sayımında olduğu gibi, devlet eyleminin planlanmasının ön şartı olarak istatistiksel anketlere ihtiyaç duyulabileceğinin farkında olmalıdır. Bu doğrultuda mahkeme, istatistiksel araştırmanın yalnızca dış dünyadaki insan davranışına yönelik olduğu, somut olayda anketin her ne kadar özel hayata ilişkin olsa da katılımcıları mahremiyetlerini ifşa etmeye zorlamadığı, dış dünyadan erişilemeyecek "gizli karakterdeki (*Geheimnischarakter*)" bilgilere ilişkin olmadığı ve bilgilerin anonim bir şekilde temsili olarak kullanılmasının teminatı için gerekli düzenlemelerin yapıldığını belirterek kanundaki hükmün insan onuruna aykırı olmadığına karar vermiştir. Zira mahkemeye göre her ne kadar daha zor olsa bile devlet, bireylerin tatil ve rekreasyon güzergahları, yolculuklarının süresi, konaklama tipleri ve kullandıkları ulaşım araçlarına yönelik her türlü bilgiye söz konusu anket olmasa bile ulaşabilirdi.[138]

İnsan onuru, Alman Anayasası'nın 79. madde ile korunan esaslarından olan sosyal devlet ilkesiyle beraber bireye asgari bir geçinme geliri (*Existenzminimum*) sağlanması konusunda da rol oynamaktadır. Kuzey Ren-Vestfalya Yüksek Sosyal Mahkemesi, Alman Anayasa Mahkemesi'nden, Mülteciler İçin Sosyal Yardım Yasası'nın (*Asylbewerberleistungsgesetz*) 3. bölümünün 2. paragrafı uyarınca sığınmacılara sağlanan nakdi yardımların, asgari bir yaşam standardına ilişkin anayasal ilkelere uyup uymadığına karar vermesini istemiştir. Anayasa Mahkemesi 2012 yılında, ilgili hükümlerin, Anayasa'nın 20. maddesi ile bağlantılı olarak, 1. madde ile güvence altına alınan asgari yaşam standardına ilişkin temel hakka uygun olmadığına karar vermiştir. Bu hakkın hem bireyin fiziksel varlığını hem de asgari sosyal, kültürel ve politik hayata katılma imkanını kapsadığının altını çizen Mahkeme, mültecilere verilen bir yetişkin için ayda 225 Avro ve 6 yaşına kadar bir çocuk için ayda 20 Avro gibi bir miktarların onurlu bir varoluşu garanti etmek için yetersiz olduğuna karar vermiştir. Zira Almanya'da geçim maliyeti o dönemde en az %30 artmasına rağmen, yasaya göre nakdi yardımların

138 BVerfGE 27, 1.

miktarı 1993'ten beri artmamıştır. Mahkemeye göre sosyal yardımların miktarının gerçekçi bir şekilde tespit edilmesi ve bu miktarın mevcut yaşam koşullarına göre devamlı güncellenmesi gerekir. İlgili hüküm anayasaya aykırı bulunmuştur.[139] Mahkeme başka bir kararında da vergi mükellefine gelirinin en azından onurlu bir varoluş (*ein menschenwürdiges Dasein*) için gereken asgari koşulları yaratacak kadarının bırakması gerektiğine karar vermiştir.[140]

Bir diğer örnek, insan onurunun ihlaline ilişkin Federal Almanya Cumhuriyeti'nin en önemli iki mahkemesi arasında kontrastın ortaya çıktığı Benetton Kararları'dır (*Benetton-Entscheidungen* / *Benetton I* / *Benetton II*). Kararlar bir giyim firmasının reklamına ilişkindir. Reklamda bir insanın kaba eti çıplak ve "H.I.V POSITIVE" ifadesi ile damgalanmış biçimdedir.[141] Reklamın AIDS hastalarının insan onurunu zedeleyip zedelemediği konusunda Alman Anayasa Mahkemesi ile Alman Federal Yüksek Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) arasında fikir ayrılığı doğmuştur. Yüksek mahkemeye göre reklam, HIV mağdurlarının ızdıraplarını ve toplum tarafından damgalanmalarını ekonomik avantaj için kullanarak AIDS hastalarını ve onların kaderlerini, reklam yoluyla kar elde etmek için kullanılabilecek nesneler olarak göstermiş, hastaların insan onuru ihlal edilmiştir.[142] Bu görüşten yana olmayan Anayasa Mahkemesi ise Alman Anayasası'nın 5. maddesi uyarınca firmanın ifade özgürlüğünü haiz olduğunu belirtmiş, normalde insan onurunun ifade özgürlüğüne mutlak bir sınır getireceğini kabul ettikten sonra somut olayda reklamın dikkat çekici yönünün kendi başına insan onurunu ihlal etmediğine karar vermiştir. Mahkemeye göre reklamın kendisi yalnızca ilgili kişilerin acılarına dikkat çekmiş ve kendi yorumunu yapma hususunu bireylere bırakmıştır. Reklamverenin aynı zamanda reklamın yarattığı tepkiden de faydalanmak istediği gerçeği, insanlık onurunu ihlal ettiği yönündeki suçlamayı haklı çıkarmamaktadır.[143]

---

139 BVerfGE 18.7.2012, 1 BvL 10/10.

140 BVerfGE 82, 60 <85>; Ayrıca Bkz. Urteil des Ersten Senats vom 09. Februar 2010 - 1 BvL 1/09 - Rn. (1-220); BVerfGE, Beschluss des Ersten Senats vom 23. Juli 2014 - 1 BvL 10/12 - Rn. (1-149).

141 Reklamın görseli için bkz. Der Spiegel, Spiegel Online, Benetton "Schockwerbung" war zulässig 12.12.2000 https://www.spiegel.de/panorama/benetton-schockwerbung-war-zulaessig-a-107381.html (Son erişim tarihi 3 Ocak 2018).

142 Urteil des Bundesgerichtshofs vom 6. Dezember 2001 - I ZR 284/00.

143 1 BvR 1762/95&1 BvR 1787/95 (*Benetton I*) 1 BvR 426/02 (*Benetton II*).

Anayasa değişikliklerinin denetimi açısındansa insan onurunun bireyleri yetkilendirme yönüne ilişkin önemli bir örnek 1970 tarihli Dinleme Kararı'dır (*Abhörurteil*). Anayasanın 10. maddesine eklenen uzun cümle ile devletin varlık ve güvenliğini sağlamak, casusluk ve belgelerin çalınması gibi sorunlarla başa çıkabilmek amacıyla belli koşullarda; şüpheli kişileri bilgilendirmek zorunda kalmadan mektup, posta ve kargoların açılmasına, telexlerin okunmasına ve telekomünikasyonun dinlenmesine izin verilmiştir. Aynı zamanda dinleme prosedürünün denetimini meclis tarafından atanan idari organlara bırakmıştır. Alman Anayasa Mahkemesi değişikliğin anayasaya uygunluğunu 1 ve 79. maddeler altında insan onuru bağlamında tartışmıştır. Somut olayda bildirimin bulunmamasının insan onuruna saygısızlığın ifadesi olmadığını fakat devlet ve özgür ve demokratik düzenin korunması için bireylere getirilmiş bir yük olduğunu belirten mahkeme, prosedürün hukuka ve anayasaya aykırı olarak suistimal edilme ihtimalinin hükmü anayasaya aykırı hale getirmediğini, hukuk devletine dayanan özgür bir demokraside herhangi bir hükmü yorumlarken hükmün doğru ve adil bir şekilde uygulanacağı varsayımını benimsemek gerektiğini belirtmiştir. Prosedürün denetiminin idari organlara bırakılması açısındansa düzenlemenin, bireyleri aşağılama veya saygısızlık düşüncesine değil; demokratik düzeni ve devletin varlığını korumak için alınacak önlemleri gizli tutma gerekliliğine dayanıyor olması sebebiyle insan onurunun ihlal edilmediğine karar vermiştir. Diğer taraftan mahkemenin yorumunu benimsemeyen Hakim Geller, Dr. von Schlabrendorff ve Prof. Dr. Rupp; muhalefet şerhinde insan onurunun ne anlama geldiği sorusunu yanıtlarken, bu kavramın sadece en yüksek anlamını -örneğin müdahalenin ancak insanın özünde olan insan olma değerinin aşağılanmasının ifadesi olduğu durumlarda insan onurunun zedelenebileceğini- düşünmemek gerektiğini, böyle dar bir yorumun anayasanın ruhu ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Muhalefet şerhine göre yapılan anayasa değişikliği 79. madde 3. fıkra uyarınca 1. maddeyi "ilgilendirmektedir (*berührt*)". Mahkeme yolunu kapatarak özel hayata yapılan bu müdahale sadece anayasaya düşman olanları veya ajanları değil aynı zamanda masum bireyleri de etkileyebilir. Özel hayata saygı hakkını bireyi çaresiz bırakacak şekilde yok eden böyle bir düzenleme bireyin devlet erkinin bir objesi olarak kullanıldığı anlamına gelmektedir ve anayasaya aykırılık teşkil etmektedir.[144]

---

144 BVerfGE 30, 1.

B. Bireyleri sınırlama

Öte yandan bireylerin özgürlükleri açısından getirilen kısıtlamalar da insan onuruna saygı ve onu koruma emperatifinin de bir sonucu olabilmektedir. Bu husus bireylerin bizzat kendilerine karşı korunmasını da kapsamaktadır. İnsan başka hiçbir şart aranmaksızın, sırf insan olduğu için değerli olması bu değeri başkaları gibi kendisinin de korumak zorunda olması için yeterlidir.[145] Örneğin fail işlediği suç sebebiyle insan onuru ile bağdaşmayan bir cezaya rıza gösterse de bu rıza geçerli sayılmayacaktır.[146] Yani insan onurunun ihlali bireylere de yasaklanmıştır. İnsan onurunun kısıtlama anlamında kullanımına geçmeden önce Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını daha iyi değerlendirebilmek için birkaç hatırlatma yapmak yerinde olacaktır.

Öncelikle Anayasa Mahkemeleri'nin anayasaya uygunluğu denetlerken, hukukilik denetimi yapmakla yetinip, anayasanın sözünü söylemek gibi bir görevi vardır.[147] Bu durumu İngiliz filozof Francis Bacon, 1605 yılında yayınladığı *The Advancement of Learning* isimli ünlü eserinde "Sözden uzaklaşan yorum; yorum değil, kehanettir. Hakim sözden uzaklaşırsa, kanun koyucu haline gelir" "(*Non est interpretatio, sed divinatio, quae recedit a litera. Cum receditur a litera, judex transit in legislatorum*)" ifadesiyle dile getirmiştir.[148] Hakimlerin kanunların sözlerini telaffuz eden bir "ağız" oldukları düşüncesi, kuvvetler ayrılığı teorisinin kurucusu olan Montesquieu tarafından da şu şekilde ifade edilmiştir[149]: "Bazen bir kanun aynı zamanda ileri görüşlü ve kör, bazen de çok katı olabilir. Fakat ulusun hakimleri, kanunun sözlerini telaffuz eden bir ağızdan ve kanunun ne gücünü veya ne katılığını yumuşatabilen bir cansız varlıktan başka bir şey değildir"

Montesquieu'nün 1748 yılında yayımladığı *Kanunların Ruhu (De l'esprit des lois*) eserinde yer alan bu postulatının kökeni güçler ayrılığına ilişkin oldukça dar bir bakıştadır. Buna göre yasanın zaten yürürlüğe koyduğu ilkeleri uygulayan ruhsuz ve cansız bir varlık olan hakim ne bir hükmü

---

145 **Seyman Çakar**, 2013, s.4.

146 ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku,** 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011, s.42.

147 TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, 13. Baskı, Beta, 2009, s.229.

148 GÖZLER Kemal, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu" **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 61, S. 3, s.142-143.

149 **Ibid.**

ne de onun anlam ve kapsamını değiştirebilir. Halbuki yargıcın yapacağı yorum ona sadece kanunun sözlerini telaffuz etmekten daha büyük bir işlev kazandırmaktadır. Nitekim yargıç bir değerlendirmede bulunabilmekte ve gerektiğinde, yasada hüküm olmayan hallerde konu elverdikçe, yaratıcı da olabilmektedir.[150] Böylelikle yargıç yasanın ne dediğini söylerken yapacağı değerlendirme ve yorumla Kaboğlu'nun deyimiyle "kısmi yasayıcı" rolüne de bürünebilecektir.[151]

Bir müzik parçasının yorumcusu tarafından yorumlanması gibi hukuk metinleri de yazarının niyetinden de farklı olacak veya olabilecek şekilde uygulanabilmektedir. Şüphesiz ki, bunda dönemin şartları, topluma egemen olan fikirler ve uygulayıcının bakış açısı gibi çeşitli faktörler rol oynamaktadır.[152] Bu açıdan Anayasa Mahkemeleri'ne verilen görevin ağırlığı; birçok anayasa hükmünün zorunlu olarak soyut oluşu, uygulamada somutlaştırılması gereken değerlerin varlığı, bunların yorumu için oldukça geniş bir alanın bırakılmış olması ve anayasa hükümlerini yorumlamanın aynı zamanda anayasanın geliştirilmesi demek olduğu düşünüldüğünde özellikle ortaya çıkmaktadır.[153] Her ne kadar yerindelik denetimine girerek yasa koyucunun siyasi tercihinin ürünü olan kanunun ülke koşullarına uygun olup olmadığını denetlememesi, anayasaya uygunluk denetiminin hukuki çerçevede yapılması gerekse de anayasanın yorumlanmasının belli dönemlerin politik dalgalanmalarından soyutlanabilmesi kolay değildir. Çünkü anayasa yargılamasının bulunduğu her ülkede denetlemeyi yapan kuruluşun bir tür siyaseti kararlaştırması söz konusu olacağından partizanlık anlamında olmasa da verilen kararlar özü itibariyle politik bir niteliğe sahiptir. Anayasa Mahkemeleri'ni öteki yargı organlarından ayıran husus budur.[154] Böylece Gören'in de dediği gibi "Anayasa Mahkemesi'nin bağımsiz bir anayasa or-

---

150 ŞAHBAZ İbrahim, "AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", **Anayasa Yargısı**, C. 25, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2008, s. 233;

151 KABOĞLU İbrahim Özden, **Anayasa Yargısı**, İstanbul, 2000, ss.184-185.

152 HEPER Altan, "Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2012, s.82-83. http:// www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/2012-1/2012-1-3.pdf (Son erişim tarihi 3 Ocak 2018).

153 GÖREN Zafer, "Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt 13, Ankara, 1996, s.86.

154 TEZİÇ Erdoğan, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi," **Anayasa Yargısı**, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1986, s. 26.

ganı olarak kurumsallaşmasının, bu görevin günlük politikadan uzakta, sırça köşkünde kararlarını veren ve olası sonuçlarını hesaba katmadan bunları teorik anayasa ideallerine göre yönlendiren bir kurula vermek demek olmadığı kendiliğinden anlaşılmaktadır."[155]

Federal Almanya ve Fransa'da, oldukça yakın tarihlerde, kürtajın serbest bırakılmasıyla ilgili kanunların anayasaya uygun olup olmadıklarına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları, anayasaya uygunluk denetimi yapan kuruluşların siyasal koşullardan etkilenmelerine ve Alman Anayasacılığı bağlanmında insan onuru kavramının bireyleri sınırlandırma yönünün daha anlaşılmasına yardımcı olabilir.

Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre insan yaşamının olduğu yerde insan onuru da vardır; ancak bunun mefhum-u muhalifinden yola çıkarak yaşamı sona eren kişinin onurunu korumaya gerek kalmadığı sonucuna varmak mümkün değildir. İnsan onurunun korunması ölüme sona ermediği gibi doğum anıyla da başlamamaktadır.[156] Alman Anayasa Mahkemesi devletin, aynı zamanda embriyonun onurunu korumakla da görevli olduğuna işaret etmektedir.[157] 1974 Yılında Hristiyan Demokrat Parti Almanya'da gebeliğin ilk üç ayında kürtajı serbest bırakan kanunun anayasaya aykırılığı iddiasıyla anayasa mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme 1975 yılında kürtajı serbest bırakan kanunun anayasanın ikinci maddesindeki "herkesin hayat hakkı ve vücut tamlığı" ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline hükmetmiştir.[158] Aynı dönemde Fransa'da da belirli koşullarda kürtajı serbest bırakan kanunun anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür. 1958 Fransız Anayasası'nda hayat hakkı ile ilgili açık bir kural yer almaması nedeniyle kanunun anayasaya aykırılığı başka maddelere dayandırılmış, Anayasa Konseyi'ne başvuran parlementerler, hayat hakkının Fransa'nın da onayladığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından korunduğunu ve usulüne uygun olarak onaylanmış antlaşmaların Fransız hukuk düzeninde kanundan daha üstün olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Konseyi ise 15 Ocak 1975 tarihli kararında kendisini kanunun uluslararası bir antlaşmaya uygunluk denetiminin yapmaya uygun görmemekle beraber, kürtajı serbest bırakan kanunun, anayasanın başlangıç

---

155 **Gören**, 1996, s.86.

156 **Yerdelen**, 2014, s.658.

157 BVerfGE 88, s. 203.

158 **Teziç**, 2009, s.230.

kısmının atıfta bulunduğu 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 2. maddesinde öngörülen hürriyet ilkesine de aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir.[159]

Çok yakın tarihlerde aynı konuda anayasaya uygunluk denetimi yapan iki mahkemenin farklı yönde karar vermesinin hukuki muhakemeden çok dönemin felsefi ve siyasi düşüncelerinden kaynaklandığı ileri sürülmektedir.[160] Almanya'da Nazi dönemi anısının mahkemeyi yaşam hakkının kutsal ve salt nitelikte oluşunu doğrulamak zorunda bırakmış, buna karşılık Fransız mahkemesinin kararında bu tarz bir etkenin rol oynamamıştır.[161] Bu konuda onur kavramına yönelik Amerika Birleşik Devletindeki anlayışla Almanya'daki anlayışı karşılaştıran Durham'ın yorumu ilgi çekicidir. Durham, Amerikan bakış açısından Alman Anayasası'nı tartıştığı bir konferansta şu ifadeleri kullanmıştır:

"ABD'de onur kendine güven ile bağlantılıdır. Burada bir kişi onur hakkında konuşursa, buna bir örnek, yoksulluğa yakın yaşayan fakat kamuoyu desteğini kabul etmeyerek çalışan bir kişidir. Herkese onur duygusuyla davranmak onlara yardım etmek ve onlara saygı duymak ancak kendilerine güvenlerini sarsmamak demektir. Almanya'da onur kavramı, Kant'ın felsefesinde görülen ahlaki yasanın ideali olan görevle ilgilidir. Daha somut bir örnek vermek gerekirse, ABD'de kürtaj davalarında yaşama hakkı tartışması, Alman kürtaj tartışmalarında olduğu gibi Nazi vahşetini anımsamak anlamına gelmez."[162]

---

159 **Ibid.**

160 **Ibid.**

161 **Ibid.**

162 DURHAM W. Cole, "Eine Grundsatzliche Bewertung Aus Amerikanischer Sicht"**,** in KİRCHHOF Paul / KOMMERS Donald P. **Deutschland und sein Grundgesetz: Themen einer deutsch-amerikanischen Konferenz**, 1993, s. 63; Fakat bu sorunun bir başka yönünü de gözden kaçırmamak gerekir: Federal Almanya Anayasa Mahkemesi halk arasında "Kara daire" ve "Kızıl Daire" olarak adlandırılan iki daireden kuruludur. Kara Daire'de Hristiyan Demokrat eğilimli yargıçlar çoğunluktayken; Kızıl Daire'de ise Sosyal Demokrat eğilimli yargıçların çoğunlukta olduğu düşüncesi kamuoyunda yaygındır. Kürtajı serbest bırakan kanunun iptali için başvuru yapıldığında davanın hangi daireye düşeceği bakacağı önem kazanmış ve halkın merak konusu olmuştur. Sonunda davaya Kara Daire bakmış ve beklendiği gibi kanun iptal edilmiştir. Kamuoyu Kızıl Daire'ye düşmüş olsaydı kanunun Anayasa'ya aykırı bulunmayacağı konusunda hemfikir görünmüştür. **Teziç**, 2009, s.230; KIRATLI Metin, "Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler", **AÜSBFD**, C. 37, No.3-4, 1982, s.125-126; DAHRENDORF Ralf, "A Confusion of Powers: Politics and The Rule of Law.", **The**

Kürtajın anayasaya uygun olmadığını beyan eden 1975 yılı kararında Mahkeme şu ifadeleri kullanmıştır: "Alman Temel Yasası bazı prensipler içerir **...** ki bunlar ancak ve ancak Nasyonal Sosyalizm'in geçmiş sisteminin ahlaki-etik bir hatırlanması ile ve tarihsel tecrübe ile açıklanabilirler. Totaliter devlet sosyal hayatın her alanında sınırsız bir otorite istemiş ve amaçlarına ulaşmakta bireyin yaşamını hiçbir şekilde tanımamıştır. Buna karşın, Alman Temel Yasası bireyi ve onun onurunu bütün hükümlerinin temeline koyan değer odaklı bir düzen kurmuştur. **...** Görünüşte bir "sosyal değer" olmasına gerek olmaksızın her hayat için kayıtsız şartsız saygı bekler, işte bu yüzden haklılaştıran sebepler olmadan bu yaşamı almak kabul edilebilir değildir. **...** Bu, adil olmayan bir sistem tecrübesi olmayan ve aksi yönde karar veren diğer hukuk sistemlerine saygısızlık şeklinde yansımaz."[163]

Öte yandan iki mahkeme üyesi bu argümanı reddetmiş ve karşı oy kullanmıştır. Bu iki üye, Federal Anayasa'nın 1 ve 2. maddelerinin kesinlikle nazi rejiminin insanlık dışı ideolojisi ve pratiğine karşı bir reaksiyon olduğu kanısında olmakla beraber bu maddelerden ceza hukukuyla kürtajı önleme gibi bir anayasal gerekliliğin çıkarılmasının tamamen yanlış olacağını belirtmiştir. Onlara göre, tam tersine, Alman Anayasası'nın temeli olan totaliter Nasyonal-Sosyalizm'den uzaklaşmak "istismarının insanlık tarihinde sonsuz bir acıya sebep olmuş olduğu" bir ceza mevzuatına karşı daha temkinli bir tavır almayı gerektirmektedir.[164]

İnsan onurunu koruma emperatifinin bir sonucu olarak bireylerin sınırlanmasına örnek oluşturabilecek bir diğer karar çıplak kadınların özel kabin-

---

Modern Law Review, C. 40, 1977, s. 2.

Alman anayasacılığı ile Amerikan anayasacılığının ayrıştığı bir nokta da idam cezasına ilişkindir.

163 Alman anayasacılığı ile Amerikan anayasacılığının ayrıştığı bir nokta da idam cezasına ilişkindir. Amerikada idam cezası tartışma konusu olmasına rağmen bir insan onuru ihlali olarak algılanmamaktayken; Federal Alman Anayasası, Nazi dönemi tecrübeleri sebebiyle idam cezasını yasaklamıştır. Diğer taraftan Alman Anayasası 102. Maddede yasaklanan idamın kendi başına insan onurunun ihlaline sebep olmadığı da öne sürülmektedir. (**Dreier**, 2004, s.215-216.) Bu görüşe göre söz konusu olan suçlu kişiyi basit bir objeye dönüştürmek değil ölüm cezası ile kişiye eylemlerinin sorumluluğunu üstlenmek zorunda olan otonom bir birey olarak kabul etmektir. Diğer taraftan ölüm cezasının kişiyi, kendini yenileme kapasitesini tamamen elinden alan ve son derece "insanlıktan çıkarıcı soğuk kanlı bir prosedürün objesi" yerine koyduğu da söylenebilir. (Bkz. **Botha**, 2009, s.185)

164 BVerfGE 39, 68 (76); **Benda**, 2000, s.447.

lerde erkekler tarafından izlendiği *peep show*'lara ilişkindir. Federal Alman İdare Mahkemesi, *peep show*'ların, programda yer alan kadınların objeleştirilmesi anlamına geldiğine dolayısıyla bu kadınların onurlarının zedelendiğine karar vermiştir.[165] Ancak diğer taraftan bu tür bir karar ile kadınların belki de paylaşmadıkları bir ahlaki değer adına, sanki kendi kendine karar verme özgürlüğüne sahip olmayan bireyler olarak görülerek onurlarının korunmaya çalışılması da ayrı bir paradoks yaratmaktadır.[166]

Alman hukukunda insan onuru kavramından yola çıkarak bireyin özgürlüğünün kısıtlandığı bir diğer güncel uygulama ise Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Omega" kararına[167] konu olmuştur. Karar günümüzde "Laser Tag" diye adlandırılan dünyanın birçok ülkesinde özel salonlarda oyuncuların ucundan lazer çıkan oyuncak tabancalar ile birbirlerini vurmaya çalıştığı bir oyuna ilişkindir. Almanya'nın Bonn kentindeki otoriteler bu oyunu yasaklamıştır. Oyunun kuralları uyarınca oyuncuların giydiği sensörlü yelekler, oyuncuların vurularak "öldürülüp öldürülmediğini" tespit etmektedir. Oyun, Alman Anayasası'nın 1. maddesi uyarınca insan onuruna aykırı olduğu gerekçesiyle yasaklanmıştır.[168] Oyun, bir İngiliz firmasından franchise edildiği için, ilgili mevzuat uyarınca kararın hizmet sunma özgürlüğünü ihlal edip etmediği tartışma konusu olmuştur. İnsanlık onuruna yönelik korumanın Avrupa Birliği Hukuku'nun hizmet sunma özgürlüğü açısından kamu düzenine ilişkin getirdiği istisnalara girip girmediği tartışılmış, Alman hukukunda insan onuru bağımsız bir hak olarak görülürken; diğer devletlerde tüm hakları doğrulayan ve bağımsız bir varlığı olmayan bir şemsiye kavram olarak nitelendirildiği için, bu noktada problem yaşanmıştır. Bununla birlikte Mahkeme, insan onurunun sadece kamu düzeninde istisna teşkil etmesini haklı kıldığını değil, aynı zamanda insan onuruna ilişkin Alman geleneğinin Avrupa Birliği Hukukuyla uyumlu olduğunu da söylemiştir. Diğer devletlerin insanlık onurunu bağımsız bir hak olarak tanıyıp tanımaması bu noktada bir rol oynamamıştır.[169]

---

165 BVerwGE 64, 274 277-280 (1981). Ayrıca Bkz. BVerwGE 84, 314 317ff (1990).

166 **Botha**, 2009, s.185; **Dreier**, 2004, s.185.

167 C-36/02 Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn 12004] ECR I-9609.

168 C-36/02 Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn 12004] ECR I-9609.

169 Bkz. VERSETTI Angel, The Omega Case Summary and The Principles of Subsidiarity and

Yukarıda bahsedilen kürtaj örneği insan onurunun korunmasının bir dengelenmeye veya ölçülülüğe tabi tutulamayacağı prensibinin bazı durumlarda baskı altında kalabildiğini de göstermektedir. İnsan onuru insan haklarının temeli olarak görüldüğü ve çok sık bir şekilde onlarla birlikte kullanıldığı için bir uyuşmazlığın her iki tarafının da bundan etkilenmesi mümkündür. Bu durumda -yani onur, onur ile çatıştığında- mahkeme de mecburen bir dengelemeye gitmek, bir tercih yapmak durumunda kalmaktadır. 1974 Yılında kürtaj meselesinde Federal Alman Anayasa Mahkemesi fetüsün onur ve yaşamı ile annenin onur ve otonomisi arasında, tercihini fetüsten yana kullanmıştır.[170]

Benzer çatışmalar kişinin objeleştirildiği veya aşağılandığının düşünüldüğü durumlara kendisinin rıza gösterdiği vakalarda da ortaya çıkmaktadır.[171] Zira *peepshow* örneğinde mahkeme, çatışmakta olan devletin bireylerin onurlarını koruma görevi ile bireyin otonomisi arasında tercihini ilkinden yana kullanmıştır.

Bu konuda Enders, Alman Anayasası'nın 1. maddesinin 1. fıkrasını objektif bir anayasal norm şeklinde insan onurunun bir "garantisi" olarak görmenin bir dilemma ile karşılaştığını, insan onuru normunun mutlak olarak uygulanması iddiasının davaların somut özellikleriyle karşı karşıya kalması durumunda, çatışma durumlarını çözmek için manevra kabiliyeti bırakmadığını ifade etmektedir.[172] Yasal bir düzen "ya hep ya hiç (*all-or nothing*)" mantığı ile uyumlu değildir, tam tersine, çok önemli çıkarların bile kutsal olmaması haklı kabul edilebilecek istisnai durumlarda ikinci plana atılabilmesi gerekmektedir.[173] Alman doktrininde kürtaj ve peep show'lar dışında

---

Proportionality in EU Law, https://www.academia.edu/2441306/The_Omega_Case_Summary_and_The_Principles_of_Subsidiarity_and_Proportionality_in_EU_Law.

170 Bu konuda O'Mahony, bireyin otonomisinin yalnızca self-determinasyon hakkından ziyade, insan onurunun bir yönü olarak nitelendirilmesi durumunda, bireyin otonomisi ile başka bir bireye saygı ve eşit muamele arasında çatışmanın olduğu durumların çözülmesinin neredeyse imkansız olduğunu zira her iki tarafta da insan onurunun temel esaslarının bulunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre kürtaj vakalarında annenin otonomisini bir insan onuru sorunu olarak karakterize etmek anne ve çocuğun yarışan onurları arasında bir çatışmaya sebep olacaktır. O'MAHONY Conor, "There is no such thing as a right to dignity" **International Journal of Constitutional Law**, C. 10, S. 2, 2012, s. 558.

171 **Botha**, 2009, s.185; **Dreier**, 2004, s.194-195.

172 **Enders**, 2015, s. 306.

173 **ibid**; BOROWSKI Martin, "Absolute rights and proportionality." **German Yearbook of International Law**, C. 56, 2013, s. 403.

başkalarının hayatını kurtarmak için bombacılara işkence yapılabilmesi veya teröristler tarafından kaçırılan kava araçlarının imha edilebilmesi konularında da insan onuru perspektifinden tartışmalar olmuş ve bütün bu tartışmalarda insan onuru çatışmalarına tek yönlü çözümler getirilmiştir. Bu çözümleri sorgulayan yazarlar ise bu tür çatışma durumlarına uygun çözümler getirebilmek amacıyla insan onuru normunun mutlaklığını rölativize etmek için sebepler ileri sürmüştür.[174]

Bu konuda özellikle Herdegen'in dengeleme ve rölativizasyona elverişli 2003 tarihli 1. madde şerhi[175] ilgi çekicidir. Herdegen, teorisinde insan onurunun çekirdeği (*Würdekern*) ile bunu çevreleyen "kavramsal çevre (*Begriffshof/Conceptual Surroundings*)" arasında ayrım yapar. Bu ayrıma göre insan onurunun çekirdeği şekli ve teleolojik olarak iki ayrılır. Soykırım, işkence ve kitlesel sınırdışı edilme bu ilkine; ırkçı diskriminasyon ise ikincisine dahildir. Kavramsal çevre ise herhangi bir somut olayda tüm ilgili durumların genel olarak değerlendirilmesi ile elde edilir. Herdegen'in teorisi Böckenförde tarafından Alman Anayasası'nın temelini sarsmakla sertçe eleştirilmiş; Böckenförde, Frankfurter Allgemeine Zeitung gazetesinde yayınlanan yazısında[176] Herdegen'in yorumunu anayasanın kurucu babalarından ayrılmak ve bir paradigma kayması anlamına gelmekle suçlamıştır.

Bäcker ise dengelemeye elverişli insan onuru ile dengelemenin mümkün olmadığı mutlak olarak korunan bir dokunulmaz alan arasında bir ayrım yapılmasını önermiştir. Bu dokunulmaz alan esnektir ve ancak somut olayın şartları dikkate alınarak belirlebilir. Bu alanının dışında kalan hususlar içinse dengeleme söz konusu olabilir ve hatta gerekli görülebilir.[177]

Enders, Alman Anayasa Mahkemesi'nin bir ceza duruşmasında sanığın günlüğünün kullanılmasına ilişkin verdiği kararın bu konsepte bir örnek

---

174 **Enders**, 2015, s. 306.

175 HERDEGEN Matthias, "Kommentierung Art. 1.1 GG." in HERZOG R., HERDEGEN M. / SCHOLZ R. / Klein HH (editörler) **Grundgesetz. Kommentar. Maunz/Dürig.** Beck, München, 2003.

176 BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, Die Würde des Menschen war unantastbar. Zur Neukommentierung der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes, **Frankfurter Allgemeine Zeitung**, 03.09.2003.

177 BÄCKER Carsten, "Begrenzte Abwägung. Das Menschenwürdeprinzip und die Unantastbarkeit" **Der Staat**, C. 55, S. 4, 2016 ss. 457vd; Ayrıca bkz. **Borowski**, 2013.

oluşturduğundan bahsetmektedir.[178] Mahkeme kararı sonradan şu şekilde özetlemiştir: günlük, kişinin kendisiyle olan son derece kişisel iletişiminin belgesi olarak özel hayatın çekirdek alanında yer almaktadır. Ancak doğrudan suç işlemekle ilgili iletişim, yüksek derecede kişisel unsurları kapsadığında bile korunmaz. Suçun tartışılması ve planlanması özel hayatın çekirdek alanına ait değildir, bu husus toplumsal açıdan önemlidir.[179]

Günümüzde totaliter rejimlerin sona ermesiyle insan onuru ihlallerine yönelik tehdit ilk bakışta büyük ölçüde azalmış görülebilir. 1951'den bu yana Alman Anayasa Mahkemesi 100.000'in üzerinde insan onuru ile alakalı anayasal şikayet ile karşılaşmış, ancak bunlar arasında mahkemenin hak verdiği başvuru sayısı oldukça kısıtlı olmuştur.[180] Öte yandan Alman Anayasa Mahkemesinin insan onuruna dayanarak verdiği kararlardan Alman doktrini tarafından eleştirilen hatta saçma bulunanlar da yok değildir.[181] Örneğin, mahkeme trafik kurallarını ihlal eden kişilerin bazı durumlarda zorunlu trafik derslerine tabi tutulmasını öngören hükmün insan onurunu ihlal ettiği gerekçesi ile iptaline karar vermiş[182], aynı şekilde ölen kişinin küllerini içinde bulunduran vazonun özel mülkiyet yerine mezarlığa gömülmesi zorunluluğu koyan hükmü de yine 1. maddeye aykırı bulmuştur[183]. Bir hukuk dergisinde insanların trafik ışıklarına uyma zorunluluğunun, insan hareketlerinin ruhsuz bir otomatik makine tarafından kontrol edildiği gerekçesiyle insan onurunu ihlal edip etmediği tartışılmıştır.[184]

Bugün insan onurunun hiçe sayılması ancak hukuk dışı devletin belirgin bir özelliği olabilir denilse de; günümüz devletlerinde de, iktidar sahiplerinin anayasada belirtilen ilkelerden saparak hukuk devletinin çerçevesinden çıkmaları ve anayasada korunan değerlere aykırı hareket edebilmeleri imkansız değildir.[185] Şüphesiz ki, Alman Cumhuriyeti bugün siyasal, sosyal, kültürel ve ekonomik açıdan elli yıl öncesine göre tamamen farklı bir yerde-

---

178 **Enders**, 2015, s. 308.

179 BVerfGE 141, 220

180 **Benda**, 2000, s. 448.

181 **ibid.**

182 BVerfGE 22, 21.

183 BVerfGE 50, 256.

184 Bkz. SCHIRRMACHER H., "Gehorsam fur automatische Farbzeichen", **Die Öffentliche Verwaltung**, 1957, ss. 146vd.

185 **Gören**, 2007, s. 28.

dir. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları dışında 1. maddenin yorumuna ilişkin en öne çıkan yorumun sahibi olan Dürig'in teorisi de doğal olarak günümüzden elli yıl öncesinin düşünceleri ile temellendirilmiştir.[186] Anayasa'nın 1. maddesine ilişkin geleneksel uygulamaları zorlayan sorunlarla karşılaşan doktrin çözüm arayışlarıyla yeni teoriler geliştirmekteyse de elektronik çağın hızla çoğalan biyo-etik, gen transferi, klonlama, yapay zeka gibi insan onurunu ilgilendiren modern vakalarını çözmek açısından bu teorilerin uygulanabilirliğini zaman gösterecektir.

SONUÇ

Bugün sözlüklerde, izzetinefis, şeref, haysiyet, özsaygı ve saygınlık gibi anlamları karşılayan insan onuru kavramı, ilk ortaya çıktığı dönemlerden günümüze kadar çeşitli anlamları karşılamış, tarihsel süreçte önemli düşünürler tarafından ele alınmıştır. Klasik Roma'da özellikle Cicero ile karşımıza çıkan insanın sadece insan olduğu için onura sahip olduğu düşüncesi, Orta Çağ'da Katolik Kilisesi tarafından da kullanılmış, Rönesansın hümanist filozofları, insan onurunun kökenine yönelik teolojik olmayan argümanları geliştirmekle beraber aynı zamanda metafiziğe de bağlı kalmışlardır. Rönesans düşünürlerinin insan onurunun temelinde insanın ne olmak istediğini seçebilme kabiliyetinin yatmakta olduğu iddiasıyla, giderek modernitenin varoluşçu iddiasına yaklaşılmıştır. Bireyleri bir araç olarak değil, kendi özünde bir amaç olarak görmeyi gerektiren, insanlara onurlu davranmanın, onları kendi kaderlerini belirleyebilen otonom bireyler olarak görmekten geçtiği Kantçı anlayış, Alman anayasacılığını da şüphesiz ki etkilemiştir. Nazi döneminin sona ermesiyle radikal bir başlangıç arayışını simgeleyen 1949 Federal Almanya Anayasası'nda insan onurunun korunması, anayasanın daha ilk maddesinde yerini bulmuş ve aynı zamanda 79. madde aracılığıyla değiştirilemeyecek hükümler arasına girmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi, birçok kararında anayasada belirtilen insan onurunun korunması görevi kapsamında yasa koyucuyu, insanı ikamesi olan bir obje haline getiren ve kişiliği dolayısıyla sahip olduğu değerin inkârı anlamına gelen her türlü işlemin insan onuruna aykırı olduğunu söyleyen Günter Dürig'in obje formülünü kullanarak sınırlamıştır. Nazi rejiminin üstünden 50 yıldan fazla

---

186 **Benda**, 2000, s. 443; Bkz. genel olarak, **Gürbüz**, 2014; **Foster**, 2011; **Mccrudden**, 2008; HÄYRY Matti; TAKALA Tujita "Human dignity, bioethics, and human rights" **Dev World Bioeth.**, 2005, C. 5, S. 3, ss. 225-233; **Beyleveld / Bronsword**, 2001.

sürenin geçmiş olmasına rağmen bugün bile, bu tecrübenin Alman anayasal düşüncesini, doktrinini ve içtihatlarını hala etkilediği görülmektedir. Bununla birlikte kürtaj davasında görüldüğü gibi, bu durum farklı veya muhalif yorumların yapılmasına da engel değildir. Anayasa'nın 1. maddesine ilişkin geleneksel uygulamaları zorlayan sorunlarla karşılaşan doktrin çözüm arayışlarıyla yeni teoriler geliştirmiş, insan onurunun rölatif ve denkleştirmeye açık olması gündeme gelmiştir. Günümüzde totaliter rejimlerin giderek yok olması ile insan onuru ihlallerine yönelik tehtidin büyüklüğü de azalmış görülmektedir; ancak elektronik çağ, biyo-etik, gen transferi ve klonlama gibi gelişmeler insan onurunu ilgilendirecek yeni modern problemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla insan onuru, insan hakları hukukunun en temel kavramlarından biri olarak yargı kararlarını etkilemeye devam edecektir.

TEŞEKKÜR

Bu makalenin hazırlanma sürecinin tüm aşamalarında değerli katkıları görüşleri ve önerileriyle bana yol gösteren sayın Yrd. Doç. Dr. Birden Güngören ve Arş. Gör. Nagehan Gürbüz'e teşekkürlerimi bir borç bilirim.

KAYNAKÇA

Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası, (çeviren RUMPF Christian / SCHÜLLER Gökçe Uzar) https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf (Son erişim tarihi 3 Ocak 2018).

ACKERMANN Lourens Wepener Hugo, "The Legal Nature of the South African Constitutional Revolution", **New Zealand Law Review**, 2004, ss. 633-679.

AKÇİÇEK Arda, "Faşizmin Kültür Kodları ve Irkçılıkta Bir Uç Nokta: Öjeni", **Birikim Dergisi**, http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/368/fasizmin-kultur-kodlari-ve-irkcilikta-bir-uc-nokta-ojeni#.WUA1bcaz41gg (Son erişim tarihi: 2 Ocak 2018).

ALDANMAZ Orhan, "İnsan Onuru Işığında kişisel Özerklik ve Yerellik İlkesi", **EÜFD**, C. 14, S. 1-2, ss. 79-109.

ANDRIES Edward M., "On the German Constitution's Fifthieth Anniversary: Jacques Maritain and the 1949 Basic Law (Grundgesetz)", **Emory International Law Rev**, C. 13, ss. 1-76.

ANSELL-PEARSON Keith (editör) / DIETHE Carol (çeviren), **Nietzsch: On the Genealogy of Morality, 'The Greek State'**, Cambridge University Press, New York, 1994.

BECKER Ernst-Wolfgang, **Theodor Heuss – Vater der Verfassung Zwei Reden im Parlamentarischen Rat über das Grundgesetz 1948/49. Mit einem Essay von Jutta Limbach**, K. G. Saur Verlag, München, 2009.

BEHRENDT Richardt F., **Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit**, Hannover, 1967.

BENDA Ernst, "Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law)", **SMU Law Review**, C. 53, S. 2, 2000, ss. 443-454

BENDA Ernst, **Die Menschenwürde**, in, Handbuch des Verfassungsrechts Berlin, 1983.

BEYLEVELD Deryck / BRONSWORD Roger, **Human Dignity in Bioethics and Biolaw**, Oxford University Press, Oxford, 2001.

BOGNETTI G., "The Concept of Human Dignity in European and U.S. Constitutionalism", in NOLTE G. (editör), **European and US Constitutionnalism**, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, ss. 85-107.

BOROWSKI Martin, "Absolute rights and proportionality." **German Yearbook of International Law**, C. 56, 2013, ss. 385-423.

BOTHA Henk, "Human dignity in comparative perspective.", **Stellenbosch Law Review**, 171, 2009, ss. 171-220.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, Die Würde des Menschen war unantastbar. Zur Neukommentierung der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes, **Frankfurter Allgemeine Zeitung**, 03.09.2003.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, Die Würde des Menschen war unantastbar. Zur Neukommentierung der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes, in **Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte**, 2006.

BULUT Nihat, "Eski Yunandan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramı Üstüne Genel Bir Bakış", **EÜHFD**, C. 12, S. 3–4, 2008, ss. 1-12.

CANCIK Hubert, "Dignity of Man' and 'Persona' in Stoic Anthropology: Some Remarks on Cicero, De Officiis 1105-107", in KRETZMER David / KLEIN Eckart, **The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse**, Springer, Netherlands, 2002, ss. 105-107.

CHASKALSON Arthur, "Human Dignity as a Foundational Value of Our Constitutional Order", **South African Journal on Human Rights**, C. 16, S. 2, 2000, ss. 193-205.

CICERO Tullius Marcus / MILLER Walter, **Cicero De Officiis I**, London: W. Heinemann, 1928.

DAHRENDORF Ralf, "A Confusion of Powers: Politics and The Rule of Law.", **The Modern Law Review**, C. 40, 1977, ss. 1-15.

DEENER David, "Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi", (çev. Tuncer Karamustafaoğlu), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3-4, 1969, ss.179-205.

Der Spiegel, Spiegel Online, Benetton "Schockwerbung" war zulässig 12.12.2000 https://www.spiegel.de/panorama/benetton-schockwerbung-war-zulaessig-a-107381.html (Son erişim tarihi 3 Ocak 2018).

DİKMEN CANİKLİOĞLU Meltem, "Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2.10, S. 1, 2008, ss. 9-58.

DOĞAN İlyas, "Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş", **SÜHFD**, C. 13, S. 2, Konya, 2005, ss. 51-59.

DOLDERER Anja Beatrice, **Menschenwürde und Spätabbruch**, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2012.

DREIER Horst, **Grundgesetz Kommentar Bd I**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.

DURHAM W. Cole, "Eine Grundsatzliche Bewertung Aus Amerikanischer Sicht"**,** in KİRCHHOF Paul / KOMMERS Donald P. **Deutschland und sein Grundgesetz: Themen einer deutsch-amerikanischen Konferenz**, 1993.

DÜRIG Günter, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde", 1958, in BRUDERMÜLLER Gerd / SEELMANN Kurt, **Menschenwürde**, Königshausen und Neumann Verlag, Würzburg, 2008.

DÜRIG Günter, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus GG Art 1 Abs 1 i Vm Art 19 Abs 2", **Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)**, C. 81, 1956, ss. 117-157.

ECKERT Joern, "Legal Roots of German Law", in Kretzmer David / Klein Eckart, **The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse**, Springer Netherlands, 2002, ss. 41-53.

EBERLE Edward J., **Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States (Issues in Comparative Public Law)**, 2002.

EBERLE Edward J., "The German Idea of Freedom**"**, **Oregon Review of International Law**, Vol 10, 2008, ss. 1-76.

ENDERS Christoph, **Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung: zur Dogmatik des Art. 1 GG (Vol. 27)**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

ENDERS Christoph, "The Right to have Rights: The concept of human dignity in German Basic Law.", **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, C. 2, S.1, 2010, ss. 1-8.

ENDERS Christoph, "Human Dignity in Germany" in BECCHI Paolo / MATHIS Klaus. (editörler) **Handbook of Human Dignity in Europe**, Springer, 2018, ss. 1-39.

ERDOĞAN Mustafa, **Anayasa Hukuku**, 5. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2009,

EWALD William, "Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?", ***University of Pennsylvania Law Review***, C. 143, S. 6, 1995, ss. 1889-2149.

FÉTERIA Lúcio Tomé / Nuno GOMES DE ANDRADE NORBERTO / DE AZEVEDO CUNHA Mario Viola, **New technologies and human rights: challenges to regulation**, Ashgate Publishing Ltd., 2013.

FEYZİOĞLU Turhan, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1951.

FOSTER Charles, **Human Dignity in Bioethics and Law**, Hart Publishing, Oregon, 2011.

FRAENKEL Ernst, **The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship**, Oxford University Press, New York, 1940.

FRIEDRICH Carl Joachim, "The Political Theory of the New Democratic Constitutions", *Rev of Politics*, C. 12, S. 2, 1950, ss. 215-224.

GÖREN Zafer, **Anayasa Hukukuna Giriş**, 2. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1999.

GÖREN Zafer, "Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt 13, Ankara, 1996, ss. 85-145.

GÖREN Zafer, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl :6 S. 12, Güz 2007/2, 2007, ss. 21-37.

GÖREN Zafer, "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması", **Anayasa Yargısı**, Cilt 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1992, ss. 165-184.

GÖZLER Kemal, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu" **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 61, S. 3, ss. 132-166.

GÖZLER Kemal, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.

GÜMÜŞ Ali Tarık, **Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı**, Eğitim Akademi Yayınları, Ekim 2010.

GÜNGÖREN BULGAN Birden, "Jacob Grimm'in Almanya'nın Ulus-Devlet Oluşumundaki Katkısı", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 149-150, 2017, ss. 179-195

GÜRBÜZ Nagehan, **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

ÇAHA Havva, "Elemeci Kürtaj: Öjenizmin Yeni Yüzu", **İş Ahlakı Dergisi**, C. 7, S. 2, 2014, ss. 53-90.

HÄYRY Matti; TAKALA Tujita "Human dignity, bioethics, and human rights" **Dev World Bioeth.**, 2005, C. 5, S. 3, ss. 225-233.

HEARDER Harry, **Europe in the Nineteenth Century**, Routledge, 2014.

HENNIG Rossenau**, Yeniden Canlı Üretimi, Tedavi Edici Klonlama Tartışmaları ve Alman Kök Hücre Kanunu**, (Çev. Hakan Hakeri), Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

HEPER Altan, "Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2012, ss. 73-85. http:// www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/2012-1/2012-1-3.pdf (Son erişim tarihi 3 Ocak 2018).

HERDEGEN Matthias, "Kommentierung Art. 1.1 GG." in HERZOG R., HERDEGEN M. / SCHOLZ R. / Klein HH (editörler) **Grundgesetz. Kommentar. Maunz/Dürig.** Beck, München, 2003.

HOFMANN Hasso, "Die versprochene Menschenwürde", **Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)**, C. 118, 1956, ss. 353-377.

HUBBARD Ruth, "Eugenics: New tools, old ideas." in BARUCH E. H. / D'ADAMO A. F./ SEAGER J. (Editörler), **Embryos, ethics and women' rights**, Haworth Press, London, 1988, ss. 225-235.

HUBER Ernst R., *Verfassung*, Hamburg, 1937.

ISENSEE Josef "Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten" **Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)**, C. 131, S. 2, 2006, ss.173-218.

JOERDEN Jan C., "The promise of human dignity and some of its juridical consequences, especially for medical criminal law", in VAN BEERS B. / CORRIAS L./ WERNER W. (editörler), **Humanity across International Law and Biolaw**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, ss.197-220.

KABOĞLU İbrahim Özden, **Anayasa Yargısı**, İstanbul, 2000.

KAFADAR Muhammet Fatih, **"Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: 'İnsan Onuru'"**, Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, 11-12 Ekim 2013, Antalya.

KANT Immanuel, **Metaphysics of Morals**, editör: Mary J. Gregor, Cambridge University Press, 1988.

KANT Immanuel, **Foundatıons Of The Metaphysıcs Of Morals Wıth Crıtıcal Essays**, Foundations of the Metaphysícs of Morals, (çeviren BECK Lewis White), New York, Macmillan, 1959.

KAYA Asım, "Amaçsal yorum" **Ankara Barosu Dergisi**, C. 72, S. 4, ss. 363-385.

KOMMERS Donald P. / MILLER Russell A., **The Constitutional Jurisprudence of Federal Republic of Germany**, Third Edition, Duke University Press, 2012.

KUÇURADİ İoanna, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, 3. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2009.

KIRATLI Metin, "Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler", **AÜSBFD**, C. 37, No.3-4, 1982, ss. 125-129.

LEWIS Milton, "A Brief History of Human Dignity Idea and Application", in: MALPAS Jeff/LICKISS Norelle, **Perspectives on Human Dignity: A Conversation**, Springer, 2007.

MCCRUDDEN Christopher, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", **The European Journal of International Law**, C. 19 No. 4, 2008, ss. 655–724.

MELLINGHOF Rudolf, Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikayeti, **Anayasa Dergisi**, C. 26, 2009, ss. 31-44.

O'MAHONY Conor, "There is no such thing as a right to dignity" **International Journal of Constitutional Law**, C. 10, S. 2, 2012, ss. 551-574.

ÖKTEM Niyazi/TÜRKBAĞ A. Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul, 2009.

ÖZTAN Güven Gürkan, "Türkiye'De Öjeni Düşüncesi Ve Kadın", **Toplum ve Bilim**, S. 105, 2006, ss. 265-282.

ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku,** 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011.

PICO DELLA Mirandola, **On the Dignity of Man** (trans. C. Glenn Wallis, with an Introduction by Paul J.W. Miller). ed. Hackett Publishing Company, 1965.

RENOUVIER Charles, **Manuel Républicain de l'homme et du citoyen (1848)**, with introduction by M. Agulhon, 1981.

RESNIK Judith/SUK JULIE Chihye, "Adding Insult to Injury: Questioning the Role of Dignity in Conceptions of Sovereignty." **Stanford Law Review**, 2003, ss. 1921-1962.

ROSSITER Clinton L., **Constitutional Dictatorship**, Princeton University Press, New Jersey, 1948.

ROULIER S., **Kantian Virtue at the Intersection of Politics and Nature: The Vale of Soul-making**, University Rochester Press, 2004.

RUTHERS Bernd, **Rechtstheorie**, 2. Baskı, Münih, 2005.

SCHIRRMACHER H., "Gehorsam fur automatische Farbzeichen", **Die Öffentliche Verwaltung**, 1957, ss. 146vd.

SCHOPENHAUER Arthur, **The Basis of Morality** (trans. and intro. by A.B. Bullock) Pt II, Critique of Kant's Basis of Ethics, 2005.

SEYMEN ÇAKAR Ayşen, **"Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru"**, Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, Antalya, 11-12 Ekim 2013.

SKINNER Quentin / VAN GELDEREN Martin, **Freedom and the Construction of Europe**, Vol 2, Cambridge University Press, Cambridge, 2013,

SPEMANN Robert, "Über den Begriff der Menschenrechte", in, **Menschenrechte und Menschenwürde**, (Hrsg.) Böckenförde Ernst-Wolfgang / Spemann Robert, Klett-Cotta, Stuttgart, 1987.

ŞAHBAZ İbrahim, "AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", **Anayasa Yargısı**, C. 25, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2008, ss. 229-289.

ŞİMŞEK Oğuz, **Anayasa Hukukunda İnsan onuru Kavramı ve Korunması**, (Basılmamış Doktora Tezi), İzmir, 1999.

TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, 13. Baskı, Beta, 2009.

TEZİÇ Erdoğan, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi," **Anayasa Yargısı**, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1986, ss. 21-38.

TİKVEŞ Özkan, "Anayasa Mahkemesi'nin Teşkilat ve Fonksiyonları (Mukayeseli Bir İnceleme)," **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 1, S. 2, 1967, ss.83-128.

TOPAKKAYA Arslan, "H. Jonas'ta İnsan ve Doğanın Değeri", **FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi)**, S. 15, 2013, ss. 41-52.

ARSLAN Kahan Onur, "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 120, 2015, ss. 155-172.

TUCK Richard, **The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant**, Clarendon Press, 1999.

United States Holocaust Memorial Museum, Nazi Propoganda, https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005202 (Son erişim tarihi 2 Ocak 2017).

ÜNAL Şeref, **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

VAİZ Mehmet Ekin, Olağanüstü Hal Kavramı ve Denetimi, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Gazimağusa, 2011.

VERSETTI Angel, The Omega Case Summary and The Principles of Subsidiarity and Proportionality in EU Law, https://www.academia.edu/2441306/The_Omega_Case_Summary_and_The_Principles_of_Subsidiarity_and_Proportionality_in_EU_Law.

WALDRON Jeremy, **Dignity, rank, and rights**, Oxford University Press on Demand, 2012.

WALTER Christian, "Human dignity in German constitutional law", in The principle of respect for human dignity, European Commission for Democracy Through Law, Montpellier, Proceedings of the UniDem Seminar, 1998, http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-STD(1998)026-e.aspx (Son erişim tarihi 3 Ocak 2018), ss. 15-27.

WEINRIB Jacob, **Dimensions of Dignity: The Theory and Practice of Modern Constitutional Law** (Cambridge Studies in Constitutional Law), Cambridge University Press, 2016.

YERDELEN Erdal, "Klonlamanın Ceza Hukukundaki Yeri", **AÜHFD**, C. 63, S. 3, 2014, ss. 643-685.

ÖZEL HUKUK

HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA HUKUKA AYKIRILIK UNSURUNA İLİŞKİN İLERİ SÜRÜLEN KLASİK TEORİLER HAKKINDA BAZI DÜŞÜNCE VE ELEŞTİRİLER

Dr. Öğr. Üyesi Nilgün BAŞALP YILDIRIM*

Öz: Klasik hukuka aykırılık teorilerinden kasıt sübjektif ve objektif hukuka aykırılık teorileridir. Sübjektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca her zarar verici eylem hukuka aykırı kabul edilmektedir. Hukuka aykırılığın oluşup oluşmadığının belirlenmesinde tek ölçüt eylemi hukuka uygun kılan bir hukuka uygunluk nedeninin olup olmamasıdır. Objektif hukuka aykırılık teorisi ise iki yaklaşımı temel almaktadır. Alman hukukunun etkisi ile bu yaklaşımlardan ilki "sonucun hukuka aykırılığı (Erfolgsunrecht)", ikincisi ise "davranışın hukuka aykırılığı (Verhaltensunrecht)" olarak ifade edilmektedir. İhlal edilen hakkın bir mutlak hak olması halinde sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı doğrultusunda hukuka aykırılığın oluştuğu kabul edilmektedir. Mutlak hakkın ihlaline yönelik olmayan bir fiil neticesinde bir salt malvarlığı zararı meydana gelmiş ise, özel koruma normları dikkate alınarak davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı doğrultusunda hukuka aykırılık belirlenmektedir. Esasen BK m. 49 hükmü incelendiğinde böyle bir ayrımın yapılması dikkat çekicidir. Zira hükmün genel nitelikte kaleme alınmış olması sebebiyle söz konusu ayrım BK m. 49'da *de lege lata* karşılık bulmamaktadır. Oysa öğreti ve uygulama objektif hukuka aykırılık teorisini benimsemektedir. Bu kabulün sonucu olarak da "mutlak hakların dolaylı ihlali", "tehlike ilkesi", "salt malvarlığı zararları", "özel koruma normu", "normun koruma amacı teorisi" gibi bir dizi hukuki kurum ve kavram tartışmaların odağında yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sübjektif Hukuka Aykırılık Teorisi, Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi, Normun Koruma Amacı Teorisi, Özel Koruma Normu, Salt Malvarlığı Zararı

---

* Makale gönderim tarihi: 15.04.2019. Makale kabul tarihi: 10.05.2019.

LL.M (Münih), LL.M (Istanbul), İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Kürsüsü Öğretim Üyesi.

(ORCID kimlik no: 0000-0002-9908-9847; nilgun.basalp@bilgi.edu.tr)

SOME THOUGHTS AND CRITIQUES REGARDING THE CLASSICAL THEORIES OF UNLAWFULNESS IN TORT LAW

Abstract: The classical theories of unlawfulness are *the theory of subjective unlawfulness* and the *theory of objective unlawfulness*. The first theory states that all actions which lead to damages are considered to be unlawful and the only determining criterion of unlawfulness in the event of a violation is whether there is a reason for compliance with the law. The second theory is under the influence of German law based on two approaches. The first of these approaches is the unlawfulness of the result ("*Erfolgsunrecht"*) and the second is the unlawfulness of the behavior ("*Verhaltensunrecht"*). In the event that the right infringed is an absolute right, it is accepted that unlawfulness is a result of the violation by itself. In the case of pure economic loss, special protection norms determine whether there is any violation of the law. Actually, since Art. 49 Turkish Code of Obligations is a general provision, such a differentiation cannot be grounded de *lege lata*. However, doctrine and practice still adopt the theory of objective unlawfulness. As a result of this recognition, a number of legal terms such as "indirect violation of absolute rights", "danger principle", "pure economic loss", "special protection norm" are discussed.

Keywords: Theory of Subjective Unlawfulness, Theory of Objective Unlawfulness, Theory of Protection under the Purpose of Norms, Pure Economic Loss

GİRİŞ

Haksız fiil sorumluluğunda ana ilkeyi oluşturan kusur sorumluluğu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrası ile düzenlenmiştir. Buna göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bir kimse bu zararı gidermekle yükümlü olacaktır[1]. 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, haksız fiil sorumluluğunun bu unsurlarına kanun

---

1 Tandoğan, Haluk, **Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet**, Ankara 1961, s.21; Tekinay, Selahattin Sulhi /Akman, Sermet /Burcuoğlu, Haluk /Altop, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 475; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 12; Nomer, Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2018, N. 98 vd; Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2018, s. 540; Tercier, Pierre/ Pichonaz, Pascal/ Develioğlu, H.Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2016, s. 571; Antalya, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, Legal Yayıncılık, 2018, s. 39.

koyucu tarafından yeni kanunda işaret edildiğini görmekteyiz. Bu unsurlardan hukuka aykırılık unsuru ve onu irdeleyen klasik teoriler çalışmamızın temel inceleme konusunu oluşturacaktır.

Zararı meydana getiren bir fiilin hukuka aykırı olması o zararın tazminata konu olmasına imkan yaratmaktadır. Bir başka ifade ile, fiil hukuka aykırı değilse bir tazminat sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır ve zarar meydana geldiği şekliyle kural olarak zarar görenin üzerinde kalacaktır. Bu sebeple işlem güvenliği nedeniyle bir fiilin ne zaman hukuka aykırı olacağının belirlenmesinin önemi açıktır. Zira hangi fiilden dolayı tazminat sorumluluğu ile karşı karşıya kalınacağının bilinmesi buna bağlıdır.

Bir fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle söz konusu fiilin bir insan davranışına karşılık gelmesi gerektiği kuşkusuzdur[2]. Söz konusu davranışın hukuka aykırı olduğu ifade edildiğinde ise bu davranışın hukuk düzenini ihlal ettiği sonucuna varılmaktadır[3].

TBK m. 49 hükmüne bakıldığında hukuka aykırılığın neye karşılık geldiği konusunda hükmün bir açıklık içermediği, yasa koyucunun hâkime oldukça geniş bir takdir alanı bıraktığı görülmektedir. İlerleyen teknoloji, değişen toplumsal ilişkiler ve hayat algılarımız karşısında karmaşıklaşan bireylerarası sorunlar nedeniyle bu takdir alanının olması zaruridir. Ancak bu takdir yetkisinin sınırlanması da bir o kadar önemlidir. Özellikle salt malvarlığı zararlarının tazmininin olanaklı olabilmesi adına hukuka aykırılığın tespiti için özel koruma normu kavramının zaman zaman esnetildiği, hâkimin

---

2 İBBGK, E. 2017/5 K. 2018/7, 06.07.2018; Kaneti, Selim, **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru,** İstanbul 2007, s. 34 ve 115; Oğuzman/Öz, s. 12 vd; BGer 4C.296/1999, E. 1a; BGE 116 Ia 162 (169), E. 2c; Deutsch, Erwin, **Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt**, 2. Auflage, München 1995, s. 455; Fellmann, Walter, "Widerrechtlichkeit: drei Theorien für ein Problem - Versuch einer Zwischenbilanz", in: **ZSR** 2009 I, s. 473 – 496, s. 492 vd; Giger, Hans, "Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden", in: Peter, Hans /Stark, Emil/Tercier, Pierre (Hrsg), **Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht**, Freiburg i. Ue. 1982, s. 369 - 396, s. 382.

3 Brehm, Roland, **Berner Kommentar**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 – 61, 4. Aufl, Bern 2013, Art. 41 N. 33; Merz, Hans, Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, Sonderabdruck aus **ZBJV** (1955) 91bis, S. 301–333, s. 306; Verde, Michel, "Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht", in: **Jusletter** 18. April 2016, s. 1-51, s. 3; Musielak/Hau, **Grundkurs BGB**, 15. Auflage 2017, N. 1122.

hakkaniyet düşüncesiyle gerek gördüğü hallerde bir norma "özel koruma normu[4]" özelliğini atfettiği görülmektedir[5].

TBK m. 49'un unsurlarının yorumlanmasında keyfi davranılması ne kadar amaca aykırı ise katı davranılması da bir o kadar tehlikelidir. Her iki tutum yeni sorumluluk temeli arayışlarına kapı aralayacaktır. Bunun ise sözleşmesel sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğu gibi birçok yönüyle kanun ile düzenlenmiş sorumluluk rejimleri karşısında aynı derecede bir kanuni temele sahip olmayan sorumluluk temellerinin kurgulanmasında bir dizi başka sorunu beraberinde getireceği açıktır. Nitekim güven sorumluluğunun dayandırılacağı yasal temel ve bunun doğuracağı hukuki sonuçlar nedeniyle öğretide süregelen tartışma bu açıdan kayda değerdir[6].

Hukuka aykırılık unsurunun tanımlanması ve özellikle öğretide ileri sürülen teoriler karşısında değerlendirilmesi sorumluluk rejimi yönünden yapılan bu tartışmalara da ışık tutacaktır. Ayrıca hukuka aykırılık konusunda benimsenecek görüşünün hukuka aykırılığın kusur ile yakın ilişkisi nede-

---

4 Bkz. Aşağıda II C.

5 Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 33g; Gauch, Peter/ Sweet, Justin, "Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden", in **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Zürich 1989, s. 122; Franz Werro, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR – Plädoyer für ein modifiziertes Verständnis von Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Haftpflicht, **ZSR** 1997 I, s. 343-385, s. 383; Roberto, Vito/Rickenbach, Jennifer, "Was ist eine Schutznorm?", **ZSR** 2012 I, s. 185 – 200, s. 195; Çağlayan Aksoy, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini,** İstanbul 2016; s. 182 vd. Benzer bir gözlemi haksız fiilin oluşmasında aranan bir diğer unsur olan kusur unsuru ve bu bağlamda özellikle kusurun türlerinden ağır ihmal kavramına odaklanan yargı kararları için de yapmak mümkün. Ağır ihmale ilişkin Yargıtay kararlarına dair bu tespit ve eleştirisi için bkz: Başalp, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s. 232 dn. 195.

6 Çok tartışmalı olmakla birlikte, birçok yazar güven sorumluluğunu sözleşme dışı sorumluluğu doğran sebeplerden biri olarak görmektedir. Ve hatta güven sorumluluğunun sözleşme ile haksız fiil sorumlulukları arasında yer alan üçüncü bir borç kaynağı (extra legem causae obligationis) olduğu da ileri sürülmektedir. Tartışma için bkz: Walter, Hans Peter, "Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages", in **ZBJV** 132/1996, s. 273-295; aynı yazar, "Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?", **ZSR** 2001, s. 79 - 100, s. 90; Bucher, Eugen, "Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?", Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis: **Festschrift für Hans Peter Walter zum 60. Geburtstag,** hrsg. von Peter Forstmoser et al, Bern 2005, S. 231-262, s. 235; Kırca, Çiğdem, **Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk**, Ankara 2004, s. 111. Buna karşılık yeni bir kaynağın yaratılmasına gerek olmadığı ve sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin güven sorumluluğu bakımından kural olarak yeterli olduğu görüşü için bkz: Peter Loser, **Die Vertrauenshaftung,** Bern 2006, s. 733 ve 734.

niyle haksız fiil hukuku alanında tutarlı bir değerlendirmenin yapılabilmesi bakımından da önemi açıktır.

Öğretide hukuka aykırılığın tanımlanmasında geçen yüzyılda savunulmuş olan sübjektif hukuka aykırılık teorisi etkisini yitirmekle birlikte objektif hukuka aykırılık teorisi hâlihazırda etkinliğini korumaktadır. Ancak yakın zamanda bu teorilerin karşısında "üçüncü hukuka aykırılık teorisi[7]" ya da "yeni hukuka aykırılık teorisi[8]" başlığı altında tartışılan bir dizi başka teori de savunulur olmuştur. Biraz yanıltıcı bir isimlendirme olmakla birlikte, tek bir teoriden ziyade "üçüncü hukuka aykırılık teorisi" ya da "yeni hukuka aykırılık teorisi" aslında yalnızca bir başlık olup, altında öğretide yaklaşım farkı ile birbirinden ayrışan bir dizi teori anılmaktadır[9]. Bu teoriler hukuka aykırılığı ya özen yükümlülüğüne ya bir koruma yükümlüğüne ya da üstün bir menfaate aykırı olmasına dayandırmaktadırlar[10]. Ayrıca bu başlık altında yer almayan ancak yine de yakın zamanda savunulmuş başkaca hukuka aykırılık teorileri de bulunmaktadır[11].

Yukarıda anılan teorilerden öğretide klasik teoriler olarak bilinen "Sübjektif Hukuka Aykırılık Teorisi" ve "Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi" bu çalışmanın temel inceleme konusunu oluşturacaktır. Çalışmanın sınırlanması gereği karşısında bu teorilerin kapsam ve sınırlarının ortaya konulması ile birlikte anılan teorilerin eleştirilmesi ile yetinilecektir.

---

7 Fellmann, Walter / Kottmann, Andrea, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Bern 2012, N. 287; Schönenberger, Beat, Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie, **HAVE/REAS** 2004, s. 3-12, s. 3; Werro, s. 345 vd; Widmer, Corinne, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, **ZSR** 2001 I, S. 101 vd.; Loser-Krogh, Peter, Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, **ZSR** 122 (2003) II, s. 127 ff., s. 143; Çağlayan Aksoy, s. 226 vd; Kurtulan, Gökçe, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, **MÜHFHAD**, C. 23, S. 1, s. 465-503, s. 477 vd.

8 Yeni hukuka aykırılık görüşü için bkz: Akçura Karaman, Tuba, "Haksız Fiil Hukukunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı", **GSÜHFD,** 2004 I, Yıl 3, Sayı:1, s. 553 – 583, s. 565-569.

9 Verde, Michel, **Straftatbestände als Schutznormen im Sinne de Haftpflichtrechts**, Luzern 2014, N. 294.

10 Bu tespit için bkz.: Çağlayan Aksoy, s. 226/227.

11 İsviçre öğretisinde hukuka aykırılığa ilişkin olarak on teorinin tartışılmakta olduğunu tespit etmek mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz: Verde, Straftatbestände, N. 292.

I. SÜBJEKTİF HUKUKA AYKIRILIK TEORİSİ

1. Kavram

Sübjektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca her zarar verici eylem hukuka aykırı kabul edilmektedir. Hukuka aykırılığın belirlenmesinde zararın türünün bir önemi bulunmamaktadır. Zarar ister mutlak hak ihlalinden doğsun ister mutlak hak ihlal edilmeksizin bir salt malvarlığı zararı[12] söz konusu olsun, her zarar verici eylem hukuka aykırı kabul edilmektedir. Hukuka aykırılığın oluşup oluşmadığında tek belirleyici kriter ise eylemi hukuka uygun kılan bir hukuka uygunluk nedeninin olup olmamasıdır. Bir hukuka uygunluk nedeni varsa artık hukuka aykırılığın oluşmayacağı kabul edilmektedir[13].

Bu teorinin dayandığı düşünce 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükmünün Fransızca metninde Almanca metnine nazaran bir çeviri yanlışlığı oluşturan "*hak olmaksızın*" ibaresinin kullanılmış olmasından doğmaktadır[14]. Bu ibareye dayanarak zarar veren bir davranışın başlı başına hukuka aykırı olduğu, ancak failin söz konusu davranışta bulunmaya hakkı[15] olduğunu ispat etmesi halinde davranışının hukuka aykırı olmayacağı sonucuna varılmaktaydı[16]. Sonuç olarak, 1811 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu m. 41 f. 1'in Fransızca metninde "*hak olmaksızın*" derken hukuka uygun surette oluşmuş zararları istisna ettiği ve dolayısıyla tüm hukuk düzenine atıfta bulunmadığı, hükmün bilfiil hukuka

---

12 Salt malvarlığı zararları mutlak hak ihlali olmaksızın mağdurun malvarlığında eksilme yaratan kayıplardır. Bkz: Oftinger, Karl/Stark, Emil, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Zweiter Band Besonderer Teil - Erster Teilband, § 4 N. 94 vd; Honsell/Isenring/Kessler, § 4 N. 20; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 38d vd; Büyüksağiş, Erdem, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul 2007, N. 159 vd. Salt malvarlığı zararlarının tazmini sorunu karşılaştırmalı hukukta da yoğun bir şekilde tartışılan önemli sorunlardandır. Bkz: Roberto, Vito, "Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens", **AJP/PJA** 5/99, s. 511 – 523.

13 Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 33e; Cartier, Michael, **Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR,** Doktora Tezi, Universität St. Gallen, Eschen FL 2007, N. 11.

14 Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 78.

15 Hükümde yer alan hak kelimesinin "hak, yetki ve talep" (*Recht, Befugnis und Anspruch*) anlamında kullanılmış olduğu aktarılmaktadır. Bkz: Gabriel, Bruno, **Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter besonderer Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden**, Doktora Tezi, Entlebuch 1987, N. 213 ve 288.

16 Burckhardt, Walther, Kriminalpolitische Anforderungen an das schweizerische Zivilgesetzbuch, **ZStR** 15 (1902), s. 233 vd, s. 238-240; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 77.

aykırılığı kuran bir norm olarak dikkate alınması gerektiği kabul edilmekteydi. Bu haliyle hukuka uygunluk nedenlerinin olmadığı bir somut olayda "*serbest olmayan yasaktır*" şeklinde özetlenebilecek bir yaklaşımla hukuka aykırılığın oluştuğu sonucuna varılmaktaydı[17].

Anılan ibare 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'ndan çıkarılmış ve hükmün lafzen düzeltilmesi ile "*haksız bir şekilde*" ibaresine dönüştürülmüştür[18]. Bu değişiklikle birlikte aslında sübjektif hukuka aykırılık teorisinin bir hukuki temelinin kalmadığı öğretide ifade edilmektedir[19]. Nitekim Türk-İsviçre uygulamasında ve öğretisinde günümüzde sübjektif hukuka aykırılık teorisi reddedilmektedir[20].

Ancak sübjektif hukuka aykırılık teorisinin hukuk sistemimizde tamamen anlamsız kaldığını söylemek de doğru olmayacaktır. Zira MK m. 23/f.2'ye bakıldığında sübjektif hukuka aykırılık teorisinin kanun koyucu tarafından adeta teoriye örnek oluşturacak şekilde düzenlendiğini tespit etmek mümkündür[21].

2. Sübjektif Hukuka Aykırılık Teorisine Yöneltilen Eleştiriler

Sübjektif hukuka aykırılık teorisine yöneltilen en güçlü eleştiri, haksız fiil hukukunun işlerliği adına hukuka uygunluk nedenlerinden oluşan yeni bir sistemin oluşturulması ihtiyacı ile öğreti ve uygulamayı karşı karşıya

---

17 Verde, Michel, Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht, in: **Jusletter** 18. April, 2016, s. 1-51, s. 5/6 N. 5; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 78.

18 Bkz.: Gabriel, N. 595 vd; Çağlayan Aksoy, s. 159 dn. 369.

19 Bosshard, Erich, **Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR**, Zürich 1988, s. 46; Cartier, N.13; Atamer, Yeşim M, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması - Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, Beta Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 25; Çağlayan Aksoy, Pınar, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 216; Akçura Karaman, s. 560; Kurtulan, Gökçe, s. 468. Karş. Gabriel, N. 607 vd.

20 Bosshard, s. 46; Roberto, Vito, **Haftpflichtrecht,** Bern 2013, N. 04.03; Antalya, s. 40. Bu teoriyi savunan yazarlar için bkz: Kaneti, Hukuka Aykırılık, s.77 dn. 2'de belirtilen yazarlar; Simonius, August, **ZSR** 1947 I 36; aynı yazar, Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung einiger Grundsätze des Privatrechts, **ZSR** 71 (1952) s. 237 vd, s. 262: "*Kişilik hakkına yapılan müdahalelerin hukuka aykırılığı zarar verenin sahip olduğu bir hakkına ya da bu hakkın sınırlarına aykırı davranmış olmasından doğmaktadır*"; Gabriel, N. 213 ve 288.

21 Aynı yönde: Fellmann/Kottmann, N. 275 ve N. 283.

bırakmasıdır[22]. Zira ya tüm ihtimalleri göz önünde tutan, kazuistik şekilde hazırlanacak bir hukuka uygunluk sebepleri kataloğu ile haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması gerekecek[23]; ya da kanun koyucu tarafından hâlihazırda sınırlı sayıda düzenlenmiş mevcut hukuka uygunluk nedenleri dahilinde haksız fiil sorumluluğu sınırlandırılmaya çalışılacaktır. Oysa hukuka uygunluk nedenlerinin içerdikleri takdir unsuru nedeniyle birçok açıdan hâkimin takdirine bağlı olması ve ilgili hukuka uygunluk nedenlerinin somutlaştırılmasında zorluklar ile karşı karşıya kalınacak olunması gerekçesiyle bu yaklaşımın da uygulamada belirsizliğe yol açacağı ileri sürülmektedir[24]. Nitekim her iki sınırlama gayretinin ne kadar büyük bir zorluk ile karşı karşıya kalacağı ve aslında sözleşme dışı sorumluluk rejiminin genişlemesi sonucunu beraberinde getireceği aşikârdır[25].

Sübjektif hukuka aykırılık teorisine yöneltilen bir diğer önemli eleştiri, bu teorinin ispat yükünü tersine çevirmesidir. Kişi bir davranışta bulunmaya hakkı olduğunu ispat ederek meydana gelen zarardan sorumlu tutulmayacaktır. Bir başka ifadeyle, zarar veren kişi tazminat ödeme yükümlülüğü altında kalmamak için zarar verici davranışta bulunmaya hakkı olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulacaktır. Oysa özgürlüğün olduğu yerde kişinin bir faaliyette bulunmaya hakkı olduğunu ispat etmesi beklenmez. İspat hukuku kuralları çerçevesinde aslında beklenen zarar görenin zararını ve zarar ile uygun illiyet içinde bulunan "zarar verici davranışı" ispat etmesidir. Bu çerçevede ispat edilen olgular karşısında hâkimin hukuka aykırılığın varlığını tespit etmesi beklenir. Hukuk sistemimize uygun olan yaklaşım budur[26].

Son olarak, zarar verenin hukuka uygunluk nedenini ispat etmesi beklenirse bu ispatın getirilmediği her ihtimalde zarar verici fiil kural olarak haksız fiil oluşturacaktır. Bu kabul ise haksız fiil hukukunun amacı ile bağdaşmaz. Zira bu amaçlardan bir tanesi de kişilerin fiillerinin sonuçlarını öngörebilmeleri ve buna yönelik tedbirleri almalarını sağlamaktır, bir başka deyişle kişiler daha özenli davranmaya sevk edilerek muhtemel zararların

---

22 Gauch, Peter, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, in: **recht** 1996, S. 225–239, s. 14 dn. 87; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 33g.

23 Bu sonuç ise sosyal gerçeklerle bağdaşmayacaktır: Gauch/Sweet, s. 138; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 33g.

24 Gabriel, N. 835.

25 Çağlayan Aksoy, s. 221.

26 Verde, Straftatbestände, N. 325; Fellmann/Kottmann, N. 286.

önlenmesi amaçlanır[27]. Ancak bu olanak sağlandığı ölçüde kişiler hangi hareketlerinin sorumluluk doğuracağı ve buna bağlı hangi davranışlardan kaçınmaları gerektiği konusunda bilgi sahibi olabilecektir. Eğer kişilere öngörülü davranmalarına olanak vermeyen bir anlayış benimsenmeyecek olursa kişiler serbestçe hareket edemeyeceklerdir. Bu kabulün ise toplumsal ilerlemenin ön koşulu olan girişim özgürlüğü ve rekabete baştan sınırlayıcı bir etkide bulunacağı ve sosyal gerçeklerle bağdaşmayacağı kuşkusuzdur[28].

II. OBJEKTİF HUKUKA AYKIRILIK TEORİSİ

1. Kavram

Objektif hukuka aykırılık teorisinin çıkış noktası normlar bütünü olarak algılanan hukuk düzeni[29] olup hukuka aykırılık "objektif hukuk"a aykırılığı ifade eder[30]. Bir başka deyişle, "hukuken bağlayıcı normlar bütünü" olarak ifade edilebilecek hukuk düzeninin kendisi hukuka aykırılığın belirlenmesinde temel belirleyici ölçüttür. Bu ölçüt "*contra ius*" olarak ifadesini bulurken[31], hukuka aykırılık değerlendirmesinde "*yasak olmayan herşey hukuka uygundur*[32]" şeklinde kendini gösterir.

Objektif hukuka aykırılık teorisinin dayanak noktaları incelendiğinde, iki temel yaklaşım göze çarpmaktadır. Alman hukukunun etkisi ile bu yaklaşımlardan ilki "sonucun hukuka aykırılığı (Erfolgsunrecht)", ikincisi ise "davranışın hukuka aykırılığı (Verhaltensunrecht)" olarak ifade edilmek-

---

27 Zeuner, Soergel Kommentar, BGB § 823 N. 2: "*Neyin yasak olduğu neyin de yasak olmadığı henüz davranışta bulunulduğu anda belli olmalı ki, insani davranışlara ilişkin olarak hukuk düzeni yol gösterici görevini yerine getirebilsin*."; Bosshard, s. 3; Atamer, s. 98; Kerem Cem Sanlı, **Haksız Fiilin Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi,** Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 155/156 vd.

28 Kaneti, Selim, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Önemi", **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu,** Ankara 1977, s. 39; aynı yazar, Hukuka Aykırılık, s. 80/81; Sanlı, s. 407; Çağlayan Aksoy, s. 223; Fellmann/Kottmann, N. 284.

29 BGE 32 II 273, 279; Merz, s. 308; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 478 vd; Atamer, 25 vd.

30 Oser, Zürcher Komm, Ziff. III/1 zu Art. 41 OR; Akçura Karaman, s. 562; Çağlayan Aksoy, s.160.

31 Verde, Straftatbestände, N. 295.

32 Gabriel, N. 213-215 ve 227.

tedir[33]. İhlal edilen hakkın bir mutlak hak olması halinde sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı[34] doğrultusunda hukuka aykırılık oluşmaktadır. Mutlak hakkın ihlaline yönelik olmayan bir fiil neticesinde bir malvarlığı zararı (salt malvarlığı zararı) meydana gelmiş ise, malvarlığını korumak için ihdas edilen özel koruma normları[35] dikkate alınarak davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı[36] doğrultusunda somut olayda hukuka aykırılığın oluşup oluşmadığı belirlenmektedir.

Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı çerçevesinde bir mutlak hakkın ihlal edilmiş olması gerekli görülürken, salt bu sonuç zarara yol açan davranışın hukuka aykırı kabul edilmesi için yeterli kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, mutlak hakların ihlalleri söz konusu olduğunda hukuka aykırılık kendiliğinden oluşmaktadır. Bu bağlamda hayat, vücut bütünlüğü, kişilik hakkı, ayni haklar ve fikri haklar bu korumadan istifade ederler ve failin davranışından bağımsız olarak ihlalleri her hal ve şartta hukuka aykırıdır[37]. Davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ise özel bir koruma normunun ihlal edildiği düşüncesine dayanmaktadır.

Her iki yaklaşımın aslında birbirine alternatif oluşturmadığı, birbirini tamamlamakta olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Zira sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı sayesinde tehlike sorumluluklarında hukuka aykırılık oluşmaktayken[38], salt malvarlığı zararlarında ise davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ile tazminat sorumluluğu söz konusu olabilmektedir[39].

---

33 Gauch/Aepli/Stöckli, **Präjudizienbuch zum OR,** Zürich 2002, N 1 zu Art. 41 OR; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 34; Akçura Karaman, s. 564; Çağlayan Aksoy, s. 163 ve 171; Kötz, N. 103-105.

34 Gabriel, N. 245; Cartier, N. 88; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 35; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 21; Oğuzman/Öz, s. 15; Çağlayan Aksoy, s. 162/163.

35 Bkz. Aşağıda II C.

36 Gabriel, N. 245; Cartier, N. 168; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 38b; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 21; Oğuzman/Öz, s. 15; Çağlayan Aksoy, s. 171/172.

37 Musielak/Hau, N. 1123; Fellmann/Kottman, N. 291 ve N. 292 vd; Verde, Straftatbestände, N. 326.

38 Tehlike sorumluluğunda hukuka aykırılığın aranıp aranmadığı tartışması için bkz: Atamer, s. 74; Kaneti, s. 147; Roberto, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Schulthess, Zürich 2002, N. 500; Başoğlu, Başak, Tehlike Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Tartışması, **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 163 – 184, s. 173; Verde, Jusletter, s. 49 – 51; ÇEKİN, Mesut Serdar, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu**, Oniki Levha, İstanbul 2016, s. 257 – 270.

39 Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 41b.

2. Davranış (Koruma) Normuna Aykırılığın Kurucu Unsur Vasfı

Objektif hukuka aykırılık teorisinin dayandığı her iki yaklaşım yakından incelendiğinde, aslında ister sonucun hukuka aykırılığı söz konusu olsun, ister davranışın hukuka aykırılığı söz konusu olsun, somut olayda ihlal edilen norm hukuka aykırılığı kurmaktadır. Bir başka deyişle, hukuka aykırılığın oluşmasında bir davranış normunun ihlal edilmiş olması adeta kurucu unsur niteliğindedir[40].

Hukuka aykırılığı kuran davranış normları, kişilerin başkasına zarar vermesini yasaklayan veya başkasına zarar vermekten kaçınmaları için kişilere belirli yükümlülükler yükleyen hukuk kurallarıdır[41]. Bu kuralların kaynağı kamu hukuku olabileceği gibi özel hukuk da olabilir[42].

Amacı nedeniyle ihlallere karşı koruma sağlayan bu davranış normları "koruma normu" olarak nitelendirilir[43]. Yukarıda anılan davranış normları da temel koruma normu ve özel koruma normu olmak üzere iki farklı görünüm biçimine sahiptir. Temel koruma normları, kişilerin mutlak haklarını korumayı amaçlayan davranış normlarına karşılık gelirken[44]; özel koruma normları kişilerin malvarlıklarını korumayı amaçlayan davranış normlarına karşılık gelmektedir[45]. Bu kuralların ayrıca yazılı olması da zorunlu olma-

---

40 Örneğin Oftinger de, *"çoğu zaman açıklıkla görülmediğine"* işaret ederek, norm ihlalinin mutlak hak ihlalinin yarattığı etkinin bir yansıması (*Reflexwirkung*) olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz: Oftinger, Karl/Stark, Emir, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Erster Band, § 4 N. 132 dn. 30. Aynı yönde: Fellmann, ZSR 2009, s. 495.

41 Akçura Karaman, s. 562; Çağlayan Aksoy s. 156; Verde, Jusletter, s.4; Kurtulan, s. 471.

42 Merz, s. 308; Tandoğan, Mesuliyet, s. 25; Eren, s. 613; Kaneti, Kusur, s.40; aynı yazar, Hukuka Aykırılık, s. 157 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 476; Oğuzman/Öz, s. 14/15; Atamer, s. 74/75; Oser/Schönenberger, Art. 41, N.12; Abik, s. 369.

43 Roberto/Rickenbach, s. 186.

44 Temel koruma normunu karşılayan davranış yükümlülüğü soyut nitelikteki emir ve yasaklar olarak karşımıza çıkar. Söz konusu davranış yükümlülüğü aslında kişiye mutlak hak ihlaline yol açmadan davranmayı emretmektedir. Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 43. "*Neminem laedere*" olarak bilinen bu davranış yükümlülüğü bir temel koruma normu oluşturmaktadır. Giger, s. 379; Oswald, s. 30. Bu anlamda öğretide ifade edildiği üzere, "*başkasına ait hayat, mülkiyet, sağlık ve vücut bütünlüğü, kişilik hakkı ve fikri hakları ihlal etmemelisin!*" şeklindeki davranış yükümlülüğü sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımın temelinde yer almaktadır. Bkz: Merz, s. 309.

45 Eren, s. 620; Schwenzer, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht,** Bern 2016, N. 50.29; Çağlayan Aksoy, s. 161; Abik, s. 371.

makla[46] birlikte, özel koruma normlarının hukuk güvenliği adına yazılı olması gerektiği[47] savunulmaktadır[48].

---

46 Merz, s. 308; Tandoğan, Mesuliyet, s. 25; Atamer, s. 75; Eren, s. 551; Kaneti, Kusur, s.40; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 476; Oğuzman/Öz, s. 14/15; Sanlı s. 408; Abik, Yıldız, "Normun Koruma Amacı Teorisi", **AUHFD**, 59 (3) 2010: 345-448, s. 369; Fellmann/Kottmann, N. 290; Verde, Jusletter, s. 4; Kurtulan, s. 471. Yazılı olmayan hukuk kurallarına başvurulduğunda, hukuk güvenliği gerekçesiyle toplumdaki adalet algısını sarsmamak adına bağlayıcılığı kabul edilen, örf ve adet niteliğini kazanmış davranış kurallarının haklı olarak dikkate alınması gerektiği yönünde: Kaneti, Kusur, s. 40.

47 Salt malvarlığı zararları ile mutlak hak ihlallerinden doğan zarar ayrımının Türk-İsviçre hukukunda benimsenmesine neden olan Alman hukukuna bakıldığında, özel koruma normlarının örf ve adet hukuku ya da hakimin hukuk yaratması yoluyla oluşturulmasının mümkün olamayacağı § 823 BGB'ye ilişkin bazı şerhlerde ifade edilmektedir. Bkz: Soergel/Spickhoff, § 823 BGB N. 186; Wagner, Münchner Komm, § 823 BGB N. 328. Buna karşılık özel koruma normu kavramının yarattığı belirsizliklerin bertaraf edilmesi amacıyla işlem hayatında gerekli tedbirleri alma yükümlülüklerinin (*Verkehrspflichten*) yazılı olmayan özel koruma normu şeklinde oluşturulması yönünde: Lorandi, s. 26.

48 Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 51b - 52; Atamer, s. 76; Abik, s. 372; Çağlayan Aksoy, s. 174 ve 180. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında bazı yazılı olmayan davranış normlarına da "özel koruma normu" niteliğini atfetmektedir. Örneğin, BGE 130 II 193, 197; BGer 4C.54/2004, v. 1.6.2004, E.2.3'de belirtilen tehlike ilkesi. Buna göre, tehlikeli bir durum yaratan bir kişinin bu tehlike nedeniyle başka kişilerin zarar görmesini önleyecek tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bkz: Honsell/Isenring/Kessler, § 4 N. 31-37; Akçura Karaman, s. 577 vd; Antalya, s. 59 – 61. Hiç kuşkusuz kişinin bu yönde bir davranışta bulunma yükümlülüğünün olup olmadığının tespiti somut olayda olası zararların öngörülebilirliği, yaratılan tehlikenin boyutu, alınması gereken tedbirlerin failden beklenebilirliği gibi tüm şartlarının değerlendirilmesine bağlıdır. Ancak eğer bu değerlendirme neticesinde failin bir davranışta bulunma yükümlülüğünün olduğu kabul edilirse, o halde artık ilgili kişinin yarattığı tehlikenin olası zararlarını önlemek üzere davranışta bulunmamış olmasının hukuka aykırı kabul edileceği ileri sürülmektedir. Bkz: Oswald, Christoph, **Analyse der Sorgfaltspflichtverletzungen im vertraglichen wie im ausservertraglichen Bereich**, Zürich 1988, s. 32/33; Fellmann/Kottmann, N. 348, 579-581; Schwenzer, N. 50.32; Ayrıca bkz: BGE 106 IV 80; 116 Ia 169; 121 III 358, 360. Tehlike ilkesinin haksız fiilin unsurlarından hukuka aykırılık aşamasında dikkate alınıyor olması haklı olarak eleştirilmektedir, aslında kusur aşamasında özen borcuna aykırılık anlamında dikkate alınması gerekmektedir. Bu yönde: Oftinger/Stark, I, § 4 N. 107; Widmer, Pierre, Gefahren des Gefahrensatzes, ZBJV 1970, s. 289 - 330; s. 305; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 45; Honsell/Isenring/Kessler, § 4 N. 35; Çağlayan Aksoy, s. 193 vd. Ayrıca bkz: BGE 119 II 127, 129; BGE 124 III 297, 300; BGer 4C. 119/2000 v. 2.10.2000, E. 2/b; BGer 4A 104/2012 v. 3.8.2012. İsviçre Federal Mahkemesi burada anılan son kararında, salt malvarlığı zararlarını ayrı tuttuğunu vurgulayarak, mutlak hakların bir yapmama fiili ile ihlâli söz konusu olduğunda ve somut olayda özel bir koruma normunun olmadığı bir kurguda tehlike ilkesinin hukuka aykırılığın oluşmasında etkili olabileceğini hüküm altına almaktadır: "*Der Gefahrensatz, wonach derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, die zur Vermeidung eines Schadens*

Özel koruma normu vasfını haiz normların tespiti hukuk düzeninin bütünü dikkate alınarak somut olayda hâkim tarafından yapılacaktır[49]. Ancak bir normun ne zaman temel koruma normu oluşturacağı açık olmakla birlikte, aynı açıklık özel koruma normları için bulunmamaktadır. Bu sebeple özel koruma normunun belirlenebilmesi adına öğretide ileri sürülen ölçütler aşağıda ayrı bir başlık altında inceleme konusu olacaktır.

3. Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi Bakımından "Özel Koruma Normu" Ve "Normun Koruma Amacı Teorisi" Hakkında Bazı Tespitler

A- Özel Koruma Normu Kavramı

Davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının merkezinde "özel koruma normu" kavramı yer almaktadır. Bir mutlak hak ihlalinin olmadığı yerde oluşan bir malvarlığı zararının tazmininin mümkün olup olmaması, bir başka ifade ile mutlak haklar dışında kalan hak ve menfaatleri ihlal eden bir davranışın hukuka aykırılığı bu davranışın bir özel koruma normunu ihlal edip etmediğine bağlıdır[50]. Örneğin borç ilişkisinden kaynaklanan hakları; aile hukukundan veya miras hukukundan kaynaklanan hakları veya salt malvarlığı menfaatlerini ihlallere karşı koruyan normlar bu minvalde normlardır.

Alacak haklarının ihlali söz konusu olduğunda doğrudan bir hukuki korumadan yararlanmaları sözleşmesel sorumluluk hükümleri çerçevesinde tartışmasız mümkündür. Ancak haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırılık unsuru bakımından oluşabilmesi için somut olay özelinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Sadece alacak hakkının ihlal edilmiş olması ve hatta borçlunun sözleşme ihlaline bir üçüncü kişi tarafından yönlendirilmiş olması dahi doğrudan hukuka aykırılığı beraberinde getirmeyecektir [51]. Bu

---

erforderlichen Schutzmassnahmen zu ergreifen hat, ist bei der Verletzung von absoluten Rechtsgütern - im Gegensatz zu reinen Vermögensschäden (BGE 124 III 297 E. 5b S. 300 f.; 119 II 127 E. 3 S. 129 mit Hinweisen) - geeignet, bei Fehlen einer spezifischen Schutznorm eine Widerrechtlichkeit zu begründen."

49 Atamer, s. 75; Abik, s. 371.

50 Merz, s. 312/313; Oftinger/Stark, II, § 4 N. 103a; Atamer, s. 26; Roberto/Rickenbach, s. 186; Antalya, s. 53.

51 Bkz: Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 38 – 38a; Akçura/Karaman, s. 570/571; Paksoy, Meliha Sermin, **Sözleşmeyi İhlale Yöneltme,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 86 vd.

hallerde haksız fiil sorumluluğu bağlamında ancak özel bir koruma normu ihlal edilmişse hukuka aykırılık oluşabilecektir.

Salt malvarlığı zararları bakımından da aynı değerlendirmeyi yapmak mümkündür. Somut olayda özel bir koruma normunun ihlali söz konusu olmalıdır ki, bu koruma normu belirli bir davranışı zorunlu kılsın ve fail bu davranış yükümlülüğüne aykırı davranmış olsun. Aksi takdirde salt malvarlığı zararları için de hukuka aykırılık oluşmadığı için haksız fiil sorumluluğu da oluşmayacaktır[52].

Yukarıda işaret edilen önemli sonuçları ortaya çıkaracak "özel koruma normlarının" kendilerine bu niteliği kazandıran özelliklerinin ne olduğunun belirlenmesinde fayda bulunmaktadır. Karşılaştırmak amacıyla Alman hukukuna bakıldığında 100 yılı aşkın süredir tartışılan özel koruma normu kavramının tanımlanmasında ve özellikle idare hukuku mevzuatı dahilinde yaptırıma bağlanan ihlaller bakımından netliğin bulunmadığını tespit etmek mümkündür[53].

Bir normun koruma normu olarak nitelendirilebilmesi için aşağıda belirtilen dört koşulun bir arada bulunması gerekmektedir[54]. İlk olarak, bir davranışı tehlikeli olduğu için yasaklıyor olması veya bir zararın ortaya çıkmasını engellemek üzere belirli bir davranışı emretmesi gerekmektedir. Bu çerçevede ilgili normun ya bir emir ya da bir yasak içermesi aranmaktadır[55]. İkinci olarak ise, söz konusu normun ihlalinin bir yaptırımla karşılanması gerekmektedir. Ancak kabahatler bakımından öngörülen para cezaları bu niteliğin oluşması için yeterli kabul edilmemektedir, doğrudan Ceza Kanunlarında öngörülen ve cezai yaptırıma bağlanan suçlar koruma normu karakterinin oluşmasında dikkate alınmaktadır[56]. Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen suçlar ilgili hükümlerinde birer yaptırımla karşılandıkları için kural olarak bu minvalde normlardır. Bunun dışında idare hukuku mevzuatında da

---

52 Musielak/Hau, N. 1126; , Berner Komm, Art. 41 N. 38d; Kessler, **Basler Komm**, Art. 41 N. 2c; Fellmann/Kottmann, N. 291 ve N. 298 vd.; Çağlayan Aksoy, s. 172/173.

53 Roberto/Rickenbach, s. 195.

54 Roberto/Rickenbach, s. 187 – 190; Çağlayan Aksoy, s. 176 – 179.

55 Roberto/Rickenbach, s. 187.

56 Roberto/Rickenbach, s. 188/189; Antalya, s. 53. Bu çerçevede tehlike sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 71'in son fıkrasının öğretide önerildiği üzere bir özel koruma normu olarak işlev yürütmesinin olanak dahilinde olup olamayacağı özel olarak değerlendirilmelidir. Anılan görüş için bkz: Başoğlu, s. 179.

çeşitli emir ve yasaklar içeren düzenlemeler mevcuttur. Örneğin imar mevzuatı, gıda güvenliğini ilgilendiren mevzuat ilk akla gelenlerdir[57]. Bunların ihlali de pekala hukuka aykırılığı kurabilecektir[58]. Ayrıca Karayolları Trafik Kanunu, İş Güvenliği Kanunu da pekala bu etkiye sahip olabilir. Yeter ki ilgili hükümler özel koruma normu karakterine haiz olsunlar. Bunun için ayrıca üçüncü olarak, ilgili normun somut olayda zarar gören kişinin menfaatlerini korumayı özel olarak amaçlaması aranmaktadır. Burada normun sağladığı korumanın bireyin menfaatinin korunmasına özgülenmiş olması aranacaktır, yoksa toplumsal menfaatin korunması ya da kamunun genel menfaatin korunması bu anlamda dikkate alınmayacaktır[59]. Bir başka deyişle, ilgili normun koruduğu menfaat zarar görenin dâhil olduğu kişi grubunun bireysel menfaatine karşılık gelmelidir[60]. Dördüncü olarak ise, somut olayda zarar gören kişinin uğradığı türdeki bir zarardan ilgili normun onu korumayı amaçlaması aranır. Dördüncü koşul aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecek olan "normun koruma amacı teorisi" ile öğretide açıklanmaktadır.

a- Normun Koruma Amacı Teorisi

Yukarıda işaret edildiği üzere, özel koruma normlarının hukuka aykırılığı kurabilmesinin ön koşulu, söz konusu özel koruma normunun somut olaydaki kişileri ve hukuki değerleri somut olaydaki gibi (bir ihlal tarzına ya da) zararlara karşı korumayı amaç edinmesi gereğidir. Bu üçlü ölçütler bütünü olmaksızın hukuka aykırılık oluşmayacaktır. Davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı bu açıdan normun koruma amacı teorisi ile birlikte okunmaktadır. Dolayısıyla zarar veren bir davranışın hukuka aykırılığı, sadece bir normun ihlal edilmiş olması ile açıklanamamaktadır. Aynı zamanda söz konusu normun amacı dikkate alınarak ilgili normun kapsam itibariyle so-

---

57 Bkz: Oftinger, Karl/Stark, Emil, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Zweiter Band Besonderer Teil - Erster Teilband, § 4 N. 103; Honsell/Isenring/Kessler, § 4 N. 27 – 28; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 41a.

58 Hiç kuşkusuz söz konusu mevzuatın ihlalinden doğan zararın bir salt malvarlığı zararı olması gerekmektedir. Mutlak hak ihlalini beraberinde getiren her davranış mutlak hak ihlali nedeniyle halihazırda hukuka aykırıdır. Oftinger /Stark, II, § 4 N. 103a. Ancak bu kabule rağmen, salt malvarlığı zararlarının tazmini için dikkate alınan özel koruma normlarının dar yorumlanması gerektiği, özellikle bu tip zararların tazmin edilebilirliğinin haksız fiil hukukunda istisna oluşturduğu gerekçesiyle idare hukuku mevzuatının da bu dikkatle değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmalıdır. Bkz: Roberto/Rickenbach, s. 200.

59 Roberto/Rickenbach, s. 187/188.

60 Roberto, Haftpflichtrecht 2013, N. 04.32.

mut olayda oluşan zararın ortaya çıkmasını engellemeyi amaç edinip edinmemesine bakılmaktadır. Ancak bununla da yetinilmemekte, ayrıca somut normun koruma altına aldığı kişilere ve hukuki değerlere somut olayda zarar gören kişinin ve hukuki değerin dâhil olup olmadığı da değerlendirme konusu olmaktadır. Bir başka deyişle, ihlal edilen davranış yükümlülüğünü kuran normun himaye altına almayı hedeflediği kişi grubuna ve hukuki değerlere somut olayda zarar gören "kişi" ile "hukuki değerin" dâhil olup olmadığı ve ayrıca ilgili normun somut olayda oluşan zararı (ihlal tarzını) önlemeyi amaçlayıp amaçlamadığına bakılmaktadır[61]. Normun koruma amacı teorisinin haksız fiil sorumluluğunu sınırlamak adına dayanak aldığı bu üçlü ölçütler bütünü aşağıda kısaca örneklendirilerek açıklanacaktır[62]:

b- Normun Koruma Altına Aldığı Kişiler: İlgili Norm Kimi Koruyor?

Bir koruma normunun tazminat sorumluluğu doğurabilmesi için, ilgili normun somut olayda zarar görenin de içinde olduğu kişi grubunu korumak istemesi aranır. Normun korumak istediği kişi grubunun belirlenmesinin kolay olmadığı öğretide ifade edilmektedir. Birkaç örnek üzerinden konunun somutlaştırılması yararlı olacaktır:

- Türk-İsviçre öğretisinde klasikleşmiş bir kürsü örneği olarak, buzlanmaya karşı yapılması gereken tuzlamanın yapılmaması üzerine kaldırımda kayıp düşen bir müzisyenin veremediği konser dolayısıyla organizatörün uğradığı zararının tazmininin olanaklı olmaması gösterilmektedir[63].
- Türk hukukunda tartışılan önemli bir içtihat olarak, İstanbul Boğazı'ndaki tanker kazaları yüzünden denizin kirlenmesi sonucunda balık sayısının azalmasından zarar gören balık avcılarının gelir kaybı tazmini taleplerine ilişkin verilen bir Yargıtay kararı gösterilmektedir. Tazmine konu zarar "yoksun kalınan kar" olup bu bir "salt malvarlığı zararıdır" ve somut olayda ihlal edildiği iddia edilen norm eTTK m. 1062'dir. Bu hükme göre, "*Donatan, gemi adamlarının, zorunlu danışman kılavuzun veya isteğe bağlı kılavuzun görevlerini*

---

61 Fellmann/Kottmann, N. 302; Atamer, s. 79 - 85; Sanlı, s. 408; Abik, s. 351; Antalya, s. 54 - 59; Kurtulan, s. 480 – 485.

62 Ayrıntılı bilgi için bkz: Atamer, s. 80 vd.; Antalya, s. 55 vd.

63 Eren, Fikret, "Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi", **Mahmut Koloğlu'na Armağan**, Ankara 1975, s. 461 - 491, s. 472; Atamer, s. 81.

yerine getirirken işledikleri kusur sonucunda üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumludur." Yargıtay 1984 tarihli bu kararında sorumluluk hukuku kurallarının amaçsal yorumla ele alınmasını ve özellikle çevresel zararların zarar kavramına dâhil edilmesi gerektiğini belirterek "*sorumluluk hukukunun genel ve temel kurallarına hukukun temel amacına uygun düşen objektif yorum tarzının kullanılmasına*" işaret etmiştir[64].

- Türk hukukunda sık atıf verilen bir başka karar ise, temel hafriyatı yaptığı sırada eMK m. 662'yi ihlal ederek yolun çökmesine ve bu sebeple bir süre kapalı kalmasına neden olan taşınmaz malikine karşı açılan tazminat davasında davacıların, yolun kapalı kaldığı süre boyunca işletmelerine müşteri gelememesi nedeniyle uğradıkları kazanç kaybının tazmin edilemeyeceğini hüküm altına alan karardır. Davacıların, eMK m. 662'de komşu olarak kabul edilen kişiler arasında bulunmaması nedeniyle bu talep mahkemece reddedilmiştir[65]. Öğretide haklı olarak eleştirildiği üzere, eMK 662 normunun koruma amacı içinde kalan kişi grubu komşulardır, hiç kuşkusuz davalılar da komşu sıfatını haizdirler[66], ancak normun korumayı amaçladığı hukuki değer davalıların ticari menfaati ve bu anlamda kazanç kaybının ya da yoksun kalınan karın tazmini değildir[67]. Aşağıda bu kriter üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

c- Normun Koruma Altına Aldığı Hukuki Değerler: İlgili Norm Hangi Hukuki Değeri Korumaktadır?

Bir koruma normunun hangi hukuki değerleri koruduğu dikkate alınarak somut olayda zarara uğrayan hukuki değerin bu değerler arasında olup olmadığı araştırması normun koruma amacı teorisinin uygulanması koşullarından

---

64 Y. 4. HD 15.5.1984, 792/4746 Karar için bakınız: Tandoğan, Haluk, "Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanunu", **Çevre Kanunu'nun Uygulaması**, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını, Ankara 1987, s. 17-65, s. 31; Atamer s. 83; Kurtulan, s. 482.

65 Yargıtay 4. HD, E. 1977/13144, K. 1979/38, T. 8.1.1978. Karar ve/veya eleştirisi için bkz: YKD 1979/5, s. 642; Tandoğan, Haluk, "Hukuka Aykırılık Bağı", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I Sempozyumu,** İstanbul 1980, s. 16-19; Atamer, s. 81 dn. 458; Akçura Karaman, s. 572; Çağlayan Aksoy s. 178 dn. 425.

66 Aynı yönde: Tandoğan, Hukuka Aykırılık Bağı, s. 18.

67 Tandoğan, Hukuka Aykırılık Bağı, s. 18; Serozan, Rona, "Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler", **Yargı Dergisi**, Mart 1980, Sayı 47, s. 21-23, s. 21; Çağlayan Aksoy s. 178.

bir diğeridir. Eğer somut olayda ihlal edilen hukuki değer normun koruma alanı içinde yer alıyorsa bu aşamada somut olaydaki eylemin hukuka aykırı olduğu sonucuna bir adım daha yaklaşılmış olur. Yukarıdaki gibi birkaç örnek üzerinden konunun somutlaştırılması yararlı olacaktır:

- Orman arazisi ile sınırı bulunan taşınmazı üzerinde inşa ettiği evi dolayısıyla taşınmaz maliki mevzuatın orman arazileri ile yapılar arasında öngördüğü zorunlu mesafeyi korumamışsa, orman arazisinin korunması için öngörülen bu norm ihlal edilmiş olur. İlgili normun koruduğu hukuki değer doğanın korunmasıdır. Komşunun söz konusu ihlal dolayısıyla manzarasının bir kısmının kapanmış olması karşısında "komşularının manzarasının kapanmaması" ilgili normun koruma amacı içinde yer almadığı için komşu TBK m. 49 temelinde hukuka aykırılık iddiasında bulunamayacaktır[68].
- Ormanın korunması amacıyla ormandaki ağaçların kesilmesi ile ilgili getirilen bir norma aykırı surette ağaç kesilmiş olması kuşkusuz normu ihlal eder. Ancak söz konusu ağaç kesilirken yoldan geçen bir yaya düşen ağaç sebebiyle yaralanacak olursa, normun koruduğu hukuki değer "yayaların vücut bütünlülüğünün/sağlığının kesilen ağaçlar karşısında korunması" olmadığı için ilgili norma aykırılık oluşmayacaktır[69].
- Seyir güvenliği nedeniyle otobüse binebilecek yolcuların 25 kişi ile sınırlanmasına rağmen otobüse 40 yolcunun alınmış olması kuşkusuz ilgili normu ihlal etmektedir. Ancak normun koruma amacı "seyir güvenliği"dir. "Yolcuların malvarlığının korunması" bir hukuki değer olarak bu normun koruma amacı içinde değerlendirilemez. Bu sebeple, norm ihlali sonucu oluşan kalabalıktan istifade eden bir yankesicinin başka bir yolcunun cüzdanını çalması nedeniyle oluşan zarardan otobüs şirketinin bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır[70].
- Yargıtay 1977 tarihli bir kararında yukarıdaki örneğe çok benzer nitelikte bir sonuca varmıştır. Karara konu olan olayda iki gemi çar-

---

68 Oftinger/Stark, II, § 4 N. 101.

69 BGE 30 II 571 vd. Örnek için ayrıca bkz: Kramer, **JZ** 1976, s. 342.

70 Örnek için bkz: Kramer, JZ 1976, s. 342; benzer bir örnek için bkz: Atamer, s. 82.

pışmıştır. Söz konusu kazaya gemilerden birinde bulunan ve "*Deniz Ticareti Hukukunun öngördüğü kuralları"* çiğneyen bir gemi adamı neden olmuştur ve diğer deniz aracının batmasına neden olmuştur. Somut olayda ise davacı daha önce kiralamış olduğu bu deniz aracının (motorun) batması nedeniyle balık avına çıkamadığı için uğradığı zararın tazmini talep etmektedir. Yargıtay'ın da belirttiği gibi *"ihlal edilen koruyucu kural, doğrudan doğruya diğer davalının deniz aracını koruyan bir kuraldır. Davacıların ileri sürdüğü zararla ihlal edilen kural arasında bir bağ mevcut değildir"*[71].

- Bir başka kararda ise, okul servisi içindeyken meydana gelen kazada başından ve yüzünden yaralanan çocuğu için manevi tazminat talebinde bulunan anne ve babanın eBK m. 47'nin koruduğu kişi çevresi kapsamında olup olmadığı tartışılmıştır. Yargıtay, eBK m. 46-47 ile manevi tazminat talep etme hakkının, doğrudan cismani zarara uğrayan kişiye tanındığını ve yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle manevi üzüntü duyan kişilerin manevi tazminat talep edemeyeceklerini kural olarak kabul etmekle birlikte, somut olaydaki gibi hallerde, ana babanın yansıma yoluyla değil, aynı eylem nedeniyle doğrudan doğruya bir hukuki değer olarak "hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğünün" zarara uğradığını ifade ederek ana babanın tazminat taleplerine cevaz vermiştir[72].

d- Normun Önlemek İstediği Zarar/Yasakladığı İhlal Tarzı: İlgili Norm Hangi Tehlikelere Karşı Koruma Sağlamaktadır?

Bir koruma normunun hangi tehlikeleri engelleme amacı taşıdığı belirlenerek somut olayda oluşan ihlal tarzının ve zararının bu amaç kapsamında olup olmadığına bakılır. Bu araştırma normun koruma amacı teorisinin uygulama koşullarından en sonuncusudur. Eğer somut olaydaki ihlal tarzının ve zararın engellenmesi ilgili normun koruma alanı içinde yer alıyorsa bu aşamada somut olaydaki eylemin hukuka aykırı olduğu sonucuna artık varıl-

---

71 Y. 4. HD, E. 1977/5312 K. 1978/3193 T. 13.03.1978, Kaynak: www.lexpera.com.

72 Y. 11. HD, E. 2007/1193 K. 2007/4118 T. 08.03.2007. Aynı yönde: 11. HD, E. 2004/8414 K. 2005/6326 T. 16.06.2005; Haksız fiil sonucu yüzünde meydana gelen kalıcı iz sebebiyle kişinin eşinin manevi zararının normun koruma amacı içinde yer aldığı yönünde: Y. 11. HD, E. 2006/2730, K. 2007/6147, T. 19.04.2007 Kaynak: www.lexpera.com.

mış olur. Yukarıdaki gibi birkaç örnek üzerinden konunun somutlaştırılması yararlı olacaktır:

- Alman Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda trafiğe kapalı olmasına rağmen park amacıyla araç girişine izin verilen bir caddeye transit geçme niyetiyle bir araç girmiştir. Araç caddede seyir halindeyken aynı caddede park halinde bulunan bir araç ağır ihmalle park yerinden çıktığında ise iki araç çarpışmıştır. Hiç kuşkusuz ilk aracın sürücüsü transit geçme yasağının olduğu bu caddeye ilgili normu ihlal ederek girmiştir. Bu aracın içinde yan koltukta bulunan bir yolcu kaza nedeniyle ağır yaralanmıştır. Bunun üzerine zarar gören bu yolcu içinde bulunduğu aracın sürücüsünden zararının tazminini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme tazminat talebini reddetmiştir. Zira ihlal edilen normun amacı caddede trafik yoğunluğu oluşmasının önüne geçmektir, yoksa bu tür zararları engellemek değil[73].
- Demiryollarında çalışan iki işçi harekete geçen trene aceleyle binmek isteyen iki yolcuya yardım ederken, yolculardan birinin elinde bulunan havai fişek ile dolu çanta raylara düşerek büyük bir sarsıntıya neden olur. Peronda bulunan bir kantar bunun etkisi ile düşer ve başka bir yolcuyu yaralar. Somut olayda ihlal edilen normun "demiryolu işçilerinin hareket halindeki trene yolcuların binmesine yardım etme yasağı" olduğu bir an için kabul edilecek olursa, bu norm kuşkusuz somut olaydaki zararı engelleme amacını gütmemektedir[74].

B- Özel Olarak: Hukuka Aykırılık Bağı Teorisi

"Hukuka Aykırılık Bağı" teorisi Avusturyalı hukukçular[75] tarafından ABGB Art. 1294 ve Art. 1311 hükümlerini daha kullanışlı ("*praktikabel*") hale getirmek amacıyla geliştirilmiştir[76]. Teorinin hizmet ettiği temel amaç, somut olayda uygulanacak normun uygulama alanı içinde kalmayan

---

73 JR 1970, 225. Kararın yorumu için bkz: Kramer, JZ 1976, s. 341 dn 39a.

74 Örnek için bkz: Kramer, JZ 1976, s. 341 ve dn. 42'de anılan US Supreme Court kararı.

75 Josef Esser, Hans Carl Nipperdey, Armin Ehrenzweig, Ernst Rabel, Karl Wolff ve Walter Wilburg. Bu tespit için bkz: Kramer, JZ 1976, s. 338; Tarihsel gelişim için ise bkz: Atamer, s. 70 vd.

76 Bu tespit için bkz: Ernst A. Kramer, "Schutzgesetze und adäquate Kausalität", **JZ** 1976, s. 338 – 346, s. 338; Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas, Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, Berlin 2017; N. 594.

zararlardan failin sorumluluğunu bertaraf etmektir. Bu konuda bir örnek Bydlinski'yi takiben öğretide sıkça dillendirilmektedir. Buna göre, "*çevrenin korunması amacıyla getirilen normlara aykırı surette ağaçların kesilmesi ile bundan dolayı (kusur olmaksızın) bir kişinin ölmesi arasında hukuka aykırılık bağı yoktur*"[77].

Hukuka Aykırılık Bağı Teorisi ile Normun Koruma Amacı Teorisi karşılaştırıldığında her iki teorinin ortak dayanağının "*ne ultra legem restituetur* (Norm dışı zararlar tazmin edilmez)" ilkesi olduğu, ancak "*hukuka aykırılık bağının olmadığı*" ifadesi kullanıldığında bunun normun kapsamının belirlenmesinde asıl meseleleri gölgelediği, tazmin edilecek zararların belirlenmesinde normun himayesinde "hangi zararın, kimin zararının ve hangi surette meydana gelen zararın" kaldığının öne çıkması gerektiği, bu ihtiyacın ise Normun Koruma Amacı Teorisi terimi ile karşılandığı ifade edilmektedir[78]. Ayrıca "*hukuka aykırılık bağının bulunmaması*" ile kastedilenin "*somut olaydaki zararın normun uygulama alanının dışında kaldığı*" tespitinden ibaret olduğu ve aslında hâlihazırda ilgili normun hukuka uygunluğa veya aykırılığa ilişkin sınırları koyduğu belirtilmektedir[79]. Bu doğrultuda önemli bir diğer tespit ise, hukuka aykırılık unsurunun aranmadığı hallerde, sorumluluğun kurulmasında ve sınırlanmasında dikkate alınacak davranış normunun kapsamının belirlenmesinde "normun koruma amacı" ibaresinin daha *kucaklayıcı* olduğudur[80].

Bugün gelinen noktada Avusturya hukukuna özgü "hukuka aykırılık bağı" ("*Rechtswidrigkeitszusammenhang"*) teriminin Alman hukukunda reddedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Gerekçe olarak tazminat hukukuna sınırlı sayıdalık ilkesinin ("*Enumerationsprinzip"*)[81] hâkim olması nedeniyle hukuka aykırılık bağı teorisinin uygulanmasının anlamlı olmayacağı, anılan terim altında yapılan tartışmaların illiyet ve zarar başlıkları altında hâlihazırda yapılmakta olduğuna dikkat çekilmektedir[82].

---

77 Bydlinski, Franz, **Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und östereichischem Recht,** 1964, s. 41 vd. Karş. Yukarıda dn. 61 altında belirtilen BGE 30 II 571. Benzer bir örnek için ayrıca bkz: Kramer, JZ 1976, s. 342.

78 Fikentscher/Heinemann, N. 594.

79 Fikentscher/Heinemann, N. 594.

80 Atamer, s. 74.

81 Fikentscher/Heinemann, N. 594.

82 Fikentscher/Heinemann, N. 594.

III. ÖĞRETİDE VE YARGI UYGULAMASINDA OBJEKTİF HUKUKA AYKIRILIK TEORİSİ

1. Öğretide Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi

İsviçre-Türk öğretisinde baskın görüş objektif hukuka aykırılık teorisini savunmaktadır[83]. İsviçre öğretisinde objektif hukuka aykırılık teorisine ilişkin ilk temeli atan yazar Andreas von Tuhr olup, onun 1893 tarihli makalesinde[84] ifade ettiği üzere, haksız fiil sorumluluğu, ya doğrudan bir hakkın ihlali ya da bir koruma normu ile korunan bir hukuki değerin ihlali nedeniyle oluşur. O günden bu yana, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında söz konusu teorinin İsviçre hukukunda baskın görüşü oluşturduğunu birçok yazar tespit etmektedir[85]. Türk hukukunda da hâlihazırda objektif hukuka aykırılık teorisi baskın görüşü oluşturmaktadır[86].

2. Yargı Uygulamasında Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi

A- İsviçre Federal Mahkemesi Kararları'nda Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı uyarınca genel haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen İsviçre BK m. 41'in temelinde objektif hukuka aykırılık teorisi bulunmaktadır[87]:

---

83 Tandoğan, Mesuliyet, s. 17; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 82; Hatemi, Hüseyin, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK m. 65 Kuralı),** İstanbul 1976, s. 17/18; Eren, s. 609, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 478; Oğuzman/Öz, s. 14; Oftinger/Stark, I, § 4 N. 9; Oser, **Zürcher Kommentar**, Ziff. III/2 zu Art. 41 OR; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 33c; Kessler, Basler Komm, Art 41 N. 31; Honsell, Heinrich/Isenring, Bernhard/Kessler, Martin A, **Schweizerisches Haftpflichtrecht,** Zürich 2013, § 4 N. 1.; Schwenzer, N. 50.04; Rey, Heinz, **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Zürich 1995, N. 670 vd; Nomer, N. 101.1.

84 von Tuhr, Andreas, "Rezension von Rensing, Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatzgrund nach schweizerischem Obligationenrecht und dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich", **ZSR** 12 (1893), s. 326 vd.

85 Roberto, Haftpflichtrecht 2013, N.04.02; Verde, Straftatbestände, N. 326.

86 Tandoğan, Mesuliyet, s. 17; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 82; Hatemi, s. 17/18; Eren, s. 610-611, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 478, s.643; Oğuzman/Öz, s. 14.

87 BGE 132 II 305 E. 4.1 S. 318; 132 II 449 E. 3.3; 123 II 577 E. 4c S. 481; 126 III 522 ve bu kararda anılan eski tarihli kararlar.

"*Zarar veren bir davranışın hukuka aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için bu davranışın, hukuk düzeninin yazılı ya da yazılı olmayan ve zarar gören hukuki değeri koruyan davranış kurallarını ihlal etmiş olması gerekmektedir.*(tya[88])[89]"

"Buna göre hukuka aykırılık, objektif hukuka aykırılık teorisi gereğince, bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın zarar gören kişinin bir mutlak hakkının ihlal edilmiş olması (sonucun hukuka aykırılığı) nedeniyle ya da normun koruma amacı çerçevesinde somut olaydaki zararı engelleme amacı güden bir koruma normunun ihlali sonucu bir salt malvarlığı zararının oluşmasından (davranışın hukuka aykırılığı nedeniyle) doğar(tya)[90]."

B- Yargıtay Kararlarında Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi

Yargıtay'ın da objektif hukuka aykırılık teorisini açıklıkla benimsediğini yeni tarihli bir İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kararı[91] çerçevesinde söylemek yanlış olmayacaktır:

"*Haksız fiil hukuku bakımından hukuka aykırılık, "kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya veya dolaylı bir şekilde koruma amacı güden, yazılı ya da yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlali" dir. Kişilerin mal ve şahıs varlıklarının hukuk düzeni tarafından doğrudan doğruya korunması, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça, mutlak hak ihlâllerinin hukuka aykırı kabul edilmesini ifade eder. Nitekim mutlak haklar, herkese karşı ileri sürülebilen yani hukuk düzeninin herkesi herkese karşı riayetle mükellef kıldığı haklar olarak nitelendirilir. Şahıs varlığı değerlerinden olmak üzere, yaşam hakkı ve beden bütünlüğü ile sosyal ve manevî kişilik hakları; mal varlığı değerlerinden ise ayni haklar, bilhassa mülkiyet, hukuk düzeni tarafından bu şekilde korunan haklardır. Üstelik bu hakların ihlalinin, özel bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça hukuka aykırı kabul edilmesi, çeşitli hukuka aykırılık teorileri açısından ortak bir anlayışı ifade etmektedir. Buna karşılık, mutlak haklar dışında kalan diğer menfaatlerin ihlalinin hukuka aykırı olarak kabul edilebilmesi, objektif*

---

88 Tercüme yazara aittir.

89 BGE 88 II 280: "*Ein schädigendes Verhalten gilt dann als widerrechtlich, wenn es gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen*."

90 BGE 2C_936/2012 T: 14.01.2013 (Erwägung 2.2).

91 İBBGK, E. 2017/5 K. 2018/7, 06.07.2018.

hukuka aykırılık teorisine göre, bir özel koruma normunun varlığına ve bu norm ile ihlal edilen menfaat arasında ayrıca hukuka aykırılık bağının bulunmasına bağlıdır."

Yargıtay'ın objektif hukuka aykırılık teorisini benimsediğini gösteren eski tarihli birçok kararı[92] da bulunmaktadır.

IV. OBJEKTİF HUKUKA AYKIRILIK TEORİSİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

1. Genel Olarak

Türk-İsviçre Hukuku açısından objektif hukuka aykırılık teorisine yöneltilebilecek en önemli eleştiri, TBK m. 49 ile Art. 41 OR dikkate alındığında teorinin dayandığı "sonucun hukuka aykırılığı – davranışın hukuka aykırılığı" yaklaşımlarına *de lege lata* dayanak sağlayamamasıdır[93]. Zira ilgili hükümde "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür." denilerek haksız fiilin unsurlarından hukuka aykırılık bir unsur olarak sayılmakta ve hukuka aykırılığın neyi ifade ettiği konusunda yasakoyucu bir hüküm içi boşluk yaratarak sessiz kalmaktadır[94]. Hiç kuşkusuz bu soyutluk hâkime hareket serbestisi sağlayan bir yaklaşımdır[95]. Zira bu sayede, yukarıda ifade edildiği üzere, ilerleyen teknoloji, değişen hayat algısı ve ihtiyaçlarla birlikte oluşan toplumsal dönüşümlere ayak uydurabilecek bir takdir alanı yaratılmaktadır.

TBK m. 49 hükmünün uygulanabilir olması için ise somutlaştırılması zorunludur. Bu noktada, öğretide ifade edildiği üzere, bir fiilin hangi koşullar gerçekleşince hukuka aykırı olacağının belirlenmesinde Alman hukukunda § 823 BGB bağlamında ileri sürülen ölçütlerin Türk-İsviçre hukuk literatüründe ve uygulamasında da etkili olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır[96]. Nitekim § 823 BGB'nin lafzı nedeniyle yapılan "mutlak hak

---

92 Bu yöndeki tespit için bkz: Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 84 dn. 21'de anılan 1938 ve 1950 tarihli Yargıtay kararları.

93 Roberto, **AJP/PJA** 5/99, s. 518; Stöckli, Hubert, "Notizen zur Widerrechtlichkeit", in: **Festschrift für Franz Riklin**, Zürich 2007, s. 237.

94 Stöckli, s. 237.

95 Stöckli, s. 237.

96 Kramer, Ernst A., "Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht", **AcP** 200 (2000), Heft 3/4, s. 365-400, s. 380/381; Ingeborg Schwenzer, "Rezeption

ihlalinden doğan zarar ile salt malvarlığı zararı" ayrımı temelinde Türk-İsviçre hukukunda da haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılık unsuru tanımlanmaktadır. Bu eğilimin ise hukuk güvenliği adına sorgulanması gerekmektedir. Özellikle bu kabulle birlikte söz konusu ayrıma özgü hukuki sorunların da ithal edilmekte olduğuna işaret edilmelidir[97]. Oysa TBK m. 49'un lafzına bakıldığında mutlak hak ihlalinden doğan zararlar ile salt malvarlığı zararların tazmini bakımından hükmün *de lege lata* bir ayrıma gitmediği aşikârdır. Türk-İsviçre hukukundaki bu eğilimin beraberinde getirdiği sonuçlar aşağıda iki çarpıcı örnek üzerinden tartışılacaktır:

Her iki örnekte somut zarar "üretimin sekteye uğraması nedeniyle kazanç kaybı" olarak düşünüldüğünde, zarar bir mutlak hakkın ihlalinden doğmuşsa her halükarda tazmin edilecekken (ilk örnek), bir salt malvarlığı zararı olarak doğmuşsa ancak bir özel koruma normunun koruma alanı içinde olması koşuluyla tazmin edilebilecektir (ikinci örnek)[98].

İlk örnekte fabrikada kullanılan makinalara zarar verildiği düşünülecek olursa, sadece mülkiyet hakkının ihlali üretim kaybından doğan zararın giderilmesi için yeterli olacaktır. İkinci örnekte ise, üretimde kullanılan makinaya doğrudan bir zarar vermeden, fabrikaya elektrik sağlayan dağıtım şirketine ait kabloya zarar verilmesi nedeniyle üretimin durması halinde, oluşan kazanç kaybının ancak bir özel koruma normunun varlığı halinde tazmini mümkün olabilecektir. Bir özel koruma normu yoksa ya da özel koruma normunun koruma alanına somut olaydaki koşullar dahil değilse, zararın tazmini mümkün olmayacaktır. Birbirine benzeyen iki örnek açısından çok net

---

deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht", in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg), **Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle des 21. Jahrhunderts,** Tübingen 1999, s. 59 – 88, s. 63/64; Stöckli, s. 232; Cartier, N.85; Akçura/Karaman, s. 564; Çağlayan Aksoy, s. 157 vd; Kırca, s. 17; Kurtulan, s. 477 ve özellikle s. 500'deki tespitler.

97 Stöckli, s. 236/237. Alman hukuku özelinde bu sorunlara işaret etmesi nedeniyle bkz: Jansen, Nils, Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB, **AcP** 202 (2002), 517 – 554; Picker, Eduard, Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung, JZ 11/2010, s. 541 – 553.

98 Her iki örnek İsviçre Federal Mahkemesi'nin aşağıda ayrıca tartışılacak "*Kabelbruchfälle*" olarak öğretide anılan kararlarından esinlenerek kurgulanmıştır. Benzer bir tartışma Almanya'da BGH tarafından verilen kararlar nedeniyle de yapılmıştır: Lorandi, Franco, Haftung für reinen Vermögensschaden, **recht** 1990, s. 19 – 26, s. 24. dn. 46'da anılan kararlar.

bir şekilde farklı sonuçlara ulaşılmış olmasını açıklamak mümkün görünmemektedir[99].

Bir diğer genel eleştiri noktası, objektif hukuka aykırılık teorisi çerçevesinde hukuka aykırılığın tespitinde temel bazı zorlukların bulunmasıdır. Bu temel zorluklara her iki yaklaşım özelinde ayrı surette aşağıda işaret edilecektir.

2. Özel Olarak Sonucun Hukuka Aykırılık Yaklaşımına Yöneltilen Eleştiriler

Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımına yöneltilen en temel eleştiri, sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının kimi sorunlar karşısında yetersiz kalması ya da amacı aşan sonuçlara neden olmasıdır. Bu durumun bertaraf edilmesi amacıyla somut olay özelinde sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının neden olduğu sonuçlar davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ile düzeltilmesi yoluna gidilmektedir. Kuşkusuz hukuka aykırılığın oluşmasında mutlak hakkın ihlal edilmiş olmasından ziyade sonuca neden olan davranışın kendisi hukuka aykırı kabul edilmelidir[100]. Zira hukuka aykırılık oluşturan davranışın kendisi zararı doğurmaktadır[101]. Bu sebeple sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının aksaklıkları davranışın hukuka aykırı yaklaşımı ile düzeltilebilmektedir:

i. Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı ile mutlak hak ihlalinin ve dolayısıyla hukuka aykırılığın tespiti için öncelikle mutlak hakkın koruma alanı belirlenmelidir. Ancak bazen bu sınırların tayini kolaylıkla mümkün olmamaktadır. Örneğin kişilik hakkı gibi bir mutlak hakkın koruma alanının belirlenmesi bu zorluğu beraberinde getirmektedir[102]. Özel hayat, itibar, onur

---

99 Büyüksağiş, N. 292.

100 Giger, s. 382; Portmann, Wolfgang, "Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht", in: **SJZ** 93 (1997) s. 273–279, s. 275; Verde, Straftatbestände, N. 334. Bir örnekle açıklamak gerekirse, hukuka aykırılığın oluşmasında temel neden bir kişiye kurşun isabet etmiş olması nedeniyle kişinin vurulmuş olması değil, bir başka kişinin ona ateş etmiş olmasıdır. Örnek için bkz: Bosshard, s. 16.

101 Portmann, s. 275.

102 Musielak/Hau, N. 1128; Cartier, N. 114: Yazar örnek olarak kişinin serbestçe ekonomik faaliyetlerde bulunma hakkını göstermektedir. Rekabet içindeki kişilerin ekonomik faaliyetlerinde birbirini engellemesinin ya da saf dışı bırakmasının başlı başına kişilik hakkı ihlali

gibi değerlerin korunması gündeme geldiğinde kişilik hakkının koruma alanının belirlenmesi ancak davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ile mümkün olabilmektedir[103]. Bu çerçevede adeta bir özel koruma normunun koruma alanının tayin edilmesi yoluyla davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı temelinde sonuca ulaşılmaktadır[104]. Bir diğer örnek, fikri hakların koruma alanının belirlenmesinin yaşattığı zorluktur. Tıpkı kişilik hakkında olduğu gibi fikri hakların içerik ve kapsam itibariyle sınırlarının belirlenmesi de davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ile sağlanabilmektedir[105].

ii. Her mutlak hak ihlalinin başlı başına hukuka aykırı kabul edilmesi, örneğin sosyal açıdan gerekli olmasına rağmen tehlike arz eden faaliyetlere ilişkin olası risklerin gerçekleşmesiyle meydana gelen zararlar bakımından durum dikkat çekicidir. Bu zararların mutlak hakkın dolaylı ihlali yoluyla ortaya çıkması halinde dahi sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı nedeniyle tazminat sorumluluğun oluşması bir diğer eleştiri noktasıdır[106]. Bu kabulün özellikle tehlikeli bir ürünün (örneğin çeşitli taşıtlar, yanıcı ürünler gibi) üretimi ve piyasaya arzı konusunda girişimciliği engelleyeceği açıktır[107]. Her ne kadar haksız fiilin diğer unsurlarının da tamam olması koşuluyla tazminat sorumluluğunun ortaya çıkabileceği kuşkusuz olsa da, hukuka aykırılık unsurunun mutlak hakkın dolaylı ihlali ile eş zamanlı gerçekleştiğinin kabulü bu sonucu doğuracaktır. Bu çerçevede aynı eylem bir zarara neden olduğu ihtimalde hukuka aykırı olarak nitelendirilecekken, zararın oluşmadığı bir ihtimalde hukuka uygun kabul edilecektir[108]. Buna karşılık öğretide savunulduğu üzere, kişi işlem hayatının gerektirdiği tüm yükümlülüklere (Ver-

---

olarak görülmediğini, ancak menfaatlerinin karşılıklı tartılması suretiyle gerçekten somut davranışın bir ihlal oluşturup oluşturmadığının tayin edildiğini BGE 86 II 365, 367'e dayanarak ifade etmektedir. Ayrıca bkz: Oftinger/Stark, II, 4 N. 64 vd.

103 Cartier, N. 114.

104 Roberto, AJP/PJA 5/99, s. 519; Karaman Akçura, s. 567; Cartier, N. 114.

105 Cartier, N. 116-117.

106 Fellmann, ZSR 2009, s. 484; Portmann, s. 275; Cartier, N. 124; Roberto, Haftpflichtrecht 2002, N. 265; Karaman Akçura, s. 568; Çağlayan Aksoy, s. 166.

107 Girişimci piyasaya ürünü arz ederken davranışının hukuka aykırı olup olmadığını bilemeyecektir. Zira zarar meydana gelmezse hukuka uygun, zarar meydana gelirse de hukuka aykırı hareket etmiş olduğu kabul edilecektir. Bu kabul ise hukuk güvenliğini sarstığı kadar sorumluluk hukukunun önleyicilik vasfına aykırıdır. Bkz: Portmann, s. 275; Cartier, N. 135.

108 Portmann, s. 275; Verde, Straftatbestände, N. 334; Fellmann/Kottmann, N. 307.

kehrspflichten/ Verkehrssicherungspflichten[109]) uygun davranmış olması halinde, kişinin davranışı işlem hayatına uygun kabul edilecektir ve dolayısıyla mutlak hakkın dolaylı ihlali ile sonuçlansa da kişinin davranışı hukuka aykırı kabul edilmeyecektir[110]. Ancak kişinin zararı ortaya çıkaran davranışı incelendiğinde kişi işlem hayatında uyması gereken yükümlülüklere aykırı davranmışsa, davranışının hukuka aykırı olması nedeniyle hukuka aykırılık oluşacaktır[111]. Görüldüğü üzere, burada da mutlak hak ihlali (sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı ile) tek başına haksız fiil sorumluluğunun oluşmasında yeterli ve adil görülmemekte, davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ile hukuka aykırılık araştırması yapılarak amacı aşan sonuçların oluşması engellenmektedir.

iii. Yapmama fiilinin oluşturacağı ihlali önlemek üzere önleme davası açılabilmesi için söz konusu davranışın hukuka aykırı olması gerekir. Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı hukuka aykırılığı sonuç odaklı tespit ettiği için ancak sonuç gerçekleştikten sonra onu ortaya çıkaran davranışın hukuka aykırı olduğunu ifade edebilmektedir. Bu kabulün doğal sonucu yapmama fiilerinde sonuç doğmadan davranışın halihazırda hukuka uygun olması nedeniyle önleme davası açılamayacaktır. Bu durum yapmama fiilleri yönünden söz konusu yaklaşımın ortaya çıkardığı önemli bir aksaklıktır[112].

iv. Benzer bir aksaklık hukuka uygunluk nedeni oluşturan haklı savunma açısından ortaya çıkmaktadır. Sonuç gerçekleşmeden davranış hukuka aykırı olamayacaksa, kişinin haklı savunma oluşturan davranışları hukuka aykırı olacaktır. Bu da amacı aşan bir sonuç olacaktır[113].

v. Başka bir eleştiri noktası, yapmama fiillerinden doğan zararların tazmin edilmesi açısından karşımıza çıkmaktadır. Salt sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı ile yetinilecek olursa, yerde olup da kaldırılmayan bir muz kabuğu nedeniyle bir başkasının kayarak düşmesi ve yaralanması ihtima-

---

109 İşlem hayatının gerektirdiği tedbirleri alma yükümlülüğü olarak tercüme edilebilecek bu terim, aslında haksız fiil hukukundan doğan ve zarar doğurabilecek tehlikeleri bertaraf etmeyi gerektiren davranış yükümlülüklerini ifade etmektedir. Bkz: Palandt/Sprau, § 823 N. 26; Musielak/Hau, N. 1129.

110 Gabriel, N. 347; Roberto, Haftpflichtrecht 2002, N. 266 ve 268; Cartier, N. 131; Çağlayan Aksoy, s. 166/167.

111 Cartier, N. 131 ve 132.

112 Portmann, s. 275; Honsell/Isenring/Kessler, § 4 N. 2.

113 Portmann, s. 276. Karş. Verde, Jusletter, s. 46 – 49.

linde dahi, mutlak hak ihlali gerçekleştiği için hukuka aykırılık oluşacaktır. Oysa buradaki yapmama fiilinin bir tazminat sorumluluğuna yol açabilmesi, ancak o muz kabuğunun kaldırılmasını zorunlu kılan ve dolayısıyla somut olaydaki gibi bir tehlikeyi bertaraf etme amacını güden bir davranış normunun ihlal edilmiş olmasına bağlıdır. Bu açıdan da davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ile amacı aşan sonuçların doğmasına engel olunacaktır[114].

vi. Bir diğer eleştiri noktası, adam çalıştıranın sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk hallerinde, sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının yetersiz kalmasıdır. Adam çalıştıranın hukuka aykırı fiili nedeniyle bir üçüncü kişinin zarar görmesi varsayımına dayanan bu sorumluluk türü bakımından adam çalıştıranın da özen borcunu ihlal etmiş olması aranır. Bir başka deyişle, çalışanın davranışı inceleme konusu olur, bu davranışın hukuka aykırı olması aranır ve adam çalıştıranın bu davranışı engellememiş olması sorumluluğu doğurur. Salt sonucun hukuka aykırılığı ile yetinilmiş olsa, bu sorumluluk türünde sorumluluğu kurmak mümkün olmayacaktır[115].

3. Özel Olarak Davranışın Hukuka Aykırılığı Yaklaşımına Yöneltilen Eleştiriler

Davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımına yöneltilen en önemli eleştiri, salt malvarlığı zararlarının tazmini için zorunlu olan özel koruma normu kavramına odaklanmaktadır. Somut olayda etkili olacak özel koruma normunun olup olmadığı aslında tamamen rastlantıdan ibaret olmaktadır[116]. Özellikle birbirine çok benzeyen iki olay arasında sırf birinde bir özel koruma normunun olmayışı bu iki benzer olay bakımından farklı bir hukuki sonuca götürebilmektedir. Öğretide bu durum keyfilik olarak nitelendirilerek eleştirilmektedir[117]. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına konu olmuş benzer özellikteki iki önemli örneğin anılması söz konusu eleştiriyi netleştirmek adına yararlı olacaktır:

İlk karara konu olan olayda bir inşaat şirketi kepçe olarak tabir edilen bir iş makinası ile arazide çalışma yaparken bir elektrik dağıtım şirketine ait

---

114 Cartier, N. 143; Verde, Straftatbestände, N. 332; Fellmann/Kottmann, N. 306. Ayroca bkz: Kaneti, s. 123 vd.

115 Karaman/Akçura, s. 567; Fellmann/Kottmann, N. 311.

116 Lorandi, s. 25; Gauch, recht 1996, s. 233; Roberto, AJP/PJA, s. 518; Büyüksağiş, N. 293.

117 Kramer, recht 1984, s. 133; Gauch, s. 232; Roberto, AJP/PJA 5/99, s. 518; Gauch/Sweet, s. 122; Çağlayan Aksoy, s. 182.

elektrik kablosunu yanlışlıkla koparmıştır. Birkaç saatliğine bölgeye elektrik verilememesi nedeniyle iki şirket üretimi durdurmak zorunda kalmış ve önemli surette maddi zarara uğramıştır. Hiç kuşkusuz bu zarar bir salt malvarlığı zararıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Ceza Kanunu'nun 239. maddesini[118] bir özel koruma normu olarak dikkate alarak söz konusu zararın anılan normun koruma amacı dahilinde yer aldığı sonucuna varmıştır[119].

İkinci karara konu olan olayda ise, çiftçilikle uğraşan bir şirketin çalışanı şirketin hasılat kirası ile kiracısı bulunduğu arazideki toprağı traktöre takılan bir ekskavatör tırmığı ile gevşetirken bir engel ile karşılaşır ve bunun derindeki bir taş olduğunu düşünür. Tekrar geri dönüp daha büyük bir hızla taşın bulunduğuna inandığı yerdeki toprağı zorlar ve sonuçta bir elektrik kablosunun kopmasına yol açar. Birkaç saatliğine bölgeye elektrik verilememesi nedeniyle iki şirket üretimi durdurmak zorunda kalır ve önemli surette maddi zarara uğrar. Somut olayda özel koruma normu olarak dikkate alınan İsviçre Karayolları Trafik Kanunu'nun 58. maddesinin koruma amacı içinde sadece kişi varlığı zararları ile eşyaya verilen zararlar yer aldığı gerekçesiyle İsviçre Federal Mahkemesi söz konusu şirketlerin tazminat taleplerine cevaz vermez[120].

Yukarıda anılan iki örnekte de görüldüğü üzere, objektif hukuka aykırılık teorisi esas alınarak salt malvarlığı zararlarının kural olarak tazmin edilmemesi ve ancak bir özel koruma normu varsa istisnaen tazmin edilebilmesi çelişkili uygulamalara neden olmaktadır[121]. Objektif hukuka aykırılık teorisinin öğretide gördüğü en önemli eleştiri de salt malvarlığı zararlarının uğradığı bu ayrımcılıktır[122].

---

118 Anılan hükme göre, kamuya sunulan su, ışık, ısı gibi hizmetlerin sunulmasına engel olan kişiler ceza yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır.

119 BGE 102 II 85.

120 BGE 106 II 75.

121 Büyüksağiş, N. 290.

122 Werro, s. 383, Cartier, N. 237 vd; Gauch/Sweet, s. 119; Kramer, Ernst A, "Reine Vermögensschäden" als Folge von Stromkabelschädigungen, **recht** 1984, s. 128 – 134, s. 132; Weber, Stephan, Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung, in: Gauch, Peter/ Schmid, Jörg, **Die Rechtsentwicklung an der Schwelle des 21. Jahrhunderts**, Zürich 2001, Schulthess Juristische Medien, s. 254 - 300, s. 270; Lorandi, s. 25. Karş: Jaun, Manuel, **Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung**, Bern 2007, Staempfli Verlag, s. 481.

Öğretide ileri sürülen bir diğer eleştiri ise, somut olay adaletini sağlamak adına hakimin söz konusu keyfiliği aşmak amacıyla hakkaniyet gereği bir norma özel koruma normu özelliğini yakıştırarak tazminat sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varabilmesidir[123]. Bu eğilimin hukuk güvenliği adına eleştirilmesi gerektiği açıktır[124].

Salt malvarlığı zararlarının tazmini bakımından uygulanacak özel koruma normunun belirlenmesi halinde dahi bir diğer zorluk haksız fiil sorumluluğun diğer şartları açısından ortaya çıkmaktadır. Öğretide salt malvarlığı zararlarını koruyan bu normun kapsamı dahilinde somut olayda bir korumanın bahşedileceği ileri sürülmektedir[125]. Bir başka ifade ile tartışılması gereken haksız fiil sorumluluğunun diğer kurucu unsurları açısından özel koruma normunun etki sahasıdır. Örneğin, özel koruma normunun gerektirdiği kusur derecesi ile mi tazminat sorumluluğuna yol açılmış olacak, yoksa TBK m. 49 özelinde yeterli görülen hafif ihmal ile mi zararın verilmiş olması yeterli olacak?[126] Hatta özel koruma normunun kusuru aramadığı bir ihtimalde, TBK m. 49'de olduğu gibi en azından hafif ihmal mi aranacak? Bu sorulara kolaylıkla cevap vermek mümkün görünmemektedir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı söz konusu tartışma karşısında yol gösterici niteliktedir. Yüksek Mahkeme tazminat sorumluluğunun oluşabilmesi için her hal ve şartta özel koruma normunun aradığı koşulların oluşması gerektiğine işaret etmektedir. Örneğin somut olayda dolandırılıcık suçunu düzenleyen Ceza Kanunu hükmü bir özel koruma normu olarak dikkate alındığında, tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için suçun unsurlarının oluşmuş olması aranmaktadır. Dolayısıyla hafif ihmal ile dolandırıcılık suçu işlenemeyeceği için tazminat sorumluluğu da olamayacaktır[127].

Özel koruma normu kavramının yarattığı ve yukarıda anılan belirsizlikler açıkçası davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımını da tartışmaya açmaktadır.

---

123 Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 33g; Kramer, s. 133; Werro, s. 383; Çağlayan Aksoy, s. 182 vd.

124 Lorandi, s. 25; Jaun, s. 481.

125 Aepli, Viktor, Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR, **SJZ 93/1997**, s. 405 – 409; s. 407.

126 Aepli, s. 408.

127 BGer 4C.410/2005 v. 1.6.2006, E. 5.

SONUÇ

TBK m. 49'da "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür." denilerek haksız fiilin unsurlarından hukuka aykırılık bir unsur olarak sayılmakta ve hukuka aykırılığın neyi ifade ettiği konusunda yasakoyucu bir hüküm içi boşluk yaratarak susmaktadır. Hükmün uygulanabilir olması adına bir fiilin hangi koşullar gerçekleşince hukuka aykırı olacağının belirlenmesi gerekmektedir. Bu amaçla öğretide savunulan iki teori bugün artık klasik hukuka aykırılık teorisi olarak tanımlanabilir. İlki sübjektif hukuka aykırılık teorisi iken, ikincisi objektif hukuka aykırılık teorisidir.

Sübjektif hukuka aykırılık teorisinin temelinde yer alan belirleyici ölçüt eylemi hukuka uygun kılan bir hukuka uygunluk nedeninin olup olmamasıdır. Bu teoriye yöneltilen en güçlü eleştiri, haksız fiil hukukunun işlerliği adına hukuka uygunluk nedenlerinden oluşan yeni bir sistemin oluşturulması ihtiyacı ile öğreti ve uygulamayı karşı karşıya bırakmasıdır. Zira ya tüm ihtimalleri göz önünde tutan, kazuistik şekilde hazırlanacak bir hukuka uygunluk sebepleri kataloğu ile haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması gerekecek; ya da kanun koyucu tarafından halihazırda sınırlı sayıda düzenlenmiş mevcut hukuka uygunluk nedenlerinin sınırları dahilinde haksız fiil sorumluluğu sınırlandırılmaya çalışılacaktır. Her iki sınırlama gayretinin ne kadar büyük bir zorluk ile karşı karşıya kalacağı ve aslında sözleşme dışı sorumluluk rejiminin genişlemesi sonucunu beraberinde getireceği kuşkusuzdur.

Sübjektif hukuka aykırılık teorisine yöneltilen bir diğer önemli eleştiri, ispat yükünü tersine çevirmesidir. Oysa özgürlüğün olduğu yerde kişinin bir faaliyette bulunmaya hakkı olduğunu ispat etmesi beklenmez.

Sübjektif hukuka aykırılık teorisinin reddi ile birlikte Türk-İsviçre hukukunda objektif hukuka aykırılık teorisi hakimiyetini kurmuştur. Haksız fiilde tazminat sorumluluğu bakımından bu teorinin esas aldığı ayrım ise § 823 BGB bağlamında ortaya konulan mutlak hak ihlalinden doğan zarar ile salt malvarlığı zararı ayrımıdır. Oysa Alman hukukunda § 823 BGB bağlamında yapılan ayrım çerçevesinde ileri sürülen ölçütlerin Türk-İsviçre hukuk literatüründe ve uygulamasında da etkili kılınması tekrar düşünülmesi gereken bir hukuk politikası tercihidir. Zira bu yaklaşıma özgü hukuki sorunlar bu ayrım temelinde Türk-İsviçre hukukuna ithal edilmektedir.

Hukuk tekniği açısından objektif hukuka aykırılık teorisinin uygulanmasında temel bazı zorluklar bulunmaktadır. Bu temel zorluklar sonucun hukuka aykırılığı ve davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımları bağlamında bu çalışmada ayrıntılı surette ortaya konulmuştur. Aşağıda aynı ayrım temelinde yapılan eleştiriler ve varılan sonuçlar özetlenecektir.

Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımına yöneltilen en temel eleştiri, sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının kimi sorunlar karşısında yetersiz kalması ya da amacı aşan sonuçlara neden olmasıdır. Bu durumun bertaraf edilmesi amacıyla somut olay özelinde sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının neden olduğu sonuçlar davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ile düzeltilmesi yoluna gidilmektedir. Özetlemek gerekirse,

- Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı ile mutlak hak ihlalinin ve dolayısıyla hukuka aykırılığın tespiti için öncelikle mutlak hakkın koruma alanı belirlenmelidir. Ancak bazen bu sınırların tayini kolaylıkla mümkün olmamaktadır. Örneğin kişilik hakkı gibi bir mutlak hakkın koruma alanının belirlenmesi bu zorluğu beraberinde getirmektedir
- Her mutlak hak ihlalinin başlı başına hukuka aykırı kabul edilmesi, örneğin sosyal açıdan gerekli olmasına rağmen tehlike arzeden faaliyetlere içkin bulunan olası risklerin gerçekleşmesiyle meydana gelen zararlar bakımından durum dikkat çekicidir. Bu zararların mutlak hakkın dolaylı ihlali yoluyla ortaya çıkması halinde dahi sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı nedeniyle tazminat sorumluluğun oluşması bir diğer eleştiri noktasıdır. Bu kabulün özellikle tehlikeli bir ürünün (örneğin çeşitli taşıtlar, yanıcı ürünler gibi) üretimi ve piyasaya arzı konusunda girişimciliği engelleyeceği açıktır. Her ne kadar haksız fiilin diğer unsurlarının da tamam olması koşuluyla tazminat sorumluluğunun ortaya çıkabileceği kuşkusuz olsa da, hukuka aykırılık unsurunun mutlak hakkın dolaylı ihlali ile eş zamanlı gerçekleştiğinin kabulü bu sonucu doğuracaktır. Bu çerçevede aynı eylem bir zarara neden olduğu ihtimalde hukuka aykırı olarak tavsif edilecekken, zararın oluşmadığı bir ihtimalde hukuka uygun kabul edilecektir.
- Yapmama fiilinin oluşturacağı ihlali önlemek üzere önleme davası açılabilmesi için söz konusu davranışın hukuka aykırı olması gerekir. Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı hukuka aykırılığı sonuç odaklı tespit ettiği için ancak sonuç gerçekleştikten sonra onu ortaya çıkaran

davranışın hukuka aykırı olduğunu ifade edebilmektedir. Bu kabulün doğal sonucu yapmama fiilerinde sonuç doğmadan davranışın halihazırda hukuka uygun olması nedeniyle önleme davasının açılamayacak olmasıdır.

- Benzer bir aksaklık hukuka uygunluk nedeni oluşturan haklı savunma açısından ortaya çıkmaktadır. Sonuç gerçekleşmeden davranış hukuka aykırı olamayacaksa, kişinin haklı savunma oluşturan davranışları hukuka aykırı olacaktır. Bu da amacı aşan bir sonuç olacaktır.
- Başka bir eleştiri noktası, yapmama fiillerinden doğan zararların tazmin edilmesi açısından karşımıza çıkmaktadır. Salt sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı ile yetinilecek olursa, yapmama fiillerinde dahi, mutlak hak ihlali gerçekleştiği için hukuka aykırılık oluşacaktır. Oysa buradaki yapmama fiilinin bir tazminat sorumluluğuna yol açabilmesi, ancak somut olaydaki tehlikeyi bertaraf etme amacını güden bir davranış normunun ihlal edilmiş olmasına bağlı olması gerektiği tartışmasızdır.
- Bir diğer eleştiri noktası, adam çalıştıranın sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk hallerinde, sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının yetersiz kalmasıdır. Salt sonucun hukuka aykırılığı ile yetinilmiş olsa, bu sorumluluk türünde sorumluluğu kurmanın mümkün olmayacağı açıktır.

Objektif hukuka aykırılık teorisi esas alınarak salt malvarlığı zararlarının kural olarak tazmin edilmemesi ve ancak bir özel koruma normu varsa istisnaen tazmin edilebilmesi çelişkili uygulamalara neden olmaktadır. Objektif hukuka aykırılık teorisinin öğretide gördüğü en önemli eleştiri de salt malvarlığı zararlarının uğradığı bu ayrımcılıktır.

Bu çerçevede davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımına yöneltilen en önemli eleştiri, özel koruma normu kavramına odaklanmaktadır. Somut olayda etkili olacak özel koruma normunun olup olmadığı aslında tamamen rastlantısal bir durum oluşturmaktadır. Özellikle birbirine çok benzeyen iki olay arasında sırf birinde bir özel koruma normunun olmayışı bu iki benzer olay bakımından farklı bir hukuki sonuca götürebilecektir. Zarar gören açısından bu durumlardan ilki "uğranılan haksızlığa", ikincisi ise "içinde bulunulan şansızlığa" işaret etmektedir. Oysa her iki durum tamamen rastlantısal bir sonuçtur.

Hakimin bu keyfiliği aşmak için bir norma özel koruma normu özelliğini yakıştırarak somut olayda tazminat sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varması ise hukuk güvenliği bakımından objektif hukuka aykırılık teorisinin neden olduğu bir başka sorundur.

Bir başka sorun özel koruma normunun tespit edilmesindeki zorluktur. Bir normun ne zaman özel koruma normu oluşturacağı mahkeme tarafından belirlenecektir. Ancak bu çalışmada ortaya konulduğu üzere bir normun ne zaman özel koruma normu oluşturacağı konusunda öğretide ve uygulamada belirlenen kriterler bütünü de tartışmaya açıktır. Özellikle objektif hukuka aykırılık teorisinin temel dayanağını oluşturan § 823 BGB hükmünün ortaya koyduğu özel koruma normu kavramı çerçevesinde 100 yılı aşkın süredir Alman hukukunda süregelen tartışmalar dikkate değerdir.

Salt malvarlığı zararlarının tazmini bakımından uygulanacak özel koruma normunun belirlenmesi halinde ise kanun koyucunun salt malvarlığı zararlarını koruyan bu normun kapsamı dahilinde somut olayda bir koruma bahşetmekte olduğu öğretide ileri sürülmektedir. Tartışma özel koruma normunun gerektirdiği kusur derecesi ile mi tazminat sorumluluğunun belirleneceği, yoksa TBK m. 49 özelinde yeterli görülen hafif ihmal ile zararın verilmiş olmasının yeterli olup olmayacağı noktasındadır. Hatta özel koruma normunun kusuru aramadığı bir ihtimalde, TBK m. 49 gereğince asgari surette hafif ihmalin en azından aranması gerekip gerekmediği konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır.

Davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı çerçevesinde salt malvarlığı zararlarının uğradığı ayrımcılığın kaynağında yer alan özel koruma normu kavramının yarattığı bu belirsizlikler objektif hukuka aykırılık teorisinin en zayıf yönüdür.

Yukarıda yer verilen sübjektif hukuka aykırılık teorisi ile objektif hukuka aykırılık teorisine karşı ileri sürülen haklı eleştiriler karşısında TBK m. 49 özelinde hukuka aykırılık unsurunun kavramsal çerçevesinin yeniden düşünülmesi haklı bir arayış olarak belirmektedir. Bu amaçla öğretide önerilen diğer teorilerin tartışılması ve yeni bir hukuka aykırılık anlayışının geliştirilmesi faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

AEPLI, Viktor, Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR, **SJZ 93/1997**, s. 405 – 409.

AKÇURA KARAMAN, Tuba, "Haksız Fiil Hukukunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı", **GSÜHFD**, 2004 I, Yıl 3, Sayı:1, s. 553 – 583.

ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.

ATAMER, Yeşim M, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları,** Beta, İstanbul 1992.

BAŞOĞLU, Başak, Tehlike Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Tartışması, **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 163 -184.

BOSSHARD, Erich, **Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR**, Zürich 1988.

BREHM, Roland, **Berner Kommentar,** Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 – 61, 4. Auflage, Bern 2013.

BUCHER, Eugen, "Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?", Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis**: Festschrift für Hans Peter Walter zum 60. Geburtstag**, hrsg. von Peter Forstmoser et al., Bern 2005, S. 231-262.

BURCKHARDT, Walther, "Kriminalpolitische Anforderungen an das schweizerische Zivilgesetzbuch", **ZStR** 15 (1902), s. 233 vd.

BÜYÜKSAĞİŞ, Erdem, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı,** Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

ÇEKİN, Mesut Serdar, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu**, Oniki Levha, İstanbul 2016.

DEUTSCH, Erwin, **Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt**, 2. Auflage, München 1995.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018.

EREN, Fikret, "Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi", **Mahmut Koloğlu'na Armağan**, Ankara 1975, s. 461 – 491.

FELLMANN, Walter, "Widerrechtlichkeit: drei Theorien für ein Problem - Versuch einer Zwischenbilanz", in **ZSR** 2009 I, s. 473 – 496.

FELLMANN, Walter/ KOTTMANN, Andrea, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Bern 2012.

FIKENTSCHER, Wolfgang/HEINEMANN, Andreas, **Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil,** Berlin 2017.

GABRIEL, Bruno, **Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter besonderer Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden,** Doktora Tezi, Huber Druck AG, Entlebuch 1987.

GAUCH, Peter, "Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts", in: **recht** 1996, s. 225–239.

GAUCH, Peter/SWEET, Justin, "Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden", in: Forstmoser/Giger/Heini/Schluep (Hrsg.), **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Zürich 1989, s. 117–140.

GAUCH, Peter/AEPLI, Viktor/STÖCKLI, Hubert, **Präjudizienbuch zum OR,** Schulthess, Zürich 2002.

GIGER, Hans, "Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden", in: Peter/Stark/Tercier (Hrsg.), **Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht,** Freiburg 1982, s. 369–396.

HATEMİ, Hüseyin**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK m. 65 Kuralı**), İstanbul 1976.

HONSELL, Heinrich/ISENRING, Bernhard/KESSLER, Martin A, **Schweizerisches Haftpflichtrecht,** Zürich 2013.

JANSEN, Nils, Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB, **AcP** 202 (2002), 517 – 554.

KANETİ, Selim, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Önemi", **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu,** Ankara 1977 (Kaneti, Kusur).

KANETİ, Selim, **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru,** Kazancı, İstanbul 2007.

KIRCA, Çiğdem, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk,** Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004.

KRAMER, Ernst A, "Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht", **AcP** 200 (2000), Heft 3/4, s. 365-400.

KRAMER, Ernst A, "Reine Vermögensschäden" als Folge von Stromkabelschädigungen, **recht** 1984, s. 128 – 134.

KRAMER, Ernst A,"Schutzgesetze und adäquate Kausalität", **JZ** 1976, s. 338 – 346.

KURTULAN, Gökçe, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, **MÜHFHAD**, C. 23, S. 1, s. 465-503.

LORANDI, Franco, Haftung für reinen Vermögensschaden, **recht** 1990, s. 19 – 26.

LOSER-KROGH, Peter, Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, **ZSR** 122 (2003) II, s. 127 ff.

MERZ, Hans, "Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem", Sonderabdruck aus **ZBJV** (1955) 91bis, S. 301–333.

NOMER, Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.

OFTINGER, Karl/STARK, Emil, **Schweizerisches Haftpflichtrecht I,** Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1995.

OFTINGER, Karl/STARK, Emil, **Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1**, Zweiter Band Besonderer Teil, Erster Teilband (II/1): Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 1995.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

OSER, Hugo/ SCHÖNENBERGER, Wihelm, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht,** Erster Halbband: Art. 1- 183 (2. Auflage), Zürich 1941.

OSWALD, Christoph, **Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich**, Schulthess, Zürich 1988.

PAKSOY, Meliha Sermin, **Sözleşmeyi İhlale Yöneltme,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

PORTMANN, Wolfgang, "Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein

Beitrag zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht", in: **SJZ** 93 (1997) s. 273–279.

ROBERTO, Vito, / RICKENBACH, Jennifer, "Was ist eine Schutznorm?", **ZSR** 2012 I, s. 185 – 200.

ROBERTO, Vito, "Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens", **AJP/PJA** 5/99, s. 511- 523.

ROBERTO, Vito, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Schulthess, Zürich 2002.

ROBERTO, Vito, **Haftpflichtrecht,** Staempfli Verlag, Bern 2013.

SANLI, Kerem Cem**, Haksız Fiilin Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi,** Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007.

SCHÖNENBERGER, Beat, "Die Dritte Widerrechtlichkeitstheorie", in: **HAVE/REAS** 2004, s. 3–12.

SCHWENZER, Ingeborg, "Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht", in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg)**, Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle des 21. Jahrhunderts,** Tübingen 1999, s. 59 – 88.

SCHWENZER, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. überarb. Aufl., Bern 2016.

SEROZAN, Rona, "Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler", **Yargı Dergisi**, Mart 1980, S. 47, s. 21-23.

STÖCKLI, Hubert, "Notizen zur Widerrechtlichkeit", in: **Festschrift für Franz Riklin**, Zürich 2007.

TANDOĞAN, Haluk, "Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanunu", **Çevre Kanunu'nun Uygulaması**, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını, Ankara 1987, s. 17-65.

TANDOĞAN, Haluk, **Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet**, Vedat Kitapçılık, Ankara 1961.

TANDOĞAN, Haluk, "Hukuka Aykırılık Bağı", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, İstanbul 1980.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Haluk vd., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

TERCIER, Pierre / PİCHONAZ, Pascal /DEVELİOĞLU, Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

VERDE, Michel, "Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht", in**: Jusletter** 18. April 2016, s. 1-51.

VERDE, Michel, **Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts,** Luzern, Serie/Reihe LBR - Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 87, Zürich 2014.

VON TUHR, Andreas, "Rezension von Rensing, Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatzgrund nach schweizerischem Obligationenrecht und dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich", in: **ZSR** 12 (1893), s. 326 vd.

WEBER, Stephan, Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung, in: Gauch, Peter/ Schmid, Jörg, **Die Rechtsentwicklung an der Schwelle des 21. Jahrhunderts**, Zürich 2001, Schulthess, s. 254 – 300.

WERRO, Franz, "Die *Sorgfaltspflichtverletzung* als Haftungsgrund nach Art. 41 OR", in: **ZSR** 116 (1997), I. Halbband, s. 343–384.

WIDMER, Pierre, Gefahren des Gefahrensatzes, ZBJV 1970, s. 289 – 330.

ARABULUCULUK FAALİYETİ SONUNDA VARILAN ANLAŞMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ*

Dr. Öğr. Üyesi Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL**

Öz: Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde düzenlenecek anlaşma belgesi ve sonuçları konusunda 07.06.2012 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md. 18 düzenlemesi esas alınacaktır. İlgili madde hem ihtiyari arabuluculuk hem de zorunlu arabuluculuk kapsamında uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu maddenin 25.10.2017 tarihli, 30221 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve hukukumuza iş uyuşmazlıkları kapsamında zorunlu arabuluculuğu getiren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile değişikliğe uğramış olduğu görülmektedir. Çalışmamızda öncelikle arabuluculuk sistemine ilişkin genel bir değerlendirme yapılmıştır. Daha sonra anlaşma belgesinin hukukî niteliği özellikle anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilip verilmemesine göre tespit edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk Kanunu- Zorunlu Arabuluculuk- Anlaşma Belgesi- İcra Edilebilirlik Şerhi- Sulh

---

* 08.02.2019 tarihinde Kadir Has Üniversitesi Tarafından Düzenlenen"*Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Sempozyumu*" nda sunulan tebliğ metninin genişletilmiş hâlidir.

** Makale gönderim tarihi: 15.04.2019. Makale kabul tarihi: 13.06.2019.

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı. (ORCID kimlik no: 0000-0001-7145-1990; melis.taspolat@law.bau.edu.tr)

THE LEGAL CHARACTERISTIC OF THE AGREEMENT AT THE END OF THE MEDIATION ACTIVITY

Abstract: The agreement document and results of mediation that is agreed upon will be based on article 18 of Law on Mediation in Legal Disputes that is enacted on 07.06.2012. The relevant article will be applicable on both voluntary and mandatory mediation. It is seen that the said article has been amended by the Labor Courts Law No. 7036 published in the Official Journal dated 25.10.2017 and numbered 30221 and brought to our law mandatory mediation under the labor disputes. In our study, a general evaluation of the mediation system will be examined. Then, the legal characteristic of the agreement document is tried to be determined, especially whether or not the agreement document was annotated for executable mediation.

Keywords: Mediation Law - Mandatory Mediation - Agreement Document - Annotation for executable mediation - Agreement

Giriş

Arabuluculuk Faaliyeti sonucunda arzulanan şüphesiz tarafların anlamaya varmasıdır. Tarafların anlaşmaya varması hâlinde bu anlaşma ve sonuçları bakımından 07.06.2012 tarihli 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu[1] md. 18 düzenlemesi esas alınacaktır. Zira anılan hüküm hem zorunlu arabuluculuk, hem de ihtiyari arabuluculuk bakımından genel düzenleme niteliğindedir. Anılan bu genel düzenlemenin 25.10.2017 tarihli, 30221 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve hukukumuza iş uyuşmazlıkları kapsamında zorunlu arabuluculuğu getiren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile değişikliğe uğramış olduğu görülmektedir.

Nitekim ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu düzenleyen 19.12.2018 tarihli, 30630 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesi'nden Kaynaklanan Para Alacaklarına ilişkin Takibin Başlatılması ve Usûlu Hakkında Kanun'da söz konusu 18. maddeye ilişkin değişiklik öngörülmemiş, bu maddeden sonra gelmek üzere 18 a şeklinde ek bir madde eklenerek dava şartı olan arabuluculuk İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki hükümler esas alınarak[2] düzenlenmiştir.

---

1 RG: T. 22.06.2012, S: 28331.

2 Bkz. 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesi'nden Kaynaklanan Para Alacaklarına ilişkin Takibin Başlatılması ve Usûlü Hakkında Kanun Gerekçe md. 23.

O halde zorunlu arabuluculuğun öngörüldüğü hâllerde tarafların anlaşması halinde bu anlaşmaya ilişkin özel düzenleme getirilmediğinden[3] zorunlu arabuluculuğa ilişkin hüküm bulunmayan hallerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde Arabuluculuk Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacağından (Arabuluculuk Kanunu md.18a/20; İş Mahkemeleri Kanunu md. 3/21) çalışmamız kapsamında Arabuluculuk Kanunu md.18 düzenlemesi çerçevesinde anlaşmanın hukukî niteliği ile icrası ve etkileri konuları açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Ancak bundan önce genel olarak arabuluculuğa ilişkin söz konusu düzenlemeler uyarınca getirilen sistem hakkında kısa bir değerlendirme yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

I. Arabuluculuğa İlişkin Mevcut Sistem Hakkında Genel Değerlendirme

7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına ilişkin Takibin Başlatılması ve Usûlü Hakkında Kanun'un 20. Maddesi ile 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5 inci maddesinde düzenleme yapılarak, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki ticari davalarda[4] arabuluculuk dava şartı olarak düzenlenmiştir.

Ayrıca aynı Kanun'un 22. Maddesi ile 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı

---

3 Ancak bu hususta işe iade talebi sonunda anlaşmaya varılmasına dikkat çekmek gerekir. Nitekim zorunlu arabuluculuğun düzenlendiği İş Mahkemeleri Kanunu'nda değil de geçersiz feshin düzenlendiği İş Kanunu md. 21/7 ile tarafların işçinin işe başlatılması hususunda anlaşmaya varmaları halinde, işçinin işe başlatılma tarihi, işe iade çerçevesinde işçiye ödenecek ücret ve diğer haklar ve işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenmesi gereken tazminatın parasal miktarının metin içeriğinde belirtilmesi zorunludur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEKES Özlem, "İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk, **TBB Dergisi** 2018 (138), ss.273-316, s. 289 vd.

4 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 22.03.2019 tarihli, 14.HD, 2019/520 E., 2019/423 K. sayılı kararında, İİK md. 72 uyarınca icra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında, konusu bir miktar para olan alacak ve tazminat talepleri hakkında arabulucuya başvurulmasının dava şartı olarak düzenlendiği, davanın konusunun talep sonucunun esas alınarak belirleneceği, talep sonucunun para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda arabulucuya başvurunun dava şartı olduğu, menfi tespit davalarında bir miktar alacağın tahsil talebi bulunmadığı gerekçelerine dayanarak kanaatimizce de yerinde olarak ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarında zorunlu arabuluculuğun uygulanamayacağını, bu nedenle ilk derece mahkemesi kararının usûl ve yasaya aykırı olduğunu, kararın kaldırılmasına ve HMK md. 353/I a-4 uyarınca ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir. (Yayımlanmamıştır)

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md. 3/I'e "*dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi hükmü saklıdır.*" ibaresi eklenmiş ve md. 23 ile de 6325 sayılı Kanuna Dördüncü Bölümden sonra gelmek üzere "*Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*" başlığıyla Beşinci Bölüm eklenmiştir.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki; Türk Hukuk Sistemi'ne ilk defa 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md. 3 düzenlemesi ile kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmelerine dayanan işveren veya işçi alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabuluculuk dava şartı olarak getirilmiştir.

O halde mevcut duruma göre İş Mahkemeleri Kanunu md. 3 ilâ TTK md.5a/1 'de öngörülen uyuşmazlıklara ilişkin olarak arabuluculuk, dava şartı olarak uygulanacak olup bu uyuşmazlıklar bakımından zorunlu bir arabuluculuk sisteminin getirildiğini belirtmek gerekir.

Arabuluculuğun dava şartı olarak öngörüldüğü ticari uyuşmazlıklara ilişkin sistem iş hukuku uyuşmazlıklarındaki düzenlemeye paraleldir (Arabuluculuk Kanunu md. 18/a, 2, İş Mah.K. md. 3/2). Buna göre davacı, dava açarken arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın[5] aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmadığında mahkeme tarafından davacıya son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde sunulması, aksi taktirde davanın usûlden redddedileceği ihtarını içeren bir davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmezse dava dilekçesi karşı tarafa çıkarılmadan dava usûlden reddedilecektir. Nitekim arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesinin sonucu olarak, bu husustaki eksiklik davanın esasının incelenemesine engel teşkil edecek ve hâkim dava şartındaki eksikliği kendiliğinden dikkate alacağı gibi taraflar da her zaman ileri sürebileceklerdir (HMK md. 115/1). Burada verilen bir haftalık süre sadece tutanağın dava dilekçesine eklenmesinin ihmâl edilmiş olması haline ilişkindir, yoksa arabuluculuk bakımından özel dava şartının tamamlanmasına ilişkin değildir. O halde arabuluculuğa başvuru şartı özel bir dava şartı olmakla birlikte tamamlanabilir nitelikte düzenlenmemiştir[6].

---

5 Tarafların arabuluculuk sürecinde ileri sürülen taleplerden bir kısmı üzerinde anlaşmaya varmaları hâlinde üzerinde anlaşma sağlanan ve özellikle anlaşma sağlanamayan hususlar son tutanakta açıkça belirtilir (HUAK Yönetmelik md.25/VII). Tarafların üzerinde anlaşma sağlayamadığı hususların son tutanaktan açıkça anlaşılamadığı hâllerde dava açılması durumunda mahkeme veya hâkim arabulucuya başvurulmadan dava açıldığı gerekçesiyle herhangi bir işlem yapmaksızın davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddine karar verecektir (Arabuluculuk Kanunu md. 18 A/II).

6 Bkz. ÖZMUMCU Seda, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Ara-

Bununla birlikte HMK md.137 uyarınca dava şartlarına ilişkin incelemenin dilekçeler aşamasından sonra gerçekleştirilen ön inceleme aşamasında gerçekleştirildiği hususunu vurgulamak gerekir. Oysaki, dava açılmadan arabuluculuk yoluna başvurulmamış ise herhangi bir işlem yapılmadan, diğer dava şartları araştırılmadan, karşı tarafın bilgisi bile olmadan davanın usûlden reddedilmesi durumu söz konusu olacaktır. Bu hususun hem dava şartlarına ilişkin HMK düzenlemesine hem de hukukî dinlenilme hakkına aykırı olduğu görüşüne katılmaktayız [7].

Dava şartı olan arabuluculuğun yani zorunlu arabuluculuğun- ki bu tartışmalar 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu'nun sadece ihtiyari arabuluculuğu düzenlediği Tasarı halinde iken de yapılmıştı[8]- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6/I ile düzenlenen ve âdil yargılama hakkının başlıca unsuru olan "*mahkemeye erişim hakkı*" nı ihlâl edip etmeyeceği sorusu akla gelmektedir[9]. Türk

---

buluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", **İÜHFM**, C. LXXIV, S.2, 2016, ss. 807-842, s. 834; AKPULAT, Ayşe Köme, **İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri**, İstanbul 2018, s. 365. Konuya ilişkin İş Mahkemeleri Tasarısı Taslağına ilişkin değerlendirme yapılırken bir görüş, mahkemenin eksikliği gidermesi için davacıya süre vermesi gerektiği yönündedir (ODAMAN Serkan/KARAÇÖP Eda, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 2016, S.35, ss.1753-1766, s. 61).

7 EKMEKÇİ Ömer/ÖZEKES Muhammet/ATALI Murat, **Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk**, İstanbul 2018, s. 152-153.

8 PEKCANITEZ Hakan, **Pekcanıtez Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 19.

9 Âdil yargılanma hakkı gerçek ve etkin hukuksal korunmayı amaçlar ve hukuk devleti olmanın gereklerine uygun bir şekilde yargılamayı talep hakkıyla yakın ilişki içerisindedir. Bu bağlamda hukukî korunma talebi yargı organlarına başvuru ve bu talebin sonuçlandırılmasıyla doğrudan ilişkili olup, muhatabı devlettir ve devlet bu talebin gereğini mahkemeler aracılığıyla yerine getirir. Yine âdil yargılanma hakkı hukukî dinlenilme hakkını da bünyesinde barındıran kapsam itibarıyla ondan daha geniş bir içeriğe sahip hak konumundadır. Bu hakkın belirli bir yagılama usûlüyle sınırlandırılması da mümkün değildir; davanın açılmasıyla başlayan verilen hükmün şeklî anlamda kesinleşmesiyle sona eren sürecin bütününde ve hükümden sonra da cebrî icranın tümüyle gerçekleştirilmesine kadar varlığını sürdürür. Bkz. PEKCANITEZ Hakan, "Medenî Yargıda Âdil Yargılanma", **İz. BD**, 1997/2, ss.35-55, s. 37 vd.; ERDÖNMEZ Güray, Pekcanıtez Usûl, **Medenî Usûl Hukuku**, 15.Bası, İstanbul 2017, s. 847 vd.; TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s. 391 vd.; YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 3.Baskı, C. 3, Ankara 2017, s. 694 vd.; ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema, HANAĞASI Emel, **Medenî Usûl Hukuku**, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 145 vd.; BUDAK Ali Cem/ KARAASLAN Varol, **Medenî Usûl Hukuku**, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 68 vd.; ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ ERDOĞAN Ersin, **Medenî Usûl**

hukukunda mahkemeye erişim hakkını[10] da içine alan daha geniş bir kavram olan "*adalete erişim*" kavramı kullanıldığı görülmektedir[11]. Sosyal devletin bir gereği olan "*adalete erişim*" genel olarak hak arayan kişilerin hukuk sisteminin resmi kurumlarına ulaşabilmelerini ifade etmek için kullanılır[12]. Zira mahkemeye erişim hakkı Anayasa md. 36 ile güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur[13].

Hak arama özgürlüğü daha soyut genel ve objektif olarak temelini Anayasa'dan alan, uyuşmazlık çıkmadan önce de mevcut olan herkese tanınmış temel yargısal bir haktır. Söz konusu genel, soyut nitelikteki hak, uyuşmazlık çıktığında somut hale gelerek kişilerin hukukî korunma talebi ortaya çıkacaktır. Bu talepten itibaren de adalet mekanizması, devlet yargısı ya da yargı dışı uyuşmazlık çözüm yolları devreye girecektir. Hak arama özgürlüğünün zedelenmesi adalete ulaşımı da engellemektedir. Bugün devlet, yalnızca görev ifa etmek ve sonuçtan sorumlu olmaktan çok aynı zamanda garantiden de sorumlu konumdadır ve bu nedenle de buna uygun bir yapıyı kullanıma hazır tutmalıdır. Bu yapının önemli bir kısmı da hukuk ile sağlanır ve korunur. Devlet gerek kendi oluşturduğu yargı organları gerekse yargı

Hukuku, Ankara 2018, s. 131 vd.; Ayrıca bkz. AKTEPE ARTIK, Sezin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usûl Hukukunda Âdil Yargılanma Hakkı**, Ankara 2014, 56 vd., s. 74.

10 Bu hususta Aktepe Artık, İngilizce ve Fransızca karşılıklarıyla daha uyumlu olduğu ve ayrıca çalışmasının içeriği bakımından daha uygun olan "*mahkemeye erişim hakkı*" kavramını kullanmayı tercih ettiğini ifade etmiştir (AKTEPE ARTIK, s, 75).

11 Öncelikle adalete erişimle hak arama konusundaki tüm yolların açık ve kullanılabilir olması anlaşılmalı ve bu kavram demokratik ve sosyal bir hukuk hukuk devletinin bir gereği olarak düşünülmelidir (PEKCANITEZ ,Pekcanıtez Usûl, s. 21).

12 Yargılamanın gerçek işlevi üstün değer adalete ulaşmaktır. Birçok ülkede adalete ulaşma amacı için yapı şeklen sağlanmış olmakla birlikte bu bir yarar sağlamamış, hak arama özgürlüğünü yargıda kullanan bireylerin yargı sisteminin işleyişinden memnuniyetsizleri artmıştır. Zira şeklen sağlanan bir hukuki korumadan ziyade etkili bir hukuki koruma gereklidir. Nitekim bugün artık, özellikle hukuk devletiyle bağlantılı olarak şeklen bir hukuki korumanın sağlanması yeterli görülmemekte,"*etkili hukuki koruma*"nın gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Bu nedenle adalete erişim akımı ortaya çıkmıştır. Bu akım medenî usûl hukukunda hakların daha etkin kullanılmasını ve herkesin eşit ölçüde adalete erişmesini sağlamayı amaç edinmiştir. Bkz. ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara 2003, s. 53; ÖZBEK Mustafa, „Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim", **MİHDER**, 2006/2, ss. 907-927, s. 921.

13 Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2018 tarihli, 2015/18872 sayılı kararı, RG: T. 22.11.2018, S:30632.

dışı uyuşmazlık çözüm yollarını kişilerin hizmetine sunarak bunların etkin şekilde kullanılması için gerekli tedbirleri de almalıdır[14].

O halde zorunlu arabuluculuğun[15]hak arama özgürlüğü ve adalete erişim hakkını[16] zedeleyip zedelemediği son dönemde özellikle İş Mahkemeleri Kanunu çerçevesinde tartışılmış olup[17], doktrinde arabuluculuğun teşvi-

---

14 Bkz. KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, 6.Bası, İstanbul 2001, (C.I), s. 36 vd, PEKCANITEZ, Pekcanıtez Usûl, s. 21-22; ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 50-51;YILDIRIM Kamil, "İhtilafların Mahkeme Dışı Usûllerle Çözülmesi Hakkında", **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul 2007, ss. 337-360; s. s. 338.

15 Bu hususta belirtelim ki; ihtiyari arabuluculuğun hak arama özgürlüğüne aykırı olmadığı ve adalete erişimi engellemediği kanaatindeyiz. Zira aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar bu uyuşmazlığı mutlaka yargı yoluna başvuru suretiyle çözüme kavuşturmak zorunda değildirler. Taraflar mahkeme dışı yollara başvurmak suretiyle bir araya gelip iletişim kurup, müzakerelerde bulunarak uyuşmazlığı kendileri çözebilirler veya tamamıyla objektif, tarafsız üçüncü bir kişinin de yardım ve desteğini alabilirler. Buna hukukî bir engel bulunmamaktadır. Taraflar devlet yargılamasına başvurup başvurmamakta tamamıyla serbesttirler. Buna göre de, tarafların aralarındaki uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvurmuş olmaları, Kanun'da iradilik ilkesi öngörüldüğünden ve de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kamu düzenine ilişkin olan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru kabul edilmediğinden dolayı temel hak ve özgürlükler arasında bulunan hak arama özgürlüğünü de zedelemeyecektir. Bkz. TAŞPOLAT TUĞSAVUL, **Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)**, Ankara 2012, s. 130.

16 Özellikle dava şartı olan, yani zorunlu arabuluculuk ile adalete erişim hakkının engellenip engellenmediği yönünde bir sonuca varmak için -ki AİHM'in yerleşik kararlarında kabul edildiği üzere bu hak mutlak nitelikte değildir- bu hakkın sınırlandırılmasının meşru bir amaca yönelip yönelmediği, sınırlandırmanın hakkın özünü ihlâl edip etmediği ve sınırlandırmada kullanılan amacın ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu hususta bkz. NAMLI Mert, "Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi**", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C:15, S.60, Yıl : 2018, ss. 1295-1327, s.1309 vd.

17 Bu düzenlemenin hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkını sınırladığı, ancak AİHS md.6 ve Anayasa md.36 düzenlemesini ihlâl etmediği yönündeki görüş için bkz. ERDOĞAN Ersin, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi",**İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C:14, S. 55, Yıl 2017, ss. 1211-1242, s. 1212 vd. Ayrıca İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinde getirilen düzenlemenin gerçek anlamda bir zorunluluk içermediği, hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmediği belirtilerek Anayasa Mahkemesi'nin 10.07.2013 tarih, E. 2012/94 ve K. 2013/89 sayılı kararı zikredilmiştir. Ayrıca bu düzenlemenin hak arama özgürlüğünü ihlâl ettiğinin söylenemeyeceği, ancak dava şartı olan arabuluculukta devlet mahkemelerinin iş yükünü azaltma amacı güdülmesi

kine yönelik olarak bazı tedbirlerin alınabileceği, ancak bunun zorunlu hale getirilmesinin hak arama özgürlüğünü zedeleyeceği yönünde görüşler dile getirilmiştir[18].

Kanaatimizce zorunlu arabuluculuk meselesine tereddütle yaklaşmak gerekir. Zira önemle belirtmek gerekir ki; alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, üst başlığında değerlendirilen arabuluculuk kurumunun yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreç olarak görülmemesi gerekir[19]. Bu yolların başarılı olabilmesi ve işlerlik kazanabilmesinin koşulu da yargı

---

ve arabuluculuğun devlet yargısına bir alternatif olarak görülmesi, yargıya güven bakımından soru işaretlerini de beraberinde getirdiği ifade edilmiştir. KONCA Nesibe Kurt, "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk", **SETA Perspektif**, Sayı:225, Aralık 2018, ss. 1-6, s. 3.

18 EKMEKÇİ /ÖZEKES /ATALI, s. 20-24, KARACABEY Kürşat , "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", **ABD**, 2016/1, S. 16, ss.457-489, s. 472 vd.; DOĞAN YENİSEY, Kübra, "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı**, İstanbul 2016, ss. 167-192, s. 183 vd. ; NAMLI Mert, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı**, İstanbul 2016, ss. 151-165, s. 158-159. ÖZMUMCU, zorunlu arabuluculuğun kalıcı değil, geçici bir çözüm olduğunu ve bireylerin hak arama özgürlükleri çerçevesinde Anayasa ile korunan adalete erişim haklarını engellemese bile erteleyeceği görüşündedir. Bkz. ÖZMUMCU, s. 834. Ayrıca bkz. KÖME, s. 410 vd.

19 Bkz.PEKCANITEZ Hakan, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", **HPD**, 2005/5, ss.12-16, s.15; TANRIVER Süha, "Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, C.II, Ankara 2010, 2025-2036, s. 2036; KONURALP Haluk, "75.Yılda Cumhuriyet Yargı Düzeninin Düşünsel ve Yapısal Kesiti Üzerine Bazı Gözlemler", **Yeni Türkiye** 1998/23-24(Cumhuriyet Özel Sayısı), ss.3820-3825, s. 3824, KONURALP Haluk, "20.Yüzyıl Sonunda Medeni Usûl Hukuku Sorunlarına Bir Bakış", **Yeni Türkiye**, 1996/10 (Yargı Reformu Özel Sayısı), ss.537-542, s.538, ÖZTEK Selçuk,"Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na İlişkin Görüş ve Eleştiriler", **Arabuluculuk Yasa Tasarısı –Eleştiri ve Öneriler- Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları**, 2008, ss. 17-34, s. 16-17, KAPLAN Yavuz, "Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2008/1-2, ss.115-146, s. 117. Nitekim bu hususta zorunlu arabuluculuk henüz yürürlükte değil iken Anayasa Mahkemesi'nin 10.07.2013 tarih, E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı kararında yerinde olarak arabuluculuğun yargısal bir faaliyet olmadığı, dostane bir çözüm yöntemi olduğu, "*alternatif*" ibaresinin mahkemelere alternatif bir yol olmadığı belirtilerek ihtiyari bir yol olduğu vurgulanmıştır (RG : 25.01.2014, S. 28893).

yoluyla yarışmaması ve yargının yerine ikame edilmeye çalışılmamasıdır. Bu yolların asıl hedefi, küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, adlî bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmektir. Arabuluculuk adlî yargıdan kaçış olarak kullanılmamalıdır[20]. Yargıdaki uyuşmazlık sayısının ve iş yükünün azalması arabuluculuğun uygulamasının amacı değil sonucu olarak değerlendirilmelidir. Adaletin etkin bir şekilde işleyişini sürdürmek devletin temel ve aslî görevlerindendir. Bu noktada arabuluculuğun yaygınlaştırılması ve uzlaşma kültürünün oluşması bakımından zorunlu arabuluculuğun olumlu etkilerinin olabileceğini düşünmek mümkündür[21]. Ancak yapılan düzenlemelerle gelinen noktada özellikle iş hukukunun emredici hükümleri karşısında zorunlu olarak düzenlenen arabuluculuğun yargılamanın bir parçası olarak görülmesi tehlikesi içerisinde olduğu yönündeki eleştirilerin dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz[22]. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin iş uyuşmazlıklarında dava şartı olan arabuluculuğa ilişkin hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde kararı mevcuttur[23].

---

20 TANRIVER Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", **TBBD**, 2006/64, ss.151-177, s. 169, PEKCANITEZ Hakan, Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı –VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Türkiye Barolar Birliği,** Ankara 2008, ss. 265-300, s. 294. Doktrinde Pekcanıtez, arabuluculuğun başarılı olabilmesi için arabulucunun iyi bir eğitim alması gerektiği, arabulucunun tecrübesinin de çok önemli olduğunu, iyi bir eğitim almadan arabulucu olmanın olumsuz sonuçlara sebep olduğunu belirterek bu konularda İsrail ve İtalya örneklerini vermiştir. Bkz. PEKCANITEZ Hakan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı –VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Türkiye Barolar Birliği**, Ankara 2008, ss. 247-264, s. 257.

21 Bkz. YAZICI TIKTIK Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s. 41-42.

22 ÖZEKES Muhammet/ATALI Murat, "7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştri, Değerlendirme ve Öneriler", **"Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine" Toplantısı (23 Aralık 2017)**, İstanbul 2018, ss.41-122, s. 81-82. Bu hususta Ekmekçi/Özekes/Atalı, tahkim gibi doğrudan yargılama faaliyeti olan kaynağı, usûlü, daha ayrıntılı düzenlenmiş bir yolun dahi dava şartı olarak düzenlenmediği, ilk itiraz olarak düzenlendiği bir hukuk düzeninde arabuluculuk gibi yargılama olmayan, daha serbest bir yolun bir yolun dava şartı olarak düzenlenmesini çelişkili bulmakta ve usûl hukuku bakımından doğru bir yaklaşım olmadığını ifade etmiştir. EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 151.

23 "*….Öte yandan Kanun'da arabuluculuk kurumunun, mahkemelerin yerine geçecek bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak düzenlenmediği, mahkemelere ait olan uyuşmazlıkları çözme yetkisinden farklı olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle dostane bir çözüm yolu olan arabulu-*

Zorunlu arabuluculuğa ilişkin bir başka dikkat çekici düzenleme de, Arabuluculuk Kanunu md. 18 a/11 hükmüdür.(Aynı düzenleme İş M. K. md. 3/12'de de yer almaktadır). Buna göre ilk görüşmeye geçerli bir mazereti olmaksızın katılmayan taraf, sonradan açılacak davada kısmen haklı çıksa bile tüm yargılama giderlerine mahkûm edilecek ve lehine de vekâlet ücretine hükmedilmeyecektir. Doktrinde bu düzenlemenin izlenen amaç ile ölçülü olmayacak kadar ağır bir yaptırım olduğu, ayrıca geçerli mazeret kavramının nasıl yorumlanacağı hususunda açıklık bulunmadığı belirtilmiştir[24]. İlgili madde gerekçesinde benzer düzenlemenin "Dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluk" başlıklı md. 327' de düzenlendiği ifade edilmiştir[25]. Ancak belirtmek gerekir ki; HMK md. 327/1 ile getirilen gereksiz yere davanın uzamasına ve gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan tarafın davada lehine karar verilmiş olsa bile karar ve ilâm harcı dışında kalan yargılama giderinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mah-

---

culuğun yargılama faaliyeti veya yargıyla rekabet içinde bulunan bir yöntem olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Arabuluculuğun, yargısal yolların yanında yer alan, yargı yetkisine müdahale etmeden işlerlik kazanan kendine has bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu itibarla kuralın Anayasa' nın 9. maddesinde belirtilen yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı yöndeki kurala aykırı bir yönü de bulunmamaktadır. İş hukuku alanındaki bazı uyuşmazlıkların dava yoluyla mahkemeler tarafından esas yönünden incelenebilmesinin arabulucuya başvurma koşuluna bağlanması, hak arama hürriyeti ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına getirilen bir sınırlama niteliğindedir. Bu bakımdan kuralın hakkın özüne dokunup dokunmadığının ve ölçülülük ilkesine aykırı bir sınırlama olup olmadığının da incelenmesi gerekmektedir. Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez. Dava şartı olmanın bir sonucu olarak arabuluculuğa başvuru bir zorunluluk arz etmekte ise de bu zorunluluk yalnızca arabuluculuğa başvuru ile sınırlı olup arabuluculuk sürecinin işleyişi ve sonucu üzerinde taraf iradelerinin egemen olduğu açıktır. Taraflar istedikleri zaman süreci sonlandırabilecekleri gibi, süreç sonunda anlaşmaya varıp varmamak konusunda da tercih hakkına sahiptirler. Anlaşmaya varılamaması hâlinde ise uyuşmazlığın çözümü için yargı yoluna başvurulması mümkündür. Bu bakımdan Kanun' un arabuluculuk süreci ve sonucu yönünden taraf iradelerini esas aldığı görülmektedir.Arabulucuya başvurulmamış olması sebebiyle dava şartı yokluğundan usulden reddedilen bir davanın dava şartına ilişkin eksikliğin tamamlanmasından sonra tekrar açılması da mümkündür. Bu yönüyle dava şartının yerine getirilmemesi sebebiyle davanın bir kere usulden reddedilmiş olması uyuşmazlığın yargı önüne taşınmasını engellememektedir." (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.2017/178, K.2018/82,T.11/7/2018, RG: T.11/12/2018, S:30622)

24 EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 24; NAMLI, Adalet Divanı, s. 1313-1314, KÖME, s. 406.

25 İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Gerekçe md.3

keme tarafından mahkûm edilmesi hâkimin takdir yetkisi kapsamında düzenlenmiştir. Buna karşılık zorunlu arabulucukta bu husus emredici olarak ve içeriği de kesin bir şekilde genel hükümler dışında düzenlenmiştir[26]. Aynı zamanda söz konusu düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali talep edilmiş ise de, Anayasa Mahkemesi yukarıda belirttiğimiz aynı tarihli kararı ile kuralın mazeret nedeniyle ilk toplantıya katılmamayı kapsam dışı tuttuğundan, sadece keyfî bir şekilde arabuluculuk görüşmelerine katılmayı engellediğinden bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir[27].

---

26 ÖZMUMCU, s. 835; Namlı, Adalet Divanı, s.835-836. Madde gerekçesinde, yaptırımın ancak taraflara ulaşıldığı halde tarafların geçerli bir mazeret bildirmeksizin görüşmelere katılmamaları halinde uygulanacağı, arabuluculuk faaliyetini sona erdiren ilk sebep olan taraflara ulaşılamaması veya ikinci sebep olan taraflara ulaşılması halinde sonrasında tarafların masaya gelmeleri, görüşmelerin yapılması ve görüşmeler sonunda anlaşmaya varılması ya da varılmaması hallerinde bu yaptırımın uygulanmayacağı ayrıca hangi mazeretin geçerli olduğunun ilk etapta her somut olay bakımından arabulucu tarafından tespit edileceği, son tutanakta taraflara ulaşılma şekli ile toplantı gününün bildirilişi, toplantının yapılması konusunda mutabık kalındığının buna ilişkin belgelerle ortaya konulması gerektiği, uyuşmazlık mahkemeye intikal ettiğinde ise ilk etapta arabulucu tarafından ortaya konulan durumun mahkeme tarafından denetleneceği ve ileri sürülmüşse mazeretin geçerliliği konusunda nihaî kararın mahkeme tarafından verileceği belirtilmiştir. (İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı, Gerekçe md. 3)

27 "*Genel anlamda bir davanın görülmesi ve sonuçlandırılması için yapılan masrafların tamamını ifade eden yargılama giderlerinin davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi hukuki korunma istediğinde haklı çıkmanın doğal bir sonucudur. Ancak bu durum mutlak olmayıp iyi niyet veya dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bazı durumlarda davada haklı çıkan tarafın da yargılama giderlerini ödemekle yükümlü kılınabileceği kabul edilmektedir. İptali istenen kural da yargılama masraflarının davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi şeklindeki temel kuralın istisnalarından birini teşkil edebilecek niteliktedir. Kuralın gerekçesi dikkate alındığında tarafların arabuluculuk daveti üzerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ilk toplantıya katılarak bir araya gelmeleriyle ve aralarındaki uyuşmazlığı müzakere etmeleriyle amaçlananın ortak bir sonuç ve karara varmaları için gerekli ortamın hazırlanması olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca kural mazeret nedeniyle ilk toplantıya katılmama durumunu kapsam dışında tuttuğundan, sadece keyfî bir şekilde arabuluculuk sürecini sekteye uğratacak davranışları engellemeyi hedeflemektedir. İptali istenen kuralın da bu nedenle arabuluculuğun ilk toplantısına katılım yönünde gösterilen iyi niyetli çabayı esas alarak yargılama giderlerinin kime yükletileceğim belirlediği görülmektedir. Bu yönüyle kuralla uzun ve maliyetli yargılama süreçlerine maruz kalınmaksızın arabuluculuk yoluyla çözülebilecek bir meseleyi baştan reddederek uyuşmazlığın çözümünün gecikmesine ve gereksiz giderler yapılmasına neden olan tarafın bu davranışına yargılama giderlerinden sorumlu tutulma sonucunun bağlanarak arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılmak istendiği anlaşılmaktadır. Anılan amaç uyuşmazlıkların en kısa sürede ve en az masrafla sonuçlandırılması biçiminde-*

II. Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşma ve Hukukî Niteliği

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşırlarsa, bunun sonucunda ortaya çıkan anlaşmanın değeri konusunda bir esneklik mevcuttur. Zira taraflar mutlaka bu anlaşmayı yazılı bir metin haline dönüştürmek zorunda değildirler; uyuşmazlık çözümlenmişse amaç da gerçekleşmiş sayılacaktır. Ancak ileriki zamanlarda uyuşmazlığa ilişkin bir sorun çıkmaması için taraflar varılan çözümü yazılı bir metin haline getirebilirler[28].

Bununla birlikte şüphesiz taraflar anlaşma belgesine mutlaka icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep etmek durumunda değildirler[29].Genel olarak incelendiğinde arabuluculuk süreci sonunda taraflar arasında yapılan anlaşma her iki tarafın karşılıklı irade beyanını içeren bir sözleşme olup, bu sözleşmeye uyulmadığı veya sözleşmenin varlığı ispat edilemediği takdirde mahkemeye başvurulması mümkündür.

Ancak unutulmamalıdır ki; hukukî açıdan bakıldığında arabulucunun çözüm sürecine katılmış olması, arabuluculuk sonucunda yapılan anlaşmanın kanuna uygun olduğu ve tarafların haklarının en iyi şekilde dengelediği anlamına gelmez. Söz konusu nedenlerle de sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin genel sebeplerle anlaşmanın hükümsüzlüğü ileri sürülebilecektir[30].

Arabuluculuk sonunda varılan anlaşma tüm sözleşmeler için aranan geçerlilik şartlarına[31], -tarafların ehil olması, sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlâka, kişilik haklarına aykırı olmaması, irade beyanlarının sağlıklı olması, muvazaa olmaması- uygun olmalıdır [32].

Arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın hukukî niteliği ise tarafların

---

ki anayasal ilkeyle uyumlu olup kuralın bu amaca ulaşma yönünden gerekli, elverişli ve orantılı olmadığı söylenemez". Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E.2017/178, K.2018/82, T.11/17/2018, RG: T.11/12/2018- S:30622)

28 ÖZEKES, Pekcanıtez Usûl, s. 2844**.** KEKEÇ, Elif Kısmet, **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Ankara 2016, s. 197 vd.

29 İcra edilebilirlikşerhi için bkz. aşa. III, a.

30 ÖZBEK Mustafa, „Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması", **Özer Seliçi'ye Armağan**, Ankara 2006, ss.441-502, s. 463.

31 OĞUZMAN M.Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1,İstanbul 2014, s. 81 vd. Ayrıca bkz. DÜR Orhan, **Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri**, Ankara 2017, s. 364.

32 Bkz. KIYAK Emre "Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", **TAAD**, Yıl: 6, S. 21 (Nisan 2015), ss.523-548, s. 529.

anlaşmaya uymaması veya aykırı davranması halinde önem kazanacaktır. Zira bu durumda dava yoluyla uyuşmazlığın giderilmesi talep edildiği takdirde anlaşmanın delil değeri, aykırı davranılması halinde de ise anlaşmanın icra edilebilirliği gündeme gelecektir.

Kanımızca arabuluculuğun temelinde sulh kurumu bulunmaktadır[33]. Genel olarak sulh, tarafların bir sözleşme ile karşılıklı fedakârlıkta bulunarak aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığa veya tereddütlü duruma son vermeleri olarak tanımlanabilir[34]. HMK md. 313/I'de, *"....görülmekte olan bir davada tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir."* şeklinde tanımlanmıştır. Sulh, genel olarak mahkeme önünde yapılabileceği gibi (mahkeme içi sulh) mahkeme dışında da yapılabilir. Zira HMK'da mahkeme içi sulh düzenlenmiştir[35].

---

33 TANRIVER, s. 173; ILDIR Gülgün, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler**, Ankara 2003, s. 165; KURU Baki, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler", **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, 2010/2, ss.237-246, s. 243, TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 184. Ayrıca bkz. ERDOĞAN Ersin/CÖMERT Büşra,"Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulacak Hukuki Çareler", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13; S. 138, 2018, ss. 27-47, s. 34; ÇELİKOĞLU Cengiz Topel, "6325 Sayılı HUAK'a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usûlleri İle İlişkisi", **Yılmaz Ejder'e Armağan**, Ankara 2014, C. 1, ss. 669-723, s. 709.

34 ÖNEN Ergun, **Medenî Yargılama Hukukunda Sulh**, Ankara 1972, s. 23; BİLGE Necip / ÖNEN Ergun, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara 1978, s. 356; TANRIVER Süha, "Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler", **AÜSBFD**, 1994/1-2, C.49, ss. 333-348, s. 333; TANRIVER, Süha**, İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi**, Ankara 1996, s. 84; ULUSAN İlhan, "Maddi Hukuk ve Usûl Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi", **MHAD**, 1971/7, ss.149-203, s. 150; AKYOL ASLAN Leyla, "Dava Konusu Dışında Kalan Hususların Sulhun Kapsamına Dâhil Edilmesi (HMK md. 313/3)", **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan**, Ankara 2014, ss.167-210, s. 169 vd. Bu tanıma göre, sulhun varlığı için gerekli şart ve unsurları, taraflar arasındaki hukuki ilişki, bu hukuki ilişki üzerinde çekişme veya kuşku, bu çelişki ya da kuşkuya son vermek amacıyla tarafların karşılıklı fedakârlıkları olarak sıralayabiliriz. Bu konuda bkz. ULUSAN, s. 150 vd.; ÖNEN, s. 23 vd.

35 Bkz. HMK Gerekçe md. 313; ayrıca bkz. ATALI Murat, Pekcanıtez Usûl, **Medenî Usûl Hukuku**, 15.Bası, İstanbul 2017 ,s. 2033 vd., KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku**, Ders Kitabı, 2.Baskı, Ankara 2018, s.398 vd., UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2.Baskı Ankara 2014, s. 928; TANRIVER, Usûl, s. 1022 vd.; BUDAK/KARAASLAN, s. 300 vd.; YILMAZ, s. 3054 vd.; 2033 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 562 vd.; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 577 vd. Ayrıca bkz. ALANGOYA Yavuz/YILDIRIM M. Kâmil/DEREN YILDIRIM Nevhis, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 8. Tıpkı Bası, İstanbul 2011, s. 429; KARSLI Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, İstanbul 2014, s. 377 vd.

Arabuluculuğun temelinde de sulh kurumu bulunduğundan arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın hukuki niteliğini de *"sulh benzeri bir sözleşme"* olarak nitelendirilebileceği kanısındayız[36]. Nitekim Alman Hukukunda da EGPO 15a /II, f.6'nın ZPO md. 794/I'e yaptığı atıf uyarınca arabulucu önünde yapılan anlaşma bir sulh sözleşmesi olup, sulhe ilişkin hükümlere göre icra edilecektir. Bu nitelendirmemizi gerekçelendirmek açısından sulh sözleşmesini değerlendirmek gerekir.

Sulh sözleşmesi özel hukukun gerçek sulh müessesesi olarak anılır ve tüm yönleri ile TBK'nın sözleşmelere ilişkin maddelerine tâbi olup, *"mahkeme dışı sulh"* olarak nitelendirilir. Bir başka anlatımla; tarafların mahkeme dışında yapacakları sulh, kuruluş ve etkileri bakımından kural olarak maddi hukuk işlemi olduğundan ve borçlar hukukunun alanına girdiğinden HMK'nın 313 ilâ 315 maddeleri arasındaki düzenlemelere tâbi olmayacaktır[37]. Borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşme olarak sulh, diğer sözleşmeler gibi TBK md. 26 ve 27 hükümleri çerçevesinde sınırlandırılmıştır. Kural olarak geçerliliği hiç bir şekle bağlı değildir (TBK md. 12/I) Sulhun konusu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hukukî ilişkilerdir. Tarafların sulh sözleşmesini meydana getirirken yerine getirdikleri karşılıklı fedakârlıklar onların karşılıklı edimlerini oluşturur ve bu da sulh sözleşmesinin tam iki taraflı sözleşme olduğunu ortaya çıkarır. Bu durumda da bu tür sözleşmelerin ifa edilmemesi halinde taraflar sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurabileceklerdir. Zira dava konusunun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işlerden olması şartıyla yapılan bütün sözleşmeler gibi bu sözleşmenin de mahkeme tarafından değerlendirilmesi ve ona göre hüküm verilmesi gerekir. Yani mahkeme dışı sulhun dava yoluyla yerine getirilmesi istenebilir. Taraflardan birinin mahkeme dışı sulh sözleşmesinin yapıldığı ve bu sözleşmeye uygun olarak mahkeme tarafından karar verilmesi yolundaki iddia ve talebi diğer tarafça kabul edilmediği takdirde, onun varlığı ve kapsamı iddia eden tarafça ispatlanmalıdır[38].

---

36 TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 101. Buna karşılık Erdoğan/Cömert, anlaşma belgesinin sulh sözleşmesi benzeri bir sözleşme olduğu görüşüne katılmamakta, bunun maddi hukuk anlamında sulh sözleşmesi olduğunu, bu sözleşmenin arabulucunun huzurunda yapılıyor olmasının veya icra edilebilirlik şerhi ile birlikte ilâmların icrasına ilişkin hükümlere tâbi olmasının onun hukukî niteliğini değiştirmediği görüşündedir. Bkz. ERDOĞAN/CÖMERT, s. 34. Ayrıca bkz. ÇELİKOĞLU, s. 707; DÜR ,s.365; KIYAK, s. 532.

37 ATALI, Pekcanıtez Usûl, s. 2033-2034, KURU, s. 405.

38 ÖNEN, s. 1 vd.; ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medenî Yargılama Hukuku**, C.I-II, İstanbul 2000, s. 578; ULUSAN, s. 154 vd.; UMAR, s. 928-929; SUNGURTEKİN ÖZKAN, "Avukatlık

Bununla birlikte yukarıda da belirttiğimiz üzere HMK'da düzenlenmiş *"mahkeme içi sulh"* veya *"mahkeme huzurunda yapılan sulh"* kavramı mevcuttur[39]. Mahkeme içi sulh, mahkeme dışında yapılan sulhten bunun görülmekte olan bir dava esnasında, bu davayı sonlandırmak için yapılması noktasında ayrılır. Zira mahkeme dışında yapılan sulh etkilerini yalnızca maddi hukuk alanında gösterir. Buna karşılık bir davanın görülmesi sırasında dava konusu uyuşmazlık hakkında taraflar sulh olurlarsa, davayı sona erdiren bir işlem ortaya çıkacaktır ve bu işlem taraflar dışında mahkemeyi de ilgilendirecektir. Nitekim taraflar mahkeme içi sulh ile bir mahkeme hükmü olmaksızın kendi arzularıyla tamamen veya kısmen görülmekte olan davayı sona erdirebileceklerdir[40]. Sulh dava konusu dışında kalan hususları da içerebilir (HMK md. 313/III)[41].

Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", **MİHDER** 2005/2 , ss.353-369, s.354.

39 ÖNEN, s. 2; TANRIVER, Sulh, s. 334; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 85. Ayrca bkz. ULUSAN, s. 168 vd.

40 ATALI, Pekcanıtez Usûl, s. 2035; STEIN Friedrich/JONAS Martin, **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 22. Aufl. Band 7, 704-827, München 2005, s. 808; LÜKE Gerhard/WAX Peter, **Münchener Kommentar**, Band2 Kommentar zur Zivilprozessordnung, 355-802, 2. Aufl. München 2000, s. 2175. Mahkeme içi sulhun hukukî niteliği konusunda başlıca dört görüş mevcuttur. İlk görüşe göre mahkeme içi sulh tamamıyla usûl hukukuna ait bir kurumdur. İkinci görüş ise yapılan anlaşma ile taraflar arasındaki uyuşmazlığa maddi hukuk esasları çerçevesinde son verildiğinden mahkeme içinde yapılan sulhlerin maddi hukuka ilişkin sözleşme olduğu yönündedir. Üçüncü görüş, mahkeme huzurunda yapılan sulhun hem usul hukuku hem de maddi hukuk karakterli olup, çift etkiye sahip olduğu yönünde olduğudur. Dördüncü görüşe göre ise; mahkeme içi sulhun gerek unsurları gerek özellikleri itibariyle bir bütün olarak özel hukuk sözleşmesi olduğu ve görülmekte olan davada herhangi bir etkisinin olmadığı, bu durumda davayı sona erdirenin mahkeme içi sulh değil, tarafların dava takibinden vazgeçme iradeleri olduğu yönündedir. Söz konusu görüşlerin ayrıntıları için bkz. LÜKE/WAX, s. 2159 vd.**;** STEIN/JONAS, s. 809 vd.; TANRIVER, Sulh, s. 335 vd; TANRIVER, Usûl s. 1025-1026; ÖNEN, s. 34 vd.; ROSENBERG Leo/SCHWAB Karl Heinz /GOTTWALD Peter**, Zivilprozessrecht**, 17. Aufl. München 2010, s. 738 vd. Kanımızca mahkeme içi sulh sözleşmeleri çift karakterli (karma nitelikli) sözleşmelerdir. Zira taraflar davayı belirli bir maddi hukuka ilişkin içerik ile sonlandırmak istemektedirler. O halde sulh sözleşmesi etkilerini hem maddi hukuk alanında hem de usûl hukuku alanında göstermektedir. Bkz. ROSENBERG /SCHWAB /GOTTWALD, s. 740; MUSIELAK Hans Joachim, **Grundkurs ZPO**, 11. Aufl., München 2012, s. 193-194; PRÜTTING Hans /GEHRLEIN Markus, **ZPO Kommentar**, 2010, s.1658; TANRIVER, Sulh, s. 336; TANRIVER, Usûl, s. 1026¸ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 429; KARSLI, s. 379, Prüttting/Gehrlein mahkeme içi sulh sözleşmeleri ile usûl sözleşmelerinin birbirine karıştırılmaması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bkz. PRÜTTING /GEHRLEIN, s. 723.

41 Akyol Aslan,tarafların dava konusu dışında kalan hususu dava konusu kapsamına dahil ede-

Taraflar mahkeme dışında yapmış oldukları sulh sözleşmesini mahkeme içi sulh sözleşmesine dönüştürebilirler. Şöyle ki; taraflar yapmış oldukları sulh sözleşmesini mahkemeye verirler ve davada sulh olduklarını bildirirlerse, bu yazılı sulh sözleşmesinin mahkemeye verildiği duruşma tutanağına yazılır (HMK md. 154/III, f). Bu halde, mahkemeye verilen yazılı sulh sözleşmesinin ayrıca tutanağa geçirilmesine gerek yoktur, duruşma tutanağında eklendiği yazılı olan belgelerin içeriği de tutanak metni hükmündedir (HMK md.154/IV). Bu durumda mahkemeye verilen yazılı sulh sözleşmesinin duruşmada tarafların önünde okunması, okunduğunun da duruşma tutanağına yazılması ve ondan sonra da tutanağın HMK md.154/III, ç'ye göre taraflara imzalattırılması gerekir. Böylece mahkeme dışı sulh, mahkeme içi sulhe dönüşür[42].

İİK md. 38 uyarınca mahkeme içi sulhler ilâm niteliğinde olup, ilâmların icrası hakkında hükümlere göre icra olunur. Ancak mahkeme içi sulhlerin icra olunabilmesi için şüpheye yer vermeyecek şekilde açık bir içeriğe ve usuli geçerlilik şartlarına sahip olması gerekir, ayrıca sulhün kapsamınının da bir edimin ifasını sağlamaya yönelik, başka bir deyişle, cebri icraya elverişli olması gerekir[43]. Buna karşılık mahkeme dışı sulh sözleşmelerinin davayı sona erdirme etkisi ve icra edilebilme gücü yoktur. Alman Hukukunda da mahkeme dışı sulhun devam eden yargılamaya bir etkisi olmayacağı kabul edilmekle beraber, dava açılmadan önce taraflar arasında mahkeme dışı sulh yapılmış, ancak buna rağmen taraflardan biri dava açmışsa, bu mahkeme dışı sulh sözleşmesinin diğer tarafa ancak bir def'i hakkı vereceği belirtilmiştir. Yine Alman Hukukunda da şekle tâbi olmadan yapılan mahkeme dışı sulh sözleşmesinin davayı sona erdirici etkisinin olabilmesi için tarafların anlaşarak yazılı veya sözlü olarak bunu mahkemeye beyan etmeleri gerekmektedir [44].

---

rek sulh olmuşlar ise artık bu hususun dava konusunun bir parçası olduğunun kabulü gerektiği kanaatindedir (AKYOL ASLAN, s. 193).

42 TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 91; ATALI, Pekcanıtez Usûl, s. 2035; KURU, s.401; TANRIVER,Usûl, s. 1029, UMAR, s. 930. Ancak belirtelim ki; Önen, mahkeme huzurunda yapılan sulhun, sadece bir maddi hukuk işlemi değil, aynı zamanda bir usûl hukuku işlemi olduğu ve mahkemenin sulhun yapılmasında sadece teşvik edici bir işleve sahip olması gerektiği gerekçesi ile mahkeme dışı sulhun mahkeme içi sulhe dönüşmeyeceği kanaatindedir. Bkz. ÖNEN, s. 88.

43 ULUSAN, s. 53, ZÖLLER, Richard, **Zivilprozessordnung**, 28. Aufl. Köln 2010, s. 1772.

44 MUSİELAK, s.196 ; THOMAS Heinz /PUTZO Hans, **Zivilprozessordnung**, 30. Aufl.,

HUMK yürürlükte iken; mahkeme içi sulh anlaşması ile dava sona erince bu hükmün kesin hüküm teşkil edip etmediği de tartışılmış[45] ve Türk Doktrininde genellikle şarta bağlı olmayan sulhun kesin hüküm teşkil edeceği görüşü[46] hâkim olmuştur.

HMK md. 315/I'de de açıkça sulhun ilgili bulunduğu davayı sona erdireceği ve kesin hüküm gibi sonuç doğuracağı düzenlenmiştir[47]. Ancak aynı tartışmanın söz konusu düzenleme sonrasında da devam ettiği sonucuna varılabilir[48]. Buna göre doktrinde bir görüş, mahkeme içi sulh ile davanın mahkeme tarafından ayrıca bir hüküm verilmeksizin kendiliğinden sona ereceğini[49], madde metninde yer alan ifadede yer alan "*kesin hüküm gibi*" ibaresinin maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği anlamına gelmediği, kesin hüküm teşkil etmek ile onun ile aynı hukukî sonuçlar doğurmanın birbirinden farklı olduğunu, , İİK md.38'de öngörülen düzenlemenin bu hususu doğruladığını, nitekim kanun koyucunun davanın doğrudan doğruya sulh ile değil de sulh üzerine mahkeme tarafından verilen hüküm ile sona ereceğini kabul ereceği tezini kabul etmiş olsa idi; bunun zaten bir ilâm durumunda

---

München 2009,s.1047; LÜKE/WAX, s. 2179; ZÖLLER, s. 1774. Ayrıca bkz. ÖNEN, s. 142 vd.

45 Bkz. ÖNEN, s. 145 vd. Aynı tartışmanın HMK hükümlerine rağmen devam ettiği yolunda bkz. ASLAN Kudret, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Davaya Son Veren Taraf İşlemleri"ne İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler", **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan**, Ankara 2014, ss.307-377, s.362. Aslan bu hususta, davaya son veren taraf işlemleriyle kesin hüküm kurumunun bağdaştırmanın olanaklı olmadığını, davanın bizatihi taraf işlemiyle sona erdiği hallerde "*kesin hüküm*" kavramının söz edilemeyeceğini ifade etmiştir (ASLAN, s. 364).

46 KURU Baki, C.IV, s. 3783; KURU Baki /ARSLAN Ramazan /YILMAZ Ejder, **Medenî Usûl Hukuku**, 21.Bası, Ankara 2010, s.557; PEKCANITEZ Hakan /ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 9. Bası, Ankara 2010, s.530, TANRIVER, Sulh, s. 343; ILDIR, s. 165. Ayrıca bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 430.

47 HMK düzenlemesine göre, *"sulhun şarta bağlı yapılmış olması da yargılamanın kesin bir hükümle sona ermiş sayılmasına engel değildir. Zira mahkeme içi sulh ile o davaya konu olan uyuşmazlığık kesin hükme benzer bir şekilde, ortadan kaldırılmıştır ve o davanın tarafları arasında o konuda aynı sebebe dayanan yeni bir davanın görülmesinin mümkün değildir*". Bkz. HMK md. 315 Gerekçe.

48 Bkz. ASLAN s.362; BUDAK/KARAASLAN, s. 301.

49 Bkz. ÖNEN, s. 139; TANRIVER,Sulh, s.345; ÜSTÜNDAĞ, s. 578; MERİÇ Nedim, **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde)**, Ankara 2011, s. 209, AKYOL ASLAN, s. 192; ÖNEN, s. 139; TANRIVER, Sulh, s.345; ÜSTÜNDAĞ, s. 578.

bulunduğundan İİK md. 38 uyarınca ilâm niteliğinde belge olarak öngörülmesinin ve aynen ilâmlar gibi icra edilebileceğinin belirtilmesinin anlamı olmadığı yönündedir[50].

Bir diğer görüş, davanın doğrudan doğruya sulh ile değil, sulhün esas alınması suretiyle mahkemenin vereceği hüküm ile sona ereceği yönündedir[51]. Burada şarta bağlı olmayan sulh bakımından ikili bir ayırım yapılmakta ve tarafların mahkemenin sulh anlaşmasına göre bir karar vermesini istemeyip, sadece sulhu tespit etmesini istedikleri durumda, mahkemenin sulhu tutanağa geçirerek *"karar verilmesine yer olmadığı"* şeklinde bir kararla davanın son bulduğunu tespit edeceği, taraflar veya taraflardan birinin şarta bağlı olmayan sulh anlaşmasına göre bir karar vermesini istedikleri durumda mahkemenin şarta bağlı olmayan sulh sözleşmesine göre bir karar vermesi gerekeceği belirtilmektedir[52]. O halde tarafların sulhe göre karar verilmesi yönünde bir talebi yoksa bu halde dava esas bakımından mahkeme içi sulh ile sona ermiştir ve burada kanun yolu incelemesi sadece mahkeme-

---

50 TANRIVER, Usûl, s. 1031-1032. Ayrıca bkz. ÖNEN, s. 134, s. 157; ULUSAN, s. 195-196; TANRIVER ,Sulh, s. 46. Bu hususta Meriç, düzenlemedeki ifadenin maddi kesin hükmü dışarıda bırakmaya müsait olmadığı, kanunî düzenlemede sulhe bağlananın kesin hükmün kendisi olmadığı, kesin hükmün neticeleri olduğu, sulhun bir mahkeme kararı yerine geçmeyeceğini (taraflar mahkemeden sulhe göre karar vermesini istememişlerse), kanunî bir gerçekliği ifade etmeyeceğini ve fakat maddi anlamda kesin hükmün sonuçlarını doğurabileceğini belirtmiştir (MERİÇ, s. 210-211). Aslan ise, davaya son veren taraf işlemleriyle kesin hüküm kurumunun bağdaştırmanın olanaklı olmadığını, davanın bizatihi taraf işlemiyle sona erdiği hallerde "*kesin hüküm*" kavramının söz edilemeyeceğini, nitekim kanunda kullanılan kesin hükümden amacın maddi anlamda kesin hüküm olamayacağını, davaya son veren taraf işlemlerinin maddi anlamda kesin hükmün sonuçlarını meydana getirmeyeceğini, olsa olsa ancak şekli anlamda kesin hüküm olabileceğini zira burada ortada maddi anlamda kesinliğe elverişli bir mahkeme kararı bulunmadığından ancak irade sakatlığı hâlleri varsa bu çerçevede bir dava açılarak iptal olanağının kullanılabileceğini ifade etmiştir (ASLAN, s. 364). Ayrıca bkz. ÖNEN, s. 134, s. 157, ULUSAN, s.195-196, TANRIVER, Sulh, s. 46.

51 KURU, s. 401.

52 KURU,s.402;ATALI,Pekcanıtez Us l, s. 2035-2036; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 563. Bir başka görüş ise, davaya son veren taraf işlemlerinin davayı doğrudan doğruya sona erdireceğini, mahkemenin bir hüküm vermesinin söz konusu olamayacağını, ister şarta bağlı olsun isterse olmasın sulhun varlığı halinde mahkemenin "*tarafların sulh olmasıyla nedeniyle davanın sona erdiğinin tespitine"* şeklinde bir karar ile sonuçlandırılması gerektiği, zira HMK md. 315 düzenlemesinin lafzında yer alan "*karar*"ın teknik anlamda davayı esastan çözen bir karar, yani hüküm anlamında kullanılmadığını, madde metninde de "hüküm" değil, *"karar*" kavramının kullanıldığı yönündedir (ASLAN, s. 331).

nin usûlî yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği ve yargılama giderleri hakkındaki kararın hukuka uygun olup olmadığı noktasından yapılacak, diğer ihtimal bakımından yani tarafların sulh anlaşmasına göre karar verilmesini istedikleri durumda dava mahkemenin esasa ilişkin nihaî kararı ile sona erecek[53] ve burada bir bütün olarak kararın tamamına karşı kanun yoluna başvurmak mümkün olacaktır[54].

Burada şarta bağlı olmayan sulhün davayı sona erdirici bir etkisi olduğu, kesin hüküm ile aynı sonuçları doğurduğu ve mahkemenin vereceği karar ile uyuşmazlığın sona erdirileceği, buna karşılık şarta bağlı yapılan bir sulh (HMK md. 313/IV) durumunda mahkemenin kural olarak şarta bağlı bir hüküm veremeyeceğinden böyle bir sulh sözleşmesine dayanarak esas hakkında hüküm veremeyeceği[55], bu halde mahkemenin *"karar verilmesine yer olmadığı"* şeklinde bir karar ile davayı sonuçlandırması gerektiği, şarta bağlı sulhün davayı sona erdirmekle birlikte taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmeyeceği ve bu tip bir sulhün maddi anlamda kesin hüküm gibi sonuç doğurması ve ilâmlı icranın ayrıcalıklarından yararlanmasının da mümkün olamayacağı belirtilmiştir[56]. Ancak bu hususta bir başka görüş, şarta bağlı sulh sözleşmesi olması durumunda ve tarafların bu sözleşmeye göre karar verilmesini istemeleri durumunda her ne kadar HMK md. 313 düzenlemesinin gerekçesinde diğer görüşü destekleyen bir ifade yer alsa da aksinin kabulünün açık bir kanun hükmünün uygulanmaması anlamına geleceği yönündedir[57].

---

53 Bu ihtimal çerçevesinde sulhün kesin delil etkisini de kapsayacak şekilde kesin hüküm teşkil edeceği yönündeki görüş için bkz. BUDAK/KARAASLAN, s. 302.

54 ATALI, Pekcanıtez Usûl, s. 2036. Doktrinde bu durumda sulh anlaşmasını ifade eden hükmün kesin hüküm (şekli ve maddi) teşkil edeceğinden şüphe duyulmaması gerektiği belirtilmiştir (MERİÇ, s. 210).

55 Bkz.KURU, s.401; KURU,CIII, s. 3073; ÜSTÜNDAĞ, s. 803-804; AKYOL ASLAN, s 193. Şarta bağlı hüküm verilebileceği yönündeki görüş ve gerekçeleri için bkz. GÜNEYSU BORAN, **Medenî Usûl Hukukunda Karar**, Ankara 2014, s. 121 vd.

56 ATALI, Pekcanıtez Usûl, s. 2037; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 562-563. Atalı/Ermenek/Erdoğan bu hususta, tarafların sulhe göre karar vermelerini istemeleri durumunda mahkemenin sulh sözleşmesini vereceği nihaî kararın hüküm sonucuna olduğu gibi alabileceğini, ancak tarafların bunu istemediği veya sulh anlaşmasının şarta bağlı yapıldığı ya da sulh anlaşmasına dava konusu olmayan bir hususun dahil edildiği durumlarda hâkimin sulh anlaşmasına işaret ederek usûle ilişkin bir nihaî karar ile yargılamayı sona erdireceğini belirtmiştir (ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 579).

57 BUDAK/KARAASLAN, s. 301.

Bu hususta bir başka görüşe göre, mahkeme içi sulh doğuracağı sonuçlar ve etkileyecekleri ilişkiler yönünden âdeta kesin hüküm mevcutmuş gibi değerlendirilmelidir. Ancak buradaki kesin hüküm etkisini de hem şekli anlamda hem de maddi anlamda kesinliği sağlayacak şekilde geniş tutmamak gerekir. Zira sulh bir taraf işlemi olduğundan ve maddi anlamda kesin hüküm ancak mahkemeler tarafından verileceğinden sulhun maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği sonucuna varılmaz. Sulh ancak şekli anlamda kesin hüküm teşkil edebilir, dolayısıyla mahkeme içi sulhe karşı kanun yollarına başvurulamaz[58].

Alman doktrininde mahkeme içi sulhun ancak maddi hukuk hükümlerine göre iptal edilebileceği, fakat kesin hüküm teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Burada mahkeme içi sulh sözleşmeleri davanın geri alınmasına benzetilmiştir. Zira davanın geri alınmasında davalının muvafakatine ihtiyaç vardır ve davasını geri alan davacı hakkın özünden vazgeçmemekte, ileride davasını yeniden açabilme imkânına sahip olmaktadır. Buna göre bir davanın mahkeme içi sulh sözleşmesiyle sona ermesi halinde burada sadece taraflar arasındaki hukuki durum yeniden düzenleneceğinden ve daha çok maddi hukuk içerikli bir sözleşme olduğundan ileride taraflar yeniden aynı uyuşmazlık hakkında dava açabilecektir[59].

Kanaatimizce de mahkeme için sulhun kesin hüküm etkisini hem maddi hem de şekli kesinliği kapsayacak şekilde geniş bir yoruma tâbi tutulmaması gerekir. Ancak tarafların mahkemeden sulhe göre karar vermelerini istemeleri halinde amaçlarının sulhu mahkeme hükmü haline getirmek olduğu ve bu halde taraflar arasındaki uyuşmazlığın davanın esasına ilişkin nihaî bir karar ile sona ereceğinden[60] mahkeme içi sulhe maddi anlamda kesin hüküm etkisi tanınmalıdır[61].

---

58 Bkz. GÜRDOĞAN Burhan, **Medenî Usûl Hukunda Kesin Hüküm İtirazı**, Ankara 1960, s. 36-37; ÖNEN, s. 148-149, 151, aynı yönde bkz. TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 189-190, ASLAN, s. 363.

59 STEİN/JONAS, s. 821; LÜKE/WAX, s. 2179; THOMAS/PUTZO, s. 1050.

60 ATALI, Pekcanıtez Usûl, s. 2036.

61 Bkz. BUDAK/KARAASLAN, s. 302. Ancak burada şarta bağlı sulh yapılmışsa, mahkemenin kural olarak şarta bağlı bir hüküm veremeyeceği sebebiyle mahkemenin esas hakkında hüküm veremeyeceği, bu durumda *"karar verilmesine yer olmadığı"* şeklinde bir karar ile davayı sonuçlandırması gerektiği görüşünü benimsediğimizden sulhun şarta bağlı olarak yapılmadığı durumda bu sonuca varmaktayız.

Sulh kurumuna ilişkin açıklamalar altında değerlendirdiğimizde, gerek ihtiyari gerekse zorunlu arabuluculuk çerçevesinde taraflar dava açılmadan önce arabuluculuk yöntemine başvururlar ve anlaşma sağlarlarsa bu anlaşmanın niteliğinin mahkeme dışı sulhe benzetebilineceği kanaatindeyiz. Çünkü burada yapılan anlaşmanın mahkeme ile bir ilgisi olmayacak ve bu anlaşma etkilerini yalnızca maddi hukuk alanında gösterecektir. Taraflar yargılama dışında anlaşmayı bir belgeye bağlamışlarsa bu belgenin niteliğine göre değerlendirme yapılmalıdır. Zira taraflar aralarında yaptıkları anlaşmayı âdi yazılı şekilde yapabilecekleri gibi düzenleme veya onaylama şeklinde noter senedine de bağlayabilirler. Bu durumda da bu anlaşma âdi şekilde yapılmış ise duruma göre kesin delil veya şartları varsa İİK md. 68 anlamında belge; noter senedi yapılmış ise resmi belge ya da duruma göre İİK md. 38 anlamında ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilebilir[62].

Buna karşılık taraflar dava açıldıktan sonra taraflar ihtiyari arabuluculuk çerçevesinde arabuluculuğa başvurup, yargılama dışında bir anlaşmaya varıp, erteleme sonrasındaki ilk celseye katılırlarsa[63] şu ihtimaller ortaya çıkabilir:

İlk ihtimal; tarafların mahkemeden yaptıkları anlaşmaya göre karar verilmesini talep etmeleridir. Bu durumda mahkeme yapılan bu anlaşmanın içeriğine göre bir hüküm verecektir. Bu durumda taraflar söz konusu anlaşma ile tıpkı mahkeme içi sulhte olduğu gibi kendi iradeleri ile davayı sona erdirebilecekler ve bu anlaşma bir mahkeme hükmü olacaktır. Zira tarafların amacı burada arabuluculuk faaliyeti sonunda yaptıkları anlaşmayı mahkeme hükmü haline getirmektir. Yani mahkeme kararının hüküm fıkrasını bu arabuluculuk anlaşmasında yer alan hususlar teşkil edecektir. Bu ihtimalde taraflar arasındaki dava mahkemenin esasa ilişkin bir nihaî kararı ile sona ermiş olacaktır.

İkinci ihtimal; tarafların yine yargılama dışında anlaşmaya varmış olmaları ancak mahkemeden bu anlaşmaya göre karar vermesini istememeleri halidir. Bu durumda mahkeme anlaşmayı yine mahkeme içi sulhte olduğu gibi tutanağa geçirecek ve *"uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sonuçlandığı*

---

62 ÖZEKES, Pekcanıtez Usûl, s. 2845.

63 Dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde yargılama mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir (Arabuluculuk Kanunu md. 15/V).

ve bu sebeple de davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı" şeklinde davayı sona erdirecektir.

Bir diğer ihtimal olarak da tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda şarta bağlı bir anlaşmaya varmış olmalarıdır. Bu durumda esasında taraflar arasındaki uyuşmazlığın sona ermemiş olacak, zira uyuşmazlığın sona erip ermediği şartın içeriğinin anlaşma belgesi hükümlerine göre yerine getirilip getirilmediğine göre tespit edilecek ve yine mahkeme anlaşmayı mahkeme içi sulhte olduğu gibi tutanağa geçirecek ve *"davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı"* şeklinde karar verecektir.

Sonuç olarak; arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın hukuki niteliği hakkında kesin bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Zira bu konuda da taraf serbestisi mevcut olup, taraflar anlaşma metninin hukuki niteliğini kendileri belirleyebileceklerdir. Ayrıca anlaşmanın kapsamı da taraflarca sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde belirlenecektir [64].

III. İcra Edilebilirlik Şerhi Verilen Anlaşmanın Hukukî Niteliği

Anlaşmaya İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesi

Gerek ihtiyari gerekse zorunlu arabuluculuk çerçevesinde taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep ederler ise, bu durumda yapılan anlaşma şekil şartlarına tâbi olacaktır. Buna göre anlaşma yazılı olmalı, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanmalıdır (Arabuluculuk Kanunu md. 18/I). O halde Arabuluculuk Kanunu tarafından öngörülen bu şekil şartının arabuluculuk anlaşması için geçerlilik şartı olduğunu söyleyebiliriz.

Arabuluculuk Kanunu'nda arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması halinde taraflar arasında akdedilen maddi hukuka ilişkin bu anlaşma belgesine özel bir nitelik kazandırılarak, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliği sağlanmıştır (md.18/II). Anılan anlaşmanın icra edilebilirliğinin sağlanması istenirse; taraflar bu anlaşmayı mahkemeye sunup, icra edilebilirliğe ilişkin bir şerh verilmesini talep edebilirler. Burada icra edilebilirlik şerhi inceleme-

---

64 Bkz.TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 190, ÖZBEK Mustafa Serdar, "Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme", **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.3, S.2, Temmuz 2017, ss. 69-85, s. 71.

si yapacak olan mahkemenin görev ve yetkisine ilişkin ikili bir ayırıma gidilmiştir[65]. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilecektir (md. 18/II, c.2)[66]. Dava açıldık-

---

65 Arabuluculuk Kanunu, Tasarı halinde iken, icra edilebilirlik şerhinin asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre yetkisi belirlenecek olan icra mahkemesinden talep edilebileceği öngörülmüş idi (Arabuluculuk Kanun Tasarısı md. 18/II). Bu düzenleme doktrinde Kuru tarafından, dava açıldıktan sonra arabulucuya başvuru halinde bu başvuru sebebiyle dava ertelenmiş ise davanın derdest olacağı ve arabuluculuk sonundaki anlaşma belgesinin de davanın bu derdest olduğu bu mahkeme tarafından incelenerek icra edilebilirlik şerhinin verilmesi gerektiği noktasında kanaatimizce de yerinde olarak eleştirilmiştir. Yine Kuru, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması halinde de bu anlaşma belgesine icra mahkemesi tarafından değil de (icra mahkemesinin icra takibi konusu yapılmamış bir uyuşmazlık hakkında görevli olmadığından bahisle) dava için yetkili ve görevli mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. KURU, Arabuluculuk, s. 242. Ayrıca Kuru, burada yetki kuralları bakımından da farklı yorum ve yetki uyuşmazlıklarına sebebiyet vermemek açısından icra edilebilirlik şerhi verecek yetkili mahkemeyi, arabulucunun faaliyette bulunduğu yer mahkemesi olarak anlamanın daha uygun olduğu görüşündedir. Bkz. KURU,Arabuluculuk, s. 241. Daha sonra 6325 sayılı Kanun 7036 sayılı Kanun ile değişmeden önce, md.18/2'de anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerhin, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkeme, dava açıldıktan sonra arabulucuya başvuru halinde ise davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebileceği şeklinde düzenlenmiş idi. Doktrinde Özbek, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasına ilişkin bu önceki düzenlemeyi eleştirerek, görev ve yetki konusunda yeni tereddüt ve uyuşmazlıklara sebebiyet vereceğini, HMK'daki yetki kurallarının "davacı" ve "davalı" esas alınarak düzenlendiğini, oysaki henüz uyuşmazlık öncesi ortada "*davacı*" ve "*davalı*" tarafın söz konusu olmadığını ve asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre yetkili mahkemenin belirlenmesinin fiilen mümkün olmaması yönünden eleştirmişti. Yazar, icra edilebilirlik şerhine ilişkin incelemenin icra mahkemelerine yapılması gerektiğini, amaca uygun olanın bu şekilde olduğunu, icra mahkemelerinin dar yetkili mahkeme olarak düzenlenmesinin icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin talebi incelemesine engel oluşturmayacağı, zira icra edilebilirlik şerhi incelemesi kapsamında uyuşmazlığın esasına girilmeyeceğini, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişlilik yönünden inceleme yapılacağını, yetki bakımından da çekişmesiz yargı işine ilişkin yetki kurallarının (HMK md. 384)uygulanması gerektiği görüşündedir. Bkz. ÖZBEK, s.77 vd. Yetkiye ilişkin HMK md. 384'ün uygulanması gerektiği görüşü için bkz. DÜR, s. 372.

66 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu'nun ilgili maddesini değiştiren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 'nun 24. Maddesinde, "*son tutanaktan arabuluculuk görüşmelerinin farklı yerlerde yapıldığının anlaşıldığı durumlarda görev yapılan bütün yerlerdeki sulh hukuk mahkemelerinin yetkili olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Böylece asıl uyuşmazlığın niteliği sebebiyle şerh verilecek mahkeme konusunda doğabilecek görev ve yetki uyuşmazlıkları önlenmiş olacaktır* (İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Gerekçe md. 24). Bu hususun

tan sonra arabulucuya başvuru halinde ise davanın görüldüğü mahkeme, icra edilebilirlik şerhi verilebilmesi için görevli ve yetkili olacaktır (md.18/II, c.3)[67]. Bu şerhi içeren anlaşma, İİK md.38 anlamında ilâm niteliğinde belge sayılır ve mahkemenin onayı doğrultusunda yapılan anlaşma ilâmlı icra takibine konu olabilecektir (md. 18/II, c.4). Ancak anlaşmanın ilâmlı icra takibine konu olabilmesi için içeriğinin cebri icraya elverişli olması gerekir. İçerik yönünden anlaşmanın cebri icraya elverişli olması, konusunun belli bir edimin ifasına (bir para borcunun ifası, bir malın teslimi, bir fiilin yapılması veya yapılmaması gibi) yönelik olması demektir. Anlaşmanın konusu, bir edimin ifası olmayıp, bir hukuki ilişkinin tespitine yönelikse, bu durumda anılan anlaşma cebri icraya elverişli olmayacaktır. Buna göre, arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın icra edilebilirliğinin olması için belli bir edimin kayıtsız ve şartsız olarak ifasını sağlamaya yönelik olması gerekir. Aynı zamanda varılan anlaşma konusunun belirli veya tayin edilebilir olması da gereklidir[68]. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi anlaşma belgesinin tamamına istenebileceği gibi belirli bir kısmına da istenmesi mümkündür[69].

Burada dikkat edilmesi gereken husus, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmanın olduğu her durumda mutlaka arabuluculuk faaliyetinin konusunu oluşturacak tüm hususlar bakımından icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu olmadığıdır. Nitekim tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebile-

---

yetkili mahkeme sayısını çoğalttığına ilişkin eleştiriler için bkz. Özbek, s. 80-81. Doktrinde Ekmekçi/Özekes/Atalı, bu değişikliğin doğru olmadığı, zira konunun uzmanı olan mahkemenin anlaşmanın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını ve diğer hususları daha doğru ve kısa sürede inceleyebileceğini, dava açıldıktan sonra asıl uyuşmazlığa bakan mahkemenin incelediği bir hususu dava açılmadan önce çok genel ve sınırlı görevi bulunan sulh hukuk mahkemesine vermenin tutarlı olmadığı görüşündedir (EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 97, aynı yönde DÜR, s. 372).

67 İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olahn aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılacaktır (Arabuluculuk Kanunu md. 18/III). Doktrinde Kuru, her ne kadar Kanunda icra edilebilirlik şerhinin verilmesinin çekişmesiz yargı işi olduğu belirtilmiş ise de bu hususun dava açılmadan önce arabulucuya başvuru halinde geçerli olduğunu, davanın görüldüğü mahkemenin tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda dava konusu uyuşmazlığın tümü hakkında bir anlaşmaya vardıklarını tespit ettiğinde anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh vereceğini, davanın bununla sona ereceğini ve mahkemenin bu kararının da nihai olduğundan istinaf ve temyiz edilebileceğini belirtmiştir (KURU, s. 407).

68 Bkz. ÖNEN, s. 157. Ayrıca bkz. ERDOĞAN/CÖMERT, s. 34; ÇELIKOĞLU, s. 713.

69 ÖZBEK, s.73.

ceği arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar kavramı ile icra edilebilirlik şerhi elde edilmesi birbiriyle birlikte değerlendirilmemelidir[70]. Kaldı ki, arabuluculuğun temelinin dostane bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu unutulmamalı, arabulucunun hâkim veya hakem gibi yargısal bir faaliyette bulunamayacağı hususu her zaman gözönünde bulundurulmalıdır. Aynı zamanda her ne kadar arabulucunun tarafların çözüm üretemedikleri noktada çözüm önerisi de getirebileceği Arabuluculuk Kanunu'nda öngörülmüş ise de (Arabuluculuk Kanunu md. 2/1, b) arabuluculuk faaliyeti sırasında arabulucu tarafından sunulan çözüm önerilerinin taraflara kabul etmeleri yönüne baskı yapılmaması ve empoze edilmemesi gerektiği arabuluculuğun temel kurallarındandır[71]. Arabulucunun öneride bulunması halinde önerisinin muhtemel sonuçları hakkında tarafları tam olarak bilgilendirmesi ve aydınlatması gerekecektir. Bu hükmün doğru anlaşılması, uygulanması ve amacı dışına çıkartılmaması gerekir[72].

Bu hususta akla gelebilecek bir soru arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan anlaşmanın şarta bağlı olarak yapılması ve buna ilişkin taraflardan birinin ilgili mahkemeden icra edilebilirlik şerhi talep edilmesi durumunda mahkemenin ne yönde karar vereceğidir. Arabuluculuğun temelinde sulh kurumu bulunduğu ve arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın hukukî niteliğini de *"sulh benzeri bir sözleşme"* olarak nitelendirdiğimizden öncelikle şarta bağlı sulh yapılması durumunda onun icra edilip edilmeyeceği meselesine değinmek gerekir. Bu konuda bir görüş mahkeme içi sulhun varlığı halinde davanın bir mahkeme hükmü ile değil, doğrudan doğruya sulh ile sona ereceğinden ve ortada mahkeme hükmü olmadığından hükmün şarta bağlı olarak verileceği kuralı da ihlâl edilmiş olmayacağından şarta bağlı sulhun icrasının mümkün olduğu yönündedir[73]. Diğer görüş ise davaya son veren işlemin şarta bağlı sulhun kendisi olmadığı, sulh esas alınarak mahkemece hüküm verileceği, ayrıca İİK'da bu tür hükümlerin icrasına yönelik bir düzenleme bulunmadığı, şarta bağlı hükmün pratikte bir yararı bulunma-

---

70 Bkz. Arabuluculuk Çalışma Toplantısı Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eskişehir, 26 Nisan 2014, **MİHDER**, C. 10, Sayı: 29, 2014/3, ss.22-36, s.27.

71 ÖZMUMCU, s. 836-837.

72 EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 87.

73 ÖNEN, s. 159; ULUSAN, s. 198, TANRIVER,Usûl, s. 1035; TANRIVER, İlâm; ASLAN, s. 335.

dığı, icrasına ilişkin sorunlar çıkabileceği gerekçelerine dayanarak icrasının mümkün olmadığı yönündedir[74].

Ancak görüleceği üzere şarta bağlı sulhun icra edilip edilmemesi meselesini değerlendiren görüşlerin temelinde sulh konusunda mahkemenin vereceği kararın, yani sulhun varlığı halinde davanın bir mahkeme hükmü ile mi yoksa davaya son veren işlemin sulhun kendisi mi olduğu tartışmasına dayanmaktadır. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyetinin niteliği itibarıyla şarta bağlı arabuluculuk anlaşmasının icra edilip edilemeyeceği sorununda bu tartışma ekseninde bir sonuca varılması yerinde olmayacaktır. Zira şarta bağlı sulhun yapılması durumunda icra edilemeyeceğini kabul eden görüşün dayanağı mahkemenin şarta bağlı hüküm veremeyeceği temel kuralıdır. Dolayısıyla bu gerekçeye dayanarak arabuluculuk faaliyeti sonunda şarta bağlı anlaşma belgesi düzenlendiğinde icrasının da mümkün olmadığı sonucuna ulaşmak mümkün gözükmemektedir[75]. Ancak arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın şarta bağlı olması durumunda şarta bağlı anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmemesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz[76]. Zira ilâmın icrası aşamasında şartın gerçekleşmiş olup olmadığı tartışma konusu olabilecek ve bu husus birçok sorunu da beraberinde getirebilecektir[77].

Bu hususta akla gelebilecek bir diğer mesele de icra edilebilirlik şerhi alınarak İİK md. 38 anlamında ilâm niteliği kazandırılmış bir anlaşma belgesine dayanılarak ilamsız icra takibi yoluna başvurulup başvurulamayacağıdır.Bu hususta elinde ilâm bulunan bir alacaklının ilamsız icra takibi yoluna başvuramayacağı, ilâmların genel haciz yolu ile icra takibine konu edilme-

---

74 ATALI,PekcanıtezUsûl,s.2037;ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINARAYVAZ/HANAĞASI,s.564; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 581. Şarta bağlı sulhun kural olarak icra edilemeyeceği ancak şarta bağlı sulh sözleşmesinde belirli bir tarihte ödeneceğinin yazılı olduğu hallerde ilâm niteliğinde olduğundan icra edilebileceği yönünde bkz. KURU, IV, s. 3793.

75 Doktrinde Özbay, Avukatlık Kanunu md.35 a düzenlemesi uyarınca yapılan uzlaştırma tutanağının şarta bağlı olarak yapıldığı durumda uzlaştırma tutanağının icrasının geciktirici veya bozucu şarta olmasına göre farklı sonuçlara tâbi olacağını, uzlaştırma tutanağının geciktirici şarta bağlı olması halinde söz konusu şart gerçekleşmedikçe tutanağın icrasının mümkün olmadığını, buna karşılık bozucu şart bakımından ise uzlaştırma tutanağının icrasında bir sorun olmadığını belirtmiştir (ÖZBAY İbrahim, Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği, **AÜEHFD**, C.VIII, S.3-4 (2004), ss.387-471, s.413-414.

76 Bkz. ERDOĞAN/CÖMERT, s. 36.

77 Karş. GÜNEYSU, s. 121. Ayrıca bkz. ve karş. SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 361.

sinin icra takibine ve yargılama tekniğine uygun düşmediği ve alacaklının bu yola başvurmakta hukuki yararının bulunmadığına ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 26.05.2017 tarih, E. 2017/2, K. 2017/3 sayılı kararı[78]yol gösterici olabilir. Ancak anılan karar, doktrinde Özekes tarafından İİK'da bu yönde bir sınırlamanın olmadığı, ilâmlı icra yolunun da ilamsız icra yolunun da bireyler için hak arama yolu olduğu ve içtihat ile bu şekilde bir sınırlama getirilmesinin doğru olmadığı yönünde eleştirilmiştir[79]. Bununla birlikte anılan kararda ilâm niteliğinde belge bulunan alacaklının durumuna değinilmemiş olup, bu hususta hak arama özgürlüğüne dayanılarak sınırlamanın dar yorumlanması ve sadece ilâm için geçerli olduğu düşünülebilir[80]. O halde icra edilebilirlik şerhi alınarak ilâm niteliği kazandırılmış anlaşma belgesine dayanılarak -bu hususta bir sınırlama olmadığından- ilamsız icra takibi yolunun da açık olduğu yorumunun yapılması mümkündür.

Ayrıca Arabuluculuk Kanunu md.18/IV ile tarafların, avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğine belge sayılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme Avukatlık Kanunu md. 35 a ile uyumlu bir düzenlemedir[81] . İcra edilebilirlik şerhi alınmaksızın ilâm niteliğinde bir belgeye dayanarak ilâmlı icra takibi başlatan tarafın bu takibine karşı diğer taraf cebrî icraya ve/veya arabuluculuğa elverişlilik sebeplerine dayanarak icra mahkemesine şikâyet yoluna başvurabilecektir[82]. İlâmlı icra takiplerinfde icra müdürü, öncelikle takip talebiyle birlikte verilen belgenin ilâm veya ilâm niteliğinde bir belge olup olmadığını kendiliğinden inceler. İlâmlı icranın konusunu teşkil edecek

---

78 RG: 21.07.2017, S. 30130. Bu hususta bkz. PEKCANITEZ Hakan / SİMİL Cemil, **İcra İflâs Hukukunda Şikâyet**, İstanbul 2017, s. 154 vd.

79 PEKCANITEZ Hakan /ATALAY Oğuz/ SUNGUTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul 2018, s 264-265.

80 Bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 264, dpn. 13. Ancak bu sonucun kabulünün de ilâm gibi daha güçlü bir belge için kabul edilen sınırlamanın, ilâma göre daha zayıf olan bir belgeye uygulanmaması gibi bir sonuç doğuracağı, bu sebeple anılan kararın tartışmalara yol açacağı ifade edilmiştir(PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİNÖZKAN/ÖZEKES,s.264-265,dpn.13)Ayrıcabkz. EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 182-183.

81 EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 98; ÖZBEK, s. 76, KEKEÇ, s. 205 vd; ÇELİKOĞLU, s. 709.

82 Karş. ÖZBAY, s. 416.

bir belgeye dayanmayan takip talebi esas alınarak icra emri gönderilmesi de emredici nitelikteki hükme aykırılık teşkil edeceği için kamu düzenine aykırılık nedeniyle süresiz şikâyete konu olacaktır[83] Bu doğrultuda karşı tarafın cebri icraya elverişli veya arabuluculuğa elverişlilik sebeplerine dayanarak yaptığı şikâyetin süresiz olduğu kabul edilmelidir.

b. İcra Edilebilirlik Şerhi Verilen Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği

Arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın hukukî niteliğini tarafların kendilerinin belirleyebileceğini, bu hususta bir esneklik olduğunu belirttik. Bu bağlamda arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi talep etmeyebilirler veya varılan anlaşmanın içeriği cebri icraya elverişli olmayabilir.

Bununla birlikte arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesine tarafların talebi üzerine mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınsa dahi bu anlaşma belgesi maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir[84]. Zira kanun koyucu, ilâm niteliğinde belgeleri sadece icra edilebilirlik açısından ilâmlarla aynı hukuki rejime tabi tutmuştur. İlâmlar ile ilâm niteliğindeki belgeler hukuki nitelik ve gördükleri işlev açısından birbirinden farklıdır. En önemli farklılık da ilâm niteliğindeki belgelerin maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesinde kendini gösterir. Bunun yanında sadece mahkemelerin verecekleri hükümler maddi anlamda kesin hüküm oluşturur[85]. Zira arabuluculuk sonunda varılan anlaşma bir mahkeme hükmü değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 10.07.2013 tarih, E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı kararında, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların uzlaşması sonucunda düzenlenen anlaşma metninin maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğini, anlaşmaya mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhinin verilmesinin söz konusu anlaşmayı hüküm-kesin hüküm-mahkeme ilâmı haline getirmediğini, sadece ilâm niteliğinde belge haline getirdiğini, ilâm niteliğindeki belgelerin ise maddi anlamda kesin hüküm olma niteliğinin olmadığını belirtmiştir[86].

---

83 PEKCANITEZ/SİMİL, s. 184.

84 EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 98; ÖZEKES/ATALI, s. 105; ÖZBEK, s. 75; ÖZBEK Mustafa, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü** (1.Cilt), 4. Baskı, Ankara 2016, s. 1262; KEKEÇ, s. 207; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 192; NAMLI, s.165; ÇELİKOĞLU, s. 711; DÜR, s. 375.

85 Bkz. TANRIVER, İlâmlı İcra, s.83, 98; ÖNEN, s. 152-153¸ÖZBAY, s. 413.

86 RG: 25.01.2014, S: 28893. Nitekim Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan Temel Arabuluculuk Eğitimi Eğitici Kitabında da, "*anlaşma belgesi ilâm değildir. İlâm niteliğinde belgedir. Bu özellik ona ilâmın hüküm ve sonuçlarından sadece ilâm gibi icra edilebilme özelliği*

Ayrıca arabuluculuk sonunda varılan anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verildiğinde maddi anlamda kesin hüküm oluşturmadığının bir başka gerekçesi de icra edilebilirlik şerhi verilmesinin bir çekişmesiz yargı işi olduğu (Arabuluculuk Kanunu md. 18/III) ve çekişmesiz yargı işi sonunda verilen kararların da maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesidir (HMK md. 388) [87].

Bu noktada Arabuluculuk Kanunu'na 7036 sayılı Kanun md. 24 ile eklenen, "*arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamaz"* (Arabuluculuk Kanunu md. 18/V; HUAK Yönetmelik md. 21/VII) düzenlemesinin tüm bu hukukî tespitlerimiz ve Anayasa Mahkemesi'nin kararı karşısında nasıl yorumlanması gerektiği önemli bir mesele teşkil etmektedir. Nitekim söz konusu düzenleme doktrinde bu hükmün maddi hukuk ve usûl hukuku bakımından sorunlu bir düzenleme olduğu, hak arama özgürlüğüne açıkça aykırılık teşkil ettiği, arabuluculuk sonunda düzenlenen anlaşma belgesine âdetâ kesin hüküm niteliği kazandırıldığı, kanaatimizce de yerinde olarak belirtilmiştir[88].

Anılan düzenlemenin gerekçesi şu şekildedir[89]: "*Anlaşılan hususların bilahare dava edilemeyeceği dikkate alındığında arabulucu tarafından düzenlenecek ve taraflar ve varsa temsilcileri veya avukatları tarafından imzalanacak anlaşma tutanağında "anlaşılan hususların" net bir şekilde ortaya konulmasında zorunluluk bulunmaktadır. Örneğin işçi ve işveren tarafı kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai ücreti konusunda anlaştıklarında ara-*

---

kazandırır. İlâmlar uyuşmazlık konusunda taraflar arasında kesin hüküm doğururken ilâm niteliğinde belge bu sonucu doğurmaz" ifadesi yer almaktadır. Bkz. TEMEL ARABULUCULUK EĞİTİMİ EĞİTİCİ KİTABI, Kasım 2017, s. 255.

87 Aynı uyuşmazlığın dava konusu yapılmasının engellenmesi amacıyla anlaşma belgesine kesin hüküm gibi bir etki tanınması gerektiği yönündeki görüş için bkz. ERDOĞAN / CÖMERT, s. 37.

88 ÖZEKES/ATALI, s. 106; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s: 99-100; ÖZMUMCU, s. 837. Buna karşılık doktrinde Erdoğan, bu düzenlemenin anlaşma belgesine yer alan hususların tekrar dava konusu kılınamayacağı ve her durumda icra edilebilirlik şerhi alınamayacağından hukuki barış ve kesinliği sağlamak adına isabetli olduğu zira şerhin verilmesinden sonra dahi aslında sözleşmenin hiç kurulmadığının tespitine veya irade sakatlıkları ve aşırı yararlanma hallerinde anlaşma belgesinin iptal edilebilirliğine ilişkin dava açılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Bkz. ERDOĞAN/CÖMERT, s. 37, s. 42.

89 İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı md.24 Gerekçe.

bulucunun bu kalemleri ayrıca ve açıkça tutanağa bağlamasında fayda görülmektedir. Anlaşma tutanağının içeriğinden "anlaşılan hususlar" net bir şekilde görülebilmeli ve bilahare dava açma yasağına tabi olan bu hususlar tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça tespit edilebilmelidir." Bu hükmün özellikle emredici kuralların hâkim olduğu ve zorunlu arabuluculuğun uygulandığı iş hukukunda uygulanabilmesi mümkün değildir. Zira doktrinde iş sözleşmesinin sona ermesinde işçinin ücreti ile sözleşme ve kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün tüm menfaatlerini tam olarak ödenmesi zorunluluğunu öngören 4857 sayılı İş Kanunu md. 32 ile buna kaynak 95 sayılı Ücretin Korunması Sözleşmesi md. 12/II ve iş hukukunda ibranın geçersizliğini düzenleyen TBK md. 420'nin emredici hükümleri karşısında bu düzenlemenin geçerli olmayacağı belirtilmiştir[90]. Zira uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde bu kurumun en olumsuz yanı tarafların güç dengeleri bakımından birbirine eşit olmadığı hâllerdir ki; bunun en tipik örneği işçi-işveren uyuşmazlıklarıdır. Bu sebeple iş hukuku emredici hükümler içermektedir. Söz konusu düzenlemenin iş hukukunun emredici düzenlemelerini bertaraf edeceği yolunda bir sonuca varılamaz, aksi halde arabuluculuğun sadece işçilerin haklarının pazarlık konusu edildiği bir faaliyetten ibaret olacağı endişesini taşımaktayız[91].

Söz konusu düzenlemenin sadece iş uyuşmazlıkları bakımından değil, genel olarak arabuluculuğa elverişli olan tüm uyuşmazlıklar bakımından yapılacak anlaşmanın hukukî niteliğine ilişkin yaptığımız tespitleri bertaraf ettiği sonucuna varılmamalıdır. Aksi yorumun kabulü maddi hukuk ve usûl hukuku düzenlemelerine aykırılık teşkil edecektir.

Buna göre şayet arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi alınmadığı durumda, arabuluculuk ilkelerine uyulmadan bir faaliyet yürütülmüş veya arabuluculuğa elverişli olmayan bir uyuşmazlığa ilişkin taraflar anlaşmaya varmışlar ise bu durumda taraflar üzerinde anlaştıkları hususlar hakkında dava açamayacaklar mıdır?[92] Veya bu düzenlemeyle arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınması durumunda ilâm niteliğinde belge olan anlaşma belgesine maddi anlamda kesin hüküm etkisi mi tanınmış olacaktır?

---

90 Bkz. EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALAY, s. 125 vd.

91 Bkz. DOĞAN YENİSEY, s. 182.

92 EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 100.

Söz konusu düzenlemenin maddi hukuk ve usûl hukuku problemlerinin yanında AİHS md. 6/I'de düzenlenen ve âdil yargılama hakkının başlıca unsuru olan[93]"*mahkemeye erişim hakkı*"nı da ihlâl ettiği kanaatindeyiz. Nitekim AİHS'de unsurları düzenlenen âdil yargılama hakkının kapsamı da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ile sürekli genişletilmektedir. AİHM, Sözleşme ile tanınan güvencelere biçim vermek amacı ve gerekliliği karşısında hukuk yaratan bir yapıya sahip olmuş ve kararlarında âdil yargılanma hakkının, hukukun ve AİHS'nin en temel kurallarından biri olduğu vurgulanarak bu maddenin dar yorumlanmasının kapsam ve amacına uygun düşmeyeceği belirtilmiştir. Sözleşme metninde yer almasa da bugün tartışmasız olarak âdil yargılanma hakkının unsuru sayılan güvenceler "*mahkemeye erişim hakkı*" ve "*hükmün icrası*" hakkıdır[94].

Burada Anayasa Mahkemesi' 22.11.2018 tarih ve 2015/18872 başvuru numaralı kararı[95] ile aile konutu niteliğindeki taşınmazın icra vasıtasıyla satışı nedeniyle aile hayatına saygı hakkının; açılan ihalenin feshi talebinin reddedilmesi ve ihale bedelinin %10 'u oranında para cezasının Hazineye irat kaydına karar verilmesi nedenleriyle Anayasa md. 36 ile güvence altına alınan âdil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlâl edildiği sonucuna vardığı kararına değinmek gerekir. Söz konusu karar, ihlâlin doğrudan İİK md. 134'de yer alan para cezasından kaynaklandığı, anılan para cezasına ilişkin düzenlemenin hâkime somut uyuşmazlığın özelliklerine uygun herhangi bir değerlendirme ve takdir yetkisi tanımadığı, alacaklının haklarının korunmasındaki yarar ile başvurucunun ihalenin feshini talep konusu edebilmesindeki menfaati arasında âdil bir denge kurulmadığı, uygulanan para cezasının miktarının başvurucuya olağanın ötesinde bir külfet yüklediği ve bu durumun başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi ölçüsüz kıldığı gerekçelerine dayanmıştır.

Kanaatimizce söz konusu kararın gerekçesine paralel olarak Arabuluculuk Kanunu md. 18/V'de yer alan "*arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava*

---

93 AİHS md.6 düzenlemesinde mahkemeye erişim hakkına ilişkin açık bir teminat bulunmamakla beraber, AİHM bu hükmün herkesin medenî hak ve yükümlülüklerine ilişkin tüm iddialarını mahkeme önüne getirme hakkını güvence altına aldığını kabul etmektedir (AKTEPE ARTIK, s. 75)

94 AKTEPE ARTIK, s. 74.

95 RG: T. 22.11.2018, S:30632.

açılamaz" şeklindeki düzenlemenin koruduğu menfaat, Anayasa md. 13 uyarınca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ve hukuk devleti ilkesinden doğan ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Şüphesiz arzu edilen ve arabuluculuk faaliyetinin amacı, uyuşmazlıkların dava yoluna başvurulmadan her iki tarafın da kazandığı bir çözüme vardırmaktır. Ancak arabuluculuğun bu amacının korunması ile taraflardan birinin mahkemeye erişim hakkına yapılan bu müdahale arasındaki menfaat dengesi değerlendirildiğinde, mahkemeye erişim hakkına yapılan söz konusu müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varmaktayız. Bu noktada uyuşmazlıkların asıl çözüme kavuşturma görevinin devletin mahkemelerinde olduğu ve arabuluculuğun bir yargılama faaliyeti olmadığı hususu dikkate alınmalıdır.

III. Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesi Talep Edilmesi Üzerine Verilen Karara Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları

Arabuluculuk Kanunu'nda icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin mahkemeye yapılan başvuru üzerine verilecek karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir[96]. Başka bir deyişle; anlaşma belgesi bir mahkeme hükmü olmadığından bu anlaşma belgesine ilişkin de kanun yollarına başvuru söz konusu olmayacaktır[97]

Arabuluculuk Kanunu'nda taraflar arasındaki anlaşmaya icra edilebilirlik şerhinin verilmesinin çekişmesiz yargı işi olduğu ve buna ilişkin incelemenin dosya üzerinden yapılacağı öngörülmüştür. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılacaktır (md. 18/III). Mahkemenin icra edilebilirlik şerhi verilmesi kararı inşaî nitelikte olacaktır, zira anlaşma belgesinin ilamlı icra takibine konu edilebilmesi bu karar ile gerçekleştirilecektir[98].

Mahkemenin icra edilebilirlik şerhinin verilmesine ilişkin incelemesi,

---

96 Arabuluculuk Kanunu md. 18/III'de, arabuluculuk faaliyetinin kolay ve ucuz bir şekilde yürütülmesi esasına dayanılarak icra edilebilirlik şerhi konusunda icra mahkemesinin vereceği karara karşı istinaf yoluna başvurulmasında ve anlaşma belgesinin resmi işlemlerde kullanılması halinde alınacak damga vergisinin maktu olması kabul edilmiştir.

97 ÖZBEK,Alternatif, s. 1264.

98 ÖZBEK,Alternatif, s.1261; ÇELİKOĞLU,s. 708.

uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa ve yapılan anlaşmanın cebri icraya elverişli olup olmadığı ile sınırlıdır. Dolayısıyla mahkeme incelemesi yalnızca anlaşmanın konusunun tarafların serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığı ve bunun belli bir edimin ifasına yönelik olup olmadığı noktasında olacaktır (Arabuluculuk Kanunu md. 18/III). Mahkeme anlaşmanın içeriğini denetleyememekle birlikte yapılan anlaşmanın kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği hususunu re'sen inceleyecektir. Buna göre anlaşmanın içeriğinde emredici hükümlere veya kamu düzenine aykırı bir durum söz konusu ise anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verilmeyecektir[99].

Kanımızca mahkemenin incelemesi yalnızca arabuluculuğa ve icraya elverişlilik ile sınırlanmamalı, arabuluculuğa ilişkin diğer şartlar da incelemelidir. Örneğin, arabuluculuk faaliyetinin arabulucular siciline kayıtlı bir arabulucu tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin, arabuluculuk anlaşmasının taraflar ve arabulucu tarafından imzalanmış olup olmadığının denetimi de yapılmalıdır. Nitekim icra edilebilirlik şerhinin verilmesi bir çekişmesiz yargı işidir ve çekişmesiz yargı işlerinde de re'sen araştırma ilkesi geçerlidir (HMK md. 385/II)[100]. Mahkeme ilgililerin taleplerinden bağımsız olarak re'sen araştırma yaparak işin niteliğine uygun bir karar vermek durumundadır[101]. Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu durumlarda hâkim tarafların talepleriyle kural olarak bağlı değildir. Aynı zamanda çekişmesiz yargıda taraf değil, ilgili kavramı söz konusu olduğundan ve çelişen taraf menfaatleri de söz konusu olmayacağından mahkemenin araştırma yapması daha uygun olacaktır[102].

---

99 EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 98; NAMLI, s. 164.

100 Çelikoğlu, mahkemenin bu incelemenin kapsamında tamamlanabilir eksiklikler veya düzeltilebilecek hatalar gördüğünde tarafa eksikliğin giderilmesi yönünde süre vermesi gerektiğini belirtmiştir (ÇELİKOĞLU, s.708). Karş. DÜR, s. 375, dipn.293.

101 Anayasa Mahkemesi'nin 10.07.2013 tarih, 2012/94 E., 2013/89 K. sayılı kararında da, çekişmesiz yargının temel özelliğinin re'sen araştırma ilkesi olduğu ve buna ilişkin olarak hâkimin emredici hukuk kuralları ve kamu düzeni yönünden hususları re'sen inceleyebileceği, hâkimin anlaşmayı arabuluculuğa elverişlilik bakımından değerlendirirken kamu düzenine aykırılık hususunu re'sen inceleyebileceği belirtilmiştir (RG : 25.01.2014, S: 28893). Bu hususta bkz.TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 192; ÖZBEK, Alternatif, s. 1262; ÇELİKOĞLU, s. 709; DÜR, s. 374. Söz konusu incelemenin kanunun açık hükmü karşısında sınırlandırılmış olduğu, aksinin kabulünün mümkün olmadığı, çekişmesiz yargı kurallarına özgü düzenlemelerin burada uygulanamayacağı yönünde bkz. ERDOĞAN/ CÖMERT, s. 39.

102 PEKCANITEZ, Pekcanıtez Usûl, s. 805, s. 807.

Nitekim Yargıtay 9. HD. 08.12.2016 tarihli, E. 2016/25300, K. 2016/21744 sayılı karar ile[103] her ne kadar Arabuluculuk Kanunu md. 18//3, c.3'deki düzenleme karşısında arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilip verilmeyeceğine ilişkin incelemenin anlaşma içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlı olsa bile, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir zamanda uyuşmazlık konusu olmadan ve işçinin başvurusu bulunmadan ibra niteliğinde arabuluculuk tutanağı düzenlendiği, zira bu durumun emredici nitelikteki TBK md. 420 düzenlemesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle alınan bu ibra niteliğindeki tutanağın, tarih ve içeriği itibari ile arabuluculuğa ve niteliği itibari ile de cebri icraya elverişli olmadığını belirtilerek yerel mahkeme kararını kanaatimizce de isabetle [104] onamıştır.

İstinaf mahkemeleri, mahkemenin icra edilebilirlik şerhi verilmesinin reddine ilişkin kararına karşı taraflardan biri uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmanın cebri icraya elverişli olduğuna ilişkin sebeplere dayanarak istinaf yoluna başvurabilecektir. Ancak istinaf mahkemesinin arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın içeriğine ilişkin bir denetleme yapma yetkisi olmayacaktır[105].

İstinaf mahkemesinde inceleme dilekçede belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacak, ancak kamu düzenine aykırılık halinde bu durum re'sen gözetilecektir (HMK md. 355). Ancak dilekçe kanunda belirtilen şekilde asgâri unsurları yani başvuranın kimliği, imzasıyla başvurulan kayıtları yeteri kadar belli edecek ilgili bilgileri taşıyor ve fakat başvuru sebepleri ile gerekçeleri gösterilmemişse, bu durumda sadece kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden dosya incelenmeli; kamu düzenine aykırılık bulunmuyorsa bunun dışında kalan hususlar hiçbir şekilde değerlendirilme-

---

103 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Söz konusu kararın yerinde olmadığı, ilk derece mahkemesinin içerik incelemesi yaptığı, hâkimin bu şekilde incelemeyi anılan talep talep karşısında yapmasının mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz. ODAMAN Serkan, "Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", **DEÜHF, Prof.Dr Şeref Ertaş'a Armağan**, C.19, Özel Sayı-2017, ss. 1753-1766, s. 1761 vd. Ayrıca anılan kararın isabetsiz olduğuna ilişkin başka bir görüş bkz. ERDOĞAN/CÖMERT, s. 43-44.

104 Bkz. EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 131 vd.

105 ÖZBEK, Alternatif, s. 1263.

yip başvurunun reddine karar verilmelidir[106]. Zira HMK md.342/2,e'ye göre istinaf dilekçesinde bulunması zorunlu unsurlardan biri de başvuru sebepleri ve gerekçesidir[107]. Bir başka ifade ile, istinaf incelemesinde ön inceleme aşamasında istinaf sebeplerinin veya gerekçesinin gösterilmediği tespit edilse dahi, istinaf mahkemesi istinaf talebinin reddine karar vermeyecek, her hâlükârda kamu düzeni yönünden gerekli incelemeyi yapma zorunluluğunda olacaktır. Buna göre HMK md.355/1,c.2 yönünden bakıldığında esasında sebep ve gerekçenin gösterilip gösterilmemesinin önemi ortadan kalkmış olmaktadır (HMK md.343/3).

Bu açıklamalar ışığında, her ne kadar mahkemenin arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin kararına karşı istinaf yoluna başvuran tarafın sadece uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığı ve arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmanın cebri icraya elverişli olup olmadığına ilişkin sebeplere dayanabileceği düşünülse de istinaf mahkemesi incelemesini kamu düzeni bakımından da yapacaktır. Yine mahkemenin arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaya ilişkin icra edilebilirlik şerhi verilmesi kararına ilişkin istinaf yoluna başvuran taraf dilekçesine sadece kanunda belirtilen şekilde asgâri unsurları yani başvuranın kimliği, imzasıyla başvurulan kayıtları yeteri kadar belli edecek ilgili bilgileri yazıp ve fakat başvuru sebepleri ve gerekçeleri gösterilmemişse is-

---

106 ÖZEKES, Pekcanıtez, Usûl, s. 2239; ÖZEKES Muhammet, **100 Soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz**, İstanbul 2016, s. 69; UMAR, s. 996-997.

107 HMK'da istinaf sebeplerini ayrıca düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak HMK md.353 düzenlemesinden yola çıkarak ilk derece mahkemesi kararlarının usûl (hatalı yargılama), maddi mesele (hatalı vakıa tespiti) ve maddi hukuk (hukukî meselenin hatalı çözümlenmesi) yönlerinden hukuka aykırılık teşkil etmesinin temel istinaf sebepleri olduğu belirtilir. Bkz. DEREN YILDIRIM Nevhis "İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri", **Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan**, İstanbul 2006, ss. 693-712, s. 697 vd. Bu çerçevede ilk derece mahkemesinin usûl hukukuna veya maddi hukuka ilişkin hatalarının tümü istinaf sebebi olarak ileri sürülebilir (ÖZEKES, s. 98). HMK'da istinaf sebeplerinin belirtilmemesi, bu yönde bir sınırlama yapılmadığı anlamına gelmektedir. Nitekim bu yönde bir sınırlamanın istinafın niteliğine de uygun düşmediğini belirtmek gerekir (ÖZEKES, Pekcanıtez, Usûl, s. 2206). Alman Hukuku'nda "İstinafın Gerekçelendirilmesi" başlıklı Alman Usûl Kanunu md. 520/1 düzenlemesinde istinaf dilekçesinde istinaf sebeplerinin ve gerekçelerinin belirtilmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Bu zorunluluk usûl ekonomisi ilkesi ile açıklanmaktadır. (ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, s. 788).

tinaf mahkemesi yine kamu düzeni yönünden inceleme[108] yapacaktır. Kaldı ki; arabuluculuk anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin incelemenin kendisi re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu çekişmesiz yargı işi olduğundan ve işin niteliği gereği kamu düzenini ilgilendireceğinden bu anlamda istinaf incelemesinde sebeple bağlılık kuralının istisnasını teşkil

---

108 Bu noktada istinaf incelemesinde gözetilecek olan kamu düzeni kavramından ne anlaşılması gerektiği önem taşır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKTEPE ARTIK Sezin, "İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı", **TBB Dergisi** 2018 (134), ss. 257-292, s. 258 vd. Konuya ilişkin olarak doktrinde temelde iki görüş mevcut olup, ilk görüş, usûlî kamu düzeni olarak belirtilen, maddi hukuktaki gibi geniş olarak algılanmayan ve istinaf mahkemesinin yalnızca usûl hukukunun emredici normları çerçevesinde bir inceleme yapması gerektiği ve devletin egemenlik yetkisini kullanım biçimi olan yargı erkinin işleyişini sağlamaya yönelik ve emredici biçimde kaleme alınmış olan normlarına aykırılık halinin istinafta incelenmesi gerektiği yönündedir. Diğer görüş ise usûl hukuku ve maddi hukuku ayrımını kaldıran, böylelikle temelinde kamu yararı düşüncesi yatan bütün maddi hukuk kurallarına aykırılık halinde istinaf mahkemenin bu hukuka aykırılık haline ilişkin re'sen karar vereceği ve dolayısyla kamu düzeni kavramına geniş bir içerik yüklenmesi yönündedir. Bkz. KONURALP Haluk, "*İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*", Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir Çeşme 19-20 Ekim 2007, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008, s. ss. 133-148, s. 147-148; TANRIVER Süha," *Haluk Konuralp'in Tebliği Değerlendirmesi*" **Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir Çeşme 19-20 Ekim 2007, Türkiye Barolar Birliği Yayını**, Ankara 2008, ss. 148-150, s. 149; AKTEPE ARTIK, Kamu Düzeni, s. 266-267. Bu hususta Konuralp, maddi hukukun temelinde kamu yararı düşüncesiyle sevkedilmiş tüm kurallarına aykırılık halinde istinaf mahkemesinin sebeple bağlılık ilkesinin istisnası çerçevesinde bu hukuka aykırılık halini dikkate alacağını,şayet usûl hukuku hükümlerinin esas olarak emredici hükümler olduğu anlayışı egemen olursa bu durumda istinaf mahkemesinin sebeple bağlılık ilkesini nispeten sınırlı olarak uygulayacağını, sonuç olarak istinaf incelemesinin kapsamının belirlenmesinde kamu düzeni veya kamu düzenine aykırılık ölçütlerinin kullanılmasının uygun olmadığını belirtmiştir (KONURALP, İstinaf, s. 147-148). Tanrıver, kamu düzenine geniş bir içerik yüklemenin, istinaf yargılamasının amacından saptırılabileceği, sınırlı yargılama yapma şeklinde konan temel ilkenin bertaraf edici bir boyut da kazanabileceği ve bunun tehlikeli bir adım olacağını ifade etmiştir (TANRIVER,Tebliğ Değerlendirme, s. 149). Kuru, tereddüt halinde istinaf mahkemesinin dosyayı tümüyle inceleyip bir karar vermesi gerektiğini belirtmiştir (KURU, s.490). UMAR, yargılama usûlü kurallarının ilke olarak tümü için kuralın konmasında ve gözetilmesinde kamu yararı olduğunu, buna karşılık maddi hukuk kurallarından hangisine uyulmasının zorunlu sayılmasının gerektiğini belirlemenin birçok örnekte duraksamaya ve tartışmaya yol açacağını belirtmiştir. (UMAR, s. 1031). Bu noktada kanaatimizce de istinaf incelemesine ilk derece mahkemesinin kararı hem usûl hukuku hem de maddi hukuka ilişkin sebeplerle denetleneceğinden, kamu düzeni kavramını da daraltmamak ve maddi hukukta kamu yararı düşüncesi ile konulmuş kuralları da içerek şekilde değerlendirilmesi işin niteliğine daha uygun olacaktır. Bkz. AKTEPE ARTIK, Kamu Düzeni, s. 268.

edeceğinin kabulü uygun olacaktır[109]. İstinaf mahkemesinin de incelemesini hem usûl hukukunun hem de maddi hukukun kamu yararı gözetilerek konulmuş hükümleri çerçevesinde incelemesini yapması uygun olacaktır.

Belirtmek gerekir ki; HMK'nın *"Temyiz Edilemeyen Kararlar"* başlıklı 362/I,ç hükmü çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararların temyiz edilemeyeceğini düzenlemiştir. O halde mahkemenin icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin kararının reddine ilişkin olarak temyiz kanun yolu kapalıdır. O halde Arabuluculuk Kanunu md. 18/3, c.4 dışında arabuluculuk sonunda varılan anlaşmaya ilişkin kanun yollarına başvurulamayacaktır.

Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşma için olağanüstü, kesinleşmiş hükümlere karşı başvurulan istisnai bir yol olan yargılamanın yenilenmesi yoluna da başvurulamaz. Zira arabuluculuk sonunda varılan anlaşma maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Ancak koşulları mevcutsa anlaşmanın hata, hile ve ikrah gibi irade fesadı hallerine ilişkin olarak iptali istenebilir[110].

SONUÇ

Türk Hukuk Sistemi'ne ilk defa 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md. 3 düzenlemesi ile kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmelerine dayanan işveren veya işçi alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabuluculuk dava şartı olarak getirilmiştir.

Daha sonra 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına ilişkin Takibin Başlatılması ve Usûlü Hakkında Kanun'un 20. Maddesi ile 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 5 inci maddesinde düzenleme yapılarak, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki ticari davalarda arabuluculuk dava şartı olarak düzenlenmiştir. 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu'na da "Tarafların anlaşması" başlıklı 18. maddeden sonra gelmek üzere "Dava şartı olarak arabuluculuk" başlıklı 18 a maddesi eklenmiştir.

Esasında arabuluculuk yöntemi, küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, adlî bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmek hedefini temel alır. Bu anlamda tarafların serbest iradeleri çerçevesin-

---

109 AKTEPE ARTIK, Kamu Düzeni, s. 284, s. 290.

110 Bkz. ÖZBEK, Alternatif, s 1263; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.204; DÜR, s. 380; ÇELİKOĞLU,s. 709 ; ERDOĞAN/CÖMERT, s.39 vd.; karş. HMK md. 315/2.

de arabuluculuk teşvik edilmeli ve böylece uzlaşma kültürünün yayılmasına hizmet edilmesi sağlanmalıdır. Nitekim arabuluculuğun temelinde sulh kurumu yer almaktadır. Ancak gözden kaçırılmamalıdır ki; yargıdaki uyuşmazlık sayısının ve iş yükünün azalması arabuluculuğun uygulamasının amacı değil sonucudur. Adaletin etkin bir şekilde işleyişini sürdürmek devletin temel ve aslî görevlerindendir.

Arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın hukukî niteliği ve etkileri değerlendirilirken, arabuluculuk faaliyetinin bir yargılama olmadığı gibi aynı zamanda uyuşmazlıkların pazarlık yoluyla çözümlenmesi yolu olmadığı noktasından hareket edilerek bir sonuca varılmalıdır.

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonucunda bir anlaşmaya varırlarsa düzenleyecekleri anlaşma belgesinin hukukî niteliği değerlendirilirken bu anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilip verilmemesine göre bir ayrım yapılmalıdır. Buna göre; gerek ihtiyari gerekse zorunlu arabuluculuk çerçevesinde taraflar dava açılmadan önce arabuluculuk yöntemine başvururlar ve anlaşma sağlarlarsa bu anlaşmanın hukukî niteliğinin mahkeme dışı sulhe benzediği ve buna göre anlaşma bir belgeye bağlanırsa bu belgenin niteliğine göre değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Buna karşılık konusu arabuluculuğa ve cebri icraya elverişlilik şartlarını sağlayan bir anlaşma belgesi mevcutsa ve taraflar dava açılmadan önce arabulucunun görev yaptığı sulh hukuk mahkemesinden veya davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması hâlinde ise davanın görüldüğü mahkemeden icra edilebilirlik şerhi talep ederlerse bu anlaşma İİK md. 38‘e göre ilâm niteliğinde belge sayılacaktır. Bu durumda da icra edilebilirlik şerhi içeren anlaşma maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecek sadece ilâmlarla aynı hukuki sistemde icra edilebilecektir. Bu anlaşmanın şarta bağlı yapılması durumunda ise kanaatimizce icrası bakımından yaşanabilecek sıkıntılar sebebiyle anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verilmesinin tercih edilmemesi gerekir.

Mahkemenin bir çekişmesi yargı işi olan ve aile hukukuna ilişkin arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar dışında dosya üzerinden inceleme yaparak icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilecektir (Arabuluculuk Kanunu m.18/III, c.4) Buna göre başvuran tarafın sadece uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığı ve arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmanın cebri icraya elverişli olup ol-

madığına ilişkin sebeplere dayanabileceği düşünülse de istinaf mahkemesi incelemesini kamu düzeni bakımından da yapmalıdır.

Bununla birlikte Arabuluculuk Kanunu md. 18/V'de yer alan "*arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamaz"* şeklindeki düzenlemenin yaptığımız hukukî tespitleri değiştirmediği ilâm niteliğindeki belgeye maddi anlamda kesin hüküm etkisi kazandırmadığı, ayrıca bu düzenlemenin hem usûl hukuku hem de maddi hukuk anlamında sorunlu bir düzenleme olduğu kanatindeyiz. Aynı zamanda görüşümüz bu düzenlemenin AİHS md. 6/I'de düzenlenen ve âdil yargılama hakkının başlıca unsuru olan "*mahkemeye erişim hakkı*"nı da ihlâl ettiği yönündedir.

Arabuluculuk Kanunu md.18/IV ile tarafların, avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğine belge sayılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin Avukatlık Kanunu md. 35 a ile uyumlu bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür. İcra edilebilirlik şerhi alınmaksızın ilâm niteliğinde bir belgeye dayanarak ilâmlı icra takibi başlatan tarafın bu takibine karşı diğer taraf cebrî icraya ve/veya arabuluculuğa elverişlilik sebeplerine dayanarak icra mahkemesine şikâyet yoluna başvurabilecektir. Bu doğrultuda karşı tarafın cebri icraya elverişli veya arabuluculuğa elverişlilik sebeplerine dayanarak yaptığı şikâyetin süresiz olduğu kabul edilmelidir.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD : Ankara Barosu Dergisi

Aufl. : Auflage (Bası)

AÜSBFD : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

aşa. : Aşağıda

Av.K : Avukatlık Kanunu

Av.K. Yön. : Avukatlık Kanunu Yönetmeliği

AY : Anayasa

Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BK : Borçlar Kanunu

Bkz. : Bakınız

BW : Baden Württemberg

C. : Cilt

c. : Cümle

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dpn. : Dipnot

E. : Esas

EGZPO : Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu'nun Meriyet ve Tatbiki Hakkında Kanun)

f. : fıkra

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

HPD : Hukuki Perspektifler Dergisi

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUAKY : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği

HUMK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İHD : İş Hukuku Dergisi

İş. Mah.K : İş Mahkemeleri Kanunu

İİK : İcra ve İflas Kanunu

İz. B.D. **:** İzmir Barosu Dergisi

K. **:** Karar

Karş. **:** Karşılaştırınız

md. **:** Madde

MHAD **:** Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

MİHDER **:** Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi

RG **:** Resmi Gazete

s. **:** Sayfa

S. **:** Sayı

TAAD **:** Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TBBD **:** Türkiye Barolar Birliği Dergisi

vd. **:** ve devamı

ZPO **:** Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)

KAYNAKÇA

AKPULAT, Ayşe Köme, **İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri**, İstanbul 2018.

AKTEPE ARTIK Sezin, "İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı", **TBB Dergisi** 2018 (134), ss. 257-292.

AKTEPE ARTIK, Sezin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usûl Hukukunda Âdil Yargılanma Hakkı**, Ankara 2014.

AKYOL ASLAN Leyla, "Dava Konusu Dışında Kalan Hususların Sulhun Kapsamına Dâhil Edilmesi (HMK md. 313/3)", **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan**, Ankara 2014, ss.167-210.

ALANGOYA Yavuz/YILDIRIM M. Kâmil/DEREN YILDIRIM Nevhis, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 8. Tıpkı Bası, İstanbul 2011.

Arabuluculuk Çalışma Toplantısı Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eskişehir, 26 Nisan 2014, **MİHDER**, C. 10, Sayı: 29, 2014/3, ss.22-36.

ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema, HANAĞASI Emel, **Medenî Usûl Hukuku**, 4. Baskı, Ankara 2018.

ASLAN Kudret, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Davaya Son Veren Taraf İşlemleri"ne İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler", **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan**, Ankara 2014, ss.307-377.

ATALI Murat, Pekcanıtez Usûl, **Medenî Usûl Hukuku**, 15.Bası, İstanbul 2017.

ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ ERDOĞAN Ersin, **Medenî Usûl Hukuku,** Ankara 2018.

BİLGE Necip / ÖNEN Ergun, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara 1978.

BUDAK Ali Cem/ KARAASLAN Varol, **Medenî Usûl Hukuku**, 2. Baskı, Ankara 2018.

ÇELİKOĞLU Cengiz Topel, "6325 Sayılı HUAK'a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usûlleri İle İlişkisi", **Yılmaz Ejder'e Armağan**, Ankara 2014, C. 1, ss. 669-723.

DEREN YILDIRIM Nevhis "İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri", **Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan**, İstanbul 2006, ss. 693-712.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı**, İstanbul 2016, ss. 167-192.

DÜR Orhan, **Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri**, Ankara 2017.

EKMEKÇİ Ömer/ÖZEKES Muhammet/ATALI Murat, **Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk**, İstanbul 2018.

ERDOĞAN Ersin, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C:14, S. 55, Yıl 2017, ss. 1211-1242.

ERDOĞAN Ersin/CÖMERT Büşra,"Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulacak Hukuki Çareler", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13; S. 138, 2018, ss. 27-47.

ERDÖNMEZ Güray, Pekcanıtez Usûl, **Medenî Usûl Hukuku**, 15.Bası, İstanbul 2017.

GÜNEYSU BORAN, **Medenî Usûl Hukukunda Karar**, Ankara 2014.

GÜRDOĞAN Burhan, **Medenî Usûl Hukunda Kesin Hüküm İtirazı**, Ankara 1960.

ILDIR Gülgün, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler**, Ankara 2003.

KAPLAN Yavuz, "Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2008/1-2, ss.115-146.

KARACABEY Kürşat, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", **ABD**, 2016/1, S. 16, ss.457-489.

KARSLI Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, İstanbul 2014.

KEKEÇ, Elif Kısmet, **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Ankara 2016.

KIYAK Emre "Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", **TAAD**, Yıl: 6, S. 21 (Nisan 2015),ss.523-548.

KONCA Nesibe Kurt, "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk", **SETA Perspektif**, Sayı:225, Aralık 2018, ss. 1-6.

KONURALP Haluk, "20.Yüzyıl Sonunda Medeni Usûl Hukuku Sorunlarına Bir Bakış", **Yeni Türkiye**, 1996/10 (Yargı Reformu Özel Sayısı), ss.537-542.

KONURALP Haluk, "75.Yılda Cumhuriyet Yargı Düzeninin Düşünsel ve Yapısal Kesiti Üzerine Bazı Gözlemler", **Yeni Türkiye** 1998/23-24(Cumhuriyet Özel Sayısı), ss.3820-3825.

KONURALP Haluk, "*İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*", **Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı**, İzmir Çeşme 19-20 Ekim 2007, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008, s. ss. 133-148.

KURU Baki /ARSLAN Ramazan /YILMAZ Ejder, **Medenî Usûl Hukuku**, 21.Bası, Ankara 2010.

KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, 6.Bası, İstanbul 2001, (C.I, C.III, C.IV).

KURU Baki, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler", **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, 2010/2, ss.237-246.

KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku**,Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2018.

LÜKE Gerhard/WAX Peter, **Münchener Kommentar, Band2 Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 355-802, 2. Aufl. München 2000.

MERİÇ Nedim, **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde)**, Ankara 2011.

MUSIELAK Hans Joachim, **Grundkurs ZPO**, 11. Aufl., München 2012.

NAMLI Mert, "Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C:15, S.60, Yıl : 2018, ss. 1295-1327.

NAMLI Mert, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı**, İstanbul 2016, ss. 151-165.

ODAMAN Serkan, "Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine

İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", DEÜHF, **Prof. Dr Şeref Ertaş'a Armağan**, C.19, Özel Sayı-2017, ss. 1753-1766.

ODAMAN Serkan/KARAÇÖP Eda, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 2016, S.35, ss.1753-1766.

OĞUZMAN M.Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1,İstanbul 2014.

ÖNEN Ergun, **Medenî Yargılama Hukukunda Sulh**, Ankara 1972.

ÖZBAY İbrahim, Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği, **AÜEHFD**, C.VIII, S.3-4 (2004), ss.387-471.

ÖZBEK Mustafa Serdar, "Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme", **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.3, S.2, Temmuz 2017, ss. 69-85.

ÖZBEK Mustafa, „Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması", **Özer Seliçi'ye Armağan**, Ankara 2006, ss.441-502.

ÖZBEK Mustafa, „Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim", **MİHDER**, 2006/2, ss. 907-927.

ÖZBEK Mustafa, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü** (1.Cilt), 4. Baskı, Ankara 2016.

ÖZEKES Muhammet, **100 Soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz**, İstanbul 2016.

ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara 2003.

ÖZEKES Muhammet/ATALI Murat, "7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştri, Değerlendirme ve Öneriler", "**Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine" Toplantısı** (23 Aralık 2017), İstanbul 2018, ss.41-122.

ÖZEKES Özlem, "İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk, **TBB Dergisi** 2018 (138), ss.273-316.

ÖZMUMCU Seda,"Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", **İÜHFM**, C. LXXIV, S.2, 2016, ss. 807-842.

ÖZTEK Selçuk,"Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na İlişkin Görüş ve Eleştiriler", **Arabuluculuk Yasa Tasarısı –Eleş-**

tiri ve Öneriler- Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, ss. 17-34.

PEKCANITEZ Hakan / SİMİL Cemil, **İcra İflâs Hukukunda Şikâyet**, İstanbul 2017.

PEKCANITEZ Hakan /ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku**, 9. Bası, Ankara 2010.

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN Özkan/ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 5.Bası, İstanbul 2018.

PEKCANITEZ Hakan, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", **HPD**, 2005/5, ss.12-16.

PEKCANITEZ Hakan, "Medenî Yargıda Âdil Yargılanma", **İz. BD**, 1997/2, ss.35-55.

PEKCANITEZ Hakan, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı", **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı –VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Türkiye Barolar Birliği**, Ankara 2008, ss. 247-264.

PEKCANITEZ Hakan, **Pekcanıtez Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2017.

PEKCANITEZ Hakan, "Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı", **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı –VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Türkiye Barolar Birliği**, Ankara 2008, ss. 265-300.

PRÜTTING Hans /GEHRLEIN Markus, **ZPO Kommentar**, 2010.

ROSENBERG Leo/SCHWAB Karl Heinz /GOTTWALD Peter, **Zivilprozessrecht**, 17. Aufl. München 2010.

STEIN Friedrich/JONAS Martin, **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 22. Aufl. Band 7, 704-827, München 2005.

SUNGURTEKİN ÖZKAN, "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", **MİHDER** 2005/2, ss.353-369.

TANRIVER Süha, "Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya

da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara 2010, 2025-2036.

TANRIVER Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", **TBBD**, 2006/64, ss.151-177.

TANRIVER Süha, "Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler", **AÜSBFD**, 1994/1-2, C.49, ss. 333-348.

TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016.

TANRIVER Süha," *Haluk Konuralp'in Tebliği Değerlendirmesi*" **Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir Çeşme 19-20 Ekim 2007, Türkiye Barolar Birliği Yayını**, Ankara 2008, ss. 148-150.

TANRIVER, Süha, **İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi**, Ankara 1996.

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, **Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)**, Ankara 2012.

TEMEL ARABULUCULUK EĞİTİMİ EĞİTİCİ KİTABI, Kasım 2017.

THOMAS Heinz /PUTZO Hans, **Zivilprozessordnung**, 30. Aufl., München 2009.

ULUSAN İlhan, "Maddi Hukuk ve Usûl Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi",MHAD, 1971/7, ss.149-203.

UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**,2. Baskı Ankara 2014.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medenî Yargılama Hukuku**, C.I-II, İstanbul 2000.

YAZICI TIKTIK Çiğdem, **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, İstanbul 2013.

YILDIRIM Kamil, "İhtilafların Mahkeme Dışı Usûllerle Çözülmesi Hakkında", **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul 2007, ss. 337-360.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 3.Baskı, C. 3, Ankara 2017.

ZÖLLER, Richard, **Zivilprozessordnung**, 28. Aufl. Köln 2010.

KAPALI ANONİM ORTAKLIKLARDA YENİ PAYLARIN KÂR PAYINA HAK KAZANMASINDA VE KÂR PAYININ HESAPLANMASINDA ZAMAN UNSURU

Dr. Sinan H. YÜKSEL*

Öz: Anonim ortaklıklarda sermaye artırımı ile ihraç edilen yeni payların kâr payından yararlanma zamanının başlangıcı ve kâr payının hesaplanma şekli, Türk öğretisinde ve uygulamada tartışılmaya devam etmektedir. 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu ("ETK") ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK") bakımından bu meselenin çözümü bakımından önem arz eden düzenlemelerde herhangi bir köklü değişiklik yapılmamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 507 ve 508. maddeleri ışığında, kapalı anonim ortaklıklarda, esas sözleşmede aksine düzenleme yapılmadığı müddetçe, yeni paylar sermaye artırımının tescili tarihinden itibaren kâr payı hakkından yararlanmaya başlar. Kâr payının hesaplanmasında ise, yine esas sözleşmede öngörülmedikçe, kâr payı sermaye için yapılan ödemelere oranla hesaplanır. TTK m. 508/f. 1 doğrultusunda, sermaye için ara ödemelerin zamanı da dikkate alınmalı ve söz konusu ödemelerin yapıldığı zamana göre, zaman oranlama (kıst- el yevm) kuralı uygulanarak kâr payı hesaplaması yapılmalıdır. Halka açık anonim ortaklıklar bakımından, Sermaye Piyasası Kanunu'nun m. 19/f. 3 hükmü ile bu hükme istisna getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: kapalı anonim ortaklık, halka açık anonim ortaklık, kâr payı, zamana göre oranlama, kıst-el yevm

---

* Makalenin gönderim tarihi: 10.04.2019. Makale kabul tarihi: 28.05.2019.

Galatasaray Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0001-5651-5191); syuksel@gsu.edu.tr

Bu makalenin hazırlanmasındaki katkıları nedeniyle değerli çalışma arkadaşlarım Av. Osman Gazi Güçlütürk, LL.M (LSE), Mjur (Oxon) ve Ar. Gör. Rifat Cankat'a en içten teşekkürü borç bilirim.

THE TIME ELEMENT IN NEW SHARES' ENTITLEMENT TO DIVIDEND RIGHT AND THE CALCULATION OF THE DIVIDEND IN CLOSELY HELD JOINT STOCK COMPANIES

Abstract: The questions as to the determination of the time when newly-issued shares of a joint stock company confer entitlement to dividend and how the dividend must be calculated are still debated among Turkish scholars. The Turkish Commercial Code Law No: 6102 ("TCC") has not brought fundamental amendments to the related provisions when compared to the former Turkish Commercial Code Law No: 6762, particularly to deliver an answer to such questions. Pursuant to Articles 507 and 508 of TCC, in closely held joint stock companies, newly-issued shares begin to benefit from the dividend right starting from the date of registration of the capital increase. The dividend is calculated by taking into account the payments made for the capital, unless otherwise provided for by the articles of association. In accordance with Article 508/I of the TCC, the time when the interim payments for capital are made should also be taken into consideration, and the dividend must be calculated proportionally. In terms of publicly-held joint-stock companies, Article 19/3 of the Capital Markets Law provides for an exemption to this rule.

Keywords: closely held joint stock company, publicly held joint stock company, dividend right, pro rata temporis rule, calculation of the dividend

GİRİŞ

Anonim ortaklıkta pay sahiplerinin en temel beklentisi kâr payıdır. Kâr payı, bu yönüyle, çoğunluk ile azınlık arasındaki gerilimin ve ortaklık bünyesindeki çıkar çatışmalarının da odak noktalarından birisini oluşturur. Uygulamada gözlemlenebildiği kadarı ile, genel kurul kararlarının iptali ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 531. maddesi ile getirilen haklı sebeple fesih davalarının önemli bir kısmı, çoğunluğun kârın dağıtımı konusunda benimsediği tutumdan beslenen çıkar çatışmalarından kaynaklanır.

Öte yandan, kâr payının hiç dağıtılmaması veya çok az bir tutarda dağıtılması kadar, kâr payına hak kazanma zamanı ve kâr payının hesaplanma tarzı da uyuşmazlık konusu olabilmektedir. Bu bağlamda, bir faaliyet yılı içerisinde çıkarılan yeni payların, hangi tarihten itibaren kâr payından yararlanacağı ve yıllık kâra katılmada sermaye için yapılan ödemelerin zamanının esas alınıp alınamayacağı meseleleri önem arz etmektedir.

Bu noktada, TTK'da 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu ("ETK")'ya nazaran köklü bir değişiklik yapılmadığının; getirilen değişikliklerin çoğunlukla terminolojik yenilikten ya da müphem noktaların açıklığa kavuşturulmasından ibaret kaldığının altını çizmek gerekir[1]. Bu itibarla, ETK ve TTK'nın kâr payına ilişkin düzenlemeleri arasındaki bu paralelliğin, ETK'nın yürürlükte olduğu dönemde öğretide yapılan tartışmalar ve ilgili yargı kararlarından, TTK uygulaması bağlamında da yararlanılmasına imkan verdiği kuşkusuzdur.

Bu çalışmada ilk bölümde kapalı anonim ortaklıklarda kâr payına ilişkin düzenlemeler ele alınacak ve kâr payı hakkının niteliğine ilişkin temel noktalara değinilecektir. İkinci bölümde ise, sermaye artırımı ile çıkarılan yeni payların kâr payı hakkından ne zamandan itibaren (hangi hesap döneminin / faaliyet yılının karından) yararlandırılacakları ve kâr payının hesaplanmasında sermaye için yapılan ödemelerin zamanının önem arz edip etmediği, bir diğer anlatımla, zamana göre oranlama (kıst-el yevm) kuralının uygulanıp uygulanmayacağı sorunları incelenecektir.

I. KÂR PAYI HAKKININ KAVRAMSAL TEMELLERİ

A. Temel Düzenlemeler

Anonim şirketlerde kâr payı hakkı esas itibariyle TTK m. 507 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir[2]. TTK m. 507, her paysahibinin, kanun ve esas

---

1 TTK'nın yürürlüğe girişi sonrasında, kar payı hakkına ilişkin olarak yapılan en temel tartışmalardan birisi, TTK m. 519 hükmünde yapılan değişikliğin, birinci kar payının ödenmesi zorunluluğu getirip getirmediği, bu anlamda kâr payı hakkında ETK'ya nazaran köklü bir değişiklik yapılıp yapılmadığı konusunda yaşanmıştır. Çeşitli görüşler için bkz. YANLI Veliye, "Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXX, S. 1 (2014), s. 15 vd.

2 TTK m. 507 vd. hükümlerinde yer alan düzenlemeler büyük ölçüde ETK'dan aktarılmış olmakla birlikte bazı ifadelerde değişikliğe gidilmiştir. TTK m. 507/.1'de ETK m. 455'den farklı olarak "safi kazanç" yerine "dönem kârı" ifadesi tercih edilmiştir. Madde gerekçesinde değişikliğin sebebi olarak "safi kazanç" ifadesinin vergi hukukunda kullanılması, "dönem kârı" ifadesinin Türkiye Muhasebe Standartları'nda yer alması gösterilmiş ve dönem kârının esasen bilanço kârı olmadığına işaret edilmiştir. TTK m. 508 hükmü ise, ek fıkra haricinde, ETK m. 456'dan aynen alınmıştır. Bkz. TTK m. 508 gerekçesi. Ayrıca bkz. KENDİGELEN Abuzer**, Türk Ticaret Kanunu, Yenilikler, Değişiklikler ve İlk Tespitler**, İstanbul, 2012, s. 418. Kâr kavramı ve ilgili terminoloji konusunda bkz. GÜRBÜZ USLUEL Aslı, **Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kar Payı Alma Hakkı**, Ankara, 2016, s. 12 vd. Bundan başka, TTK m. 509'un ilk fıkrasında ETK m. 470'in ilk fıkrasındaki "esas sermaye" ifadesi kayıtlı sermaye sistemini de kapsayacak şekilde "sermaye" olarak değiştirilmiş, ikinci fıkrada ise

sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına payı oranında katılma hakkını haiz olduğunu öngörmektedir. Ne var ki anılan hükümde öngörülen düzenlemenin aksine, kâr payının kaynağını yalnızca net dönem kârı teşkil etmez. TTK m. 509 uyarınca kâr payı, serbest yedek akçelerden de ödenebilir[3]. Bu itibarla, kanunen veya esas sözleşme ile herhangi bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler ile genel kanuni yedek akçenin yarısını aşan kısmı, serbest yedek akçeler olarak kâr dağıtımında kullanılabilir[4]. Bunun gibi, her ne kadar TTK m. 507/f. 1 hükmünde pay oranından söz edilmiş olsa da, TTK m. 508/f. 1 uyarınca, esas sözleşmede aksine düzenleme öngörülmedikçe, kâr payının hesaplanmasında pay sahibinin paylarının itibari değerleri toplamı veya pay adedi değil, ilgili paylar için sermayeye mahsuben[5] şirkete yapılmış ödemeler dikkate alınır. Buna göre, yine esas sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, çıkarma primi (agio) kâr payının hesaplanması bakımından önem arz etmez[6].

---

hem TTK m. 507/f.1'de olduğu gibi "safi kâr" kavramı yerine "net dönem kârı" kullanılmış, hem de ETK m. 470'deki "*bu gaye için ayrılan yedek akçeler*" ifadesi yerine "*serbest yedek akçeler*" ifadesi tercih edilerek kâr dağıtımında kullanılabilecek yedek akçelerin niteliği açıklığa kavuşturulmuştur.

3 Bu eksikliğe işaret eden: **YANLI,** Kâr Dağıtımı, s. 8.

4 **YANLI**, Kâr Dağıtımı, s. 8. ETK m. 470, kâr payının yalnızca safi kârdan ve bu amaç için ayrılmış yedek akçelerden dağıtılabileceğini öngörmekte; hükmün lafzı, açıkça kâr dağıtım amacına özgülenmemiş yedeklerden dağıtım yapılamayacağı intibaını uyandırmaktaydı. **Tekinalp**, ETK m. 470 hükmü ile, kanun ya da esas sözleşme ile herhangi bir amaca özgülenmemiş yedeklerin kar dağıtımında kullanılabilmesinin amaçlandığına; aksinin kabulünün mantıksız ve esas itibariyle sonuçsuz bir yasaklayıcı yorum teşkil edeceğine işaret etmiştir. Zira, esas sermayesinin yarısını aşan kanuni yedek akçe hesabına sahip bir anonim ortaklığın genel kurulu, kanunun verdiği yetki ile serbest yedeklere dönüşen kanuni yedekleri, sarf amacı belirlenen bir özel yedek akçe hesabına dönüştürebilir. Bu suretle genel kurula gereksiz yere iki iş yaptırılması söz konusu olacaktır. Buna göre, ilk iş, kanuni yedek akçenin serbest hale dönüşen kısmının kâr dağıtımına özgülenen bir yedek akçe kalemine dönüştürülmesi; ikinci iş ise, bu yedek hesabından kâr dağıtım kararı almaktır. Bu dolambaçlı yol son derece gereksizdir. Bkz. TEKİNALP Ünal, **Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri**, İstanbul 1979, s. 406 ve ayrıca dn. 17. Son derece yerinde olarak, bu anlayışın TTK m. 507/f. 1 düzenlemesine yansıdığını belirtmek gerekir. İsviçre Borçlar Kanunu ("İBK") m. 675/f. 2 hükmünde de, ETK m. 470 hükmünde olduğu gibi "bu amaç için ayrılmış yedek akçeler"den söz edilmekle birlikte, dağıtımın kaynağının serbest yedek akçeler olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. CHENAUX Jean-Luc**, Commentaire Romand CO II**, Tercier-Amstutz (Ed.), 2e Edition, Basel 2017, art. 675, n. 12.

5 Bu hususta bkz. aşa. II-B.

6 TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), **Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş, Yeniden Ya-**

Yedek akçelere ilişkin düzenlemelerin de kâr payı ile yakın ilişkisi vardır. Zira, yedek akçelerin önemli bir kısmının kaynağını yıllık kârdan yapılan ayrımlar teşkil eder; paysahiplerine dağıtılan kâr payları, yedek akçeye ayrılan tutarlar ölçüsünde azalır ve kimi yedek akçeler ayrılmadan kâr dağıtımı yapılması mümkün olmaz[7].

Yedek akçeleri yasal, esas sözleşmesel ve genel kurul kararı ile ayrılanlar olarak üç gruba ayırmak mümkündür[8]. TTK m. 523/f. 1 hükmü ile, yasal zorunlu yedek akçeler ve esas sözleşme ile belirlenmiş isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadan, pay sahiplerine dağıtılacak kâr paylarının belirlenemeyeceği öngörülmüştür. TTK m. 519 uyarınca, sermayenin yüzde yirmisine ulaşıncaya kadar, her yıl elde edilen kârın yüzde beşi genel kanuni yedek akçeye ayrılmak zorundadır[9]. Bunun gibi, TTK m. 521 dairesinde, esas sözleşmeye konulacak bir hüküm ile, m. 519'da belirlenen oranlar artırılabileceği gibi[10], özgülenme amacı ile harcanma yolları ve şartları gösterilerek başkaca yedek akçelerin ayrılması da öngörülebilir[11]. Son olarak, TTK m. 523/f. 2 uyarınca, esas sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmasa dahi, kârdan olağanüstü yedek akçe ayrılması olanaklıdır. Söz konusu yedek akçenin ayrılabilmesi için, TTK m. 523/f. 2 hükmünde öngörülen koşulların gerçekleşmesi şarttır[12]. TTK m. 523/f. 3 uyarınca, ayrıca, esas sözleşmede hüküm bulunmasa bile, genel kurul, şirketin işçileri için yardım sandıkları ve

---

zılmış 14. Bası, İstanbul 2019, n. 910; ÜÇIŞIK Güzin/ÇELİK Aydın, **Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar, Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı**, İstanbul 2018, s. 486. İsviçre Hukukunda, aynı doğrultudaki İsviçre Borçlar Kanunu m. 661 bağlamında örnek olarak bkz. **CHENAUX**, CR-CO II, art. 661, n. 14.

7 **GÜRBÜZ USLUEL**, s. 19.

8 TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), **Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış 13. Bası,** İstanbul 2017, n. 1499 vd.; diğer terminolojik sınıflandırmalar açısından bkz. n. 1504 vd. Ayrıca bkz. ALTAŞ Soner, **Yedek Akçe Ayrımı ve Kullanımı,** İstanbul 2010, s. 3 vd.; **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 220 vd.; **GÜRBÜZ USLUEL**, s. 19 vd.

9 Genel kanuni yedek akçe için ayrım yapılmaksızın kar dağıtılması halinde, alınan kâr dağıtımı kararı iptal edilebilir nitelikte olduğu gibi, haksız ve kötüniyetli olarak alınan kâr paylarının iadesini öngören TTK m. 512 hükmünün uygulanmasına yol açabilir. Bkz. **GÜRBÜZ USLUEL**, s. 198; **ÜÇIŞIK/ÇELİK,** s. 520 vd.; **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU**), Ortaklıklar I, n. 918.

10 **ÜÇIŞIK/ÇELİK,** s. 224.

11 **ÜÇIŞIK/ÇELİK,** s. 253.

12 **YANLI,** Kâr Dağıtımı, s. 24 vd.; **ÜÇIŞIK/ÇELİK,** s. 256 vd.; **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU**), Ortaklıklar II, n. 1531 vd.

diğer yardım örgütleri kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla veya diğer yardım ve hayır amaçlarına hizmet etmek üzere, bilanço kârından yedek akçe ayırabilir.

Bilançoya ilişkin düzenlemeler de kâr payı ile bağlantılıdır. TTK m. 508/f. 2 uyarınca, kâr dağıtımının temel kaynağı olan yıllık kâr, yıllık bilançoya göre belirlenir. Bu itibarla, TTK m. 64, 88 ve 514 hükümleri dairesinde, ortaklığın tabi olduğu finansal raporlama standardına göre çıkarılan yıllık bilançodan anlaşılan yıllık kâr ve serbest yedek akçelerden kâr dağıtımı yapılması gerekir[13]. Kâr ve yedek akçelerin, anılan hükümlere uygun olarak

---

13 **GÜRBÜZ USLUEL**, s. 39 vd. Bu noktada yeri gelmişken değinelim: kapalı ve halka açık anonim ortaklıklarda kâr payı dağıtımı bakımından, dağıtılabilir karın "yasal bilanço" olarak da ifade edilen "vergi bilançosunda" beliren yıllık kârı aşmaması gerektiği ve bu tutarın kar dağıtımları bakımından üst sınır teşkil ettiği yönünde bir uygulama gelişmiştir. Halka açık anonim ortaklıklar bakımından bu uygulama, Sermaye Piyasası Kurulu'nun ("SPK") "Kar Dağıtım Rehberi"nin (çevrim içi: www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/986) C.11 numaralı paragrafında yer alan ifadeden kaynaklanmaktadır. SPK'nın Kâr Dağıtım Rehberi dayanağını, SerPK m. 19 ve 20 hükümlerine dayanılarak çıkartılan Kar Payı Tebliği'nin (II-19.1) 13. maddesinde bulmaktadır. Kapalı anonim ortaklıklarda, uygulamanın Ticaret Bakanlığı'nın 50035491/431.04 sayılı genelgesi ile desteklendiği görülmektedir. Bu yönüyle, halka açık anonim ortaklıklar bakımından bu uygulamanın en azından bir düzenleyici işleme dayandığı söylenmelidir. Ancak, söz konusu uygulamanın kapalı anonim ortaklıklar bakımından benimsenmesini, üstelik de bir Bakanlık genelgesi ile meşrulaştırılmasını yerinde bulmak olanaklı değildir. Hem SPK'nın yaklaşımı hem de uygulamanın kapalı anonim ortaklıklar bakımından benimsediği tutum, TTK m. 64/5 hükmünde 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile gerekçelendirilmektedir. Anılan düzenleme uyarınca, hangi finansal raporlama standardına tabi olursa olsun, ortaklıklarca Vergi Usul Kanunu ("VUK") hükümlerine uygun muhasebe tutulması ve bilanço çıkarılması zorunludur. Bu itibarla, değerlemeye ilişkin kurallardaki farklılık nedeniyle, yıllık kâr, tabi olunan finansal raporlama standardına göre ("TFRS" veya "BOBI-FRS") hazırlanan bilanço ile VUK esaslı bilançoda farklı tutarlarda orta çıkabilir. Uygulanan finansal raporlama standardına göre çıkan kârın, VUK esaslı bilançoya nazaran yüksek olması ve bu tutarın (gerekli yedek akçe ayrımları yapıldıktan sonra) tümüyle dağıtılması halinde, VUK bilançosunda görünen kâr tutarını aşan dağıtımlar, yine VUK esaslı tutulmak zorunda olan muhasebe düzeniyle uyumsuz kalmakta ve muhasebeleştirilememektedir. Bunun sonucu olarak, vergi riski doğması için, dağıtımlarda VUK esaslı bilançodaki karın bir üst sınır teşkil ettiği düşünülerek hareket edilmektedir. Kuşkusuz, ticari bilanço-vergi bilançosu (yasal bilanço) ikiliğinden kaynaklanan bu uygulamanın TTK m. 508/f. 2 ve 514 hükümleri ile açıklanabilmesi olanaklı değildir. Gerçekten, TTK m. 64, 508 ve 514 vd. hükümleri uyarınca, kar dağıtımının sonuç açıklama bilançosu niteliğindeki yıllık bilançoya dayanması gerekir. Vergi bilançosu ise sonuç açıklama değil, vergi matrahını tespit bilançosudur [**TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar I, n 902a]. Paysahiplerinin kâr payı hakkının ve bu anlamda "pay sahipliği değerinin" (*shareholder value*), kâr dağıtımı ile hiçbir ilgisinin bulunmaması gereken vergi düzenlemeleri ile sınırlanması ka-

düzenlenmiş finansal tablolardan anlaşılması yeterli olmaz. Finansal tabloların denetime tabi ortaklıklarda TTK m. 397 vd. hükümleri tahtında denetlenmiş, TTK m. 408 ve 514 uyarınca genel kurulca onaylanmış olması gerekir. Denetime tabi olmasına rağmen denetlenmemiş ve her halde genel kurulca onaylanmamış finansal tablolardan anlaşılan kâr ve serbest yedek akçelerden kar dağıtımı yapılamaz[14]. TTK m. 397/f. 6 uyarınca denetlenmemiş finansal tablolar düzenlenmemiş hükmünde olup yönetim kurulunca sunulduğunda bir öneri niteliğinde olan bilanço genel kurulca onaylanmadıkça kesinleşmez[15].

Kâr payı dağıtımının karara bağlanmasına ilişkin temel düzenleme ise, söz konusu kararı genel kurulun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri arasında sayan TTK m. 408 hükmüdür. Bunun gibi, TTK m. 409'da olağan genel kurullarda kârın kullanım şekline, dağıtılacak kâr ve kazanç paylarının oranlarının belirlenmesine ilişkin müzakerelerin yapılacağı ve kararların alınacağı öngörülmüştür. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmeliğin[16] 13 ve 30. maddelerinde de söz konusu düzenlemeler tekrarlanmıştır. Kuşkusuz, kâr dağıtımının olağan genel kurulda karara bağlanamaması veya ilgili gündem maddesinin ertelenmesi hallerinde, bir olağanüstü genel kurul toplantısında da kâr dağıtımı konusunda karar alınması olanaklıdır.

B. Kâr Payı Hakkının ve Kâr Payının Niteliği

Kâr payı hakkı, paysahibi yönünden bireysel ve mali bir hak olarak nitelendirilmektedir[17]. ETK'nın aksine, TTK'da kâr payı hakkı bir müktesep hak olarak sayılmamış; bu nedenle kâr payı hakkının müktesep hak niteliğinde olup olmadığı tartışmalı hale gelmiştir. TTK m. 452 hükmü dairesinde müktesep hakların sistemde varlığını sürdürdüğü tartışmasız olmakla beraber, ETK m. 385'in aksine bu hakların nelerden ibaret olduğu sayılmamış, kâr

---

bul edilebilecek bir tutum değildir. Uygulamanın halka açık anonim ortaklıklar bakımından eleştirisi için bkz. **GÜRBÜZ USLUEL**, s. 46.

14 CANÖZÜ Salih, **Anonim Şirketlerde Kar Payının Tespiti ve Dağıtılması**, Ankara 2016, s. 146.

15 **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar I, n. 903.

16 RG. t. 28.11.2012, s. 28481.

17 **GÜRBÜZ USLUEL**, s. 89 vd., 96 vd.; **ÜÇIŞIK /ÇELİK,** s. 291 vd.; **CANÖZÜ**, s. 27 vd.

payı hakkı da dahil olmak üzere hangi hakların bu kapsama girdiği konusu öğreti ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Öğreti, müktesep hakların, tanımı gereği, paysahibinin rızası olmaksızın değiştirilememesi, sınırlandırılamaması veya kaldırılamaması nedeniyle, TTK rejiminde kâr payı hakkının bir müktesep olarak kabul edilmemesi yönünde gelişmiştir[18]. Gerçekten, TTK m. 519 uyarınca kârdan zorunlu olarak ayrılması gereken genel yedek akçe ve bu tutarın TK m. 521 uyarınca artırılabilmesi; TTK m. 522 uyarınca yöneticiler, çalışanlar, işçiler için yardım kuruluşları kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla ya da bu amacı taşıyan kamu tüzel kişilerine verilmek üzere yedek akçe ayrılabilmesi; TTK m. 523 dairesinde belirli şartlarla ve genel kurul kararıyla kârın büyük bölümünün ve bazı hallerde tamamının olağanüstü yedek akçeye ayrılabilmesi; TTK m. 503 dairesinde intifa senedi sahiplerine kâr payı ödemesi yapılabilmesi ve nihayet TTK m. 394 uyarınca yönetim kurulu üyelerine kârdan pay ödenebilmesi bu çıkarımı destekler[19]. Kuşkusuz, esas sözleşmeye konulacak hükümler ile, kâr payına esas sözleşmesel müktesep hak niteliğini kazandırmak mümkün olabilir[20]. Öte yandan, Yargıtay, TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde de kâr payı hakkını müktesep hak olarak nitelendirdiği kararlar vermiştir[21].

Görüldüğü üzere, pay sahibinin yıllık dönem kârından paylarına isabet eden tutarın tümüne hak kazanmasını temin eden ve genel kurulu bu yönde bir karar almaya mecbur bırakan bir normatif düzenden söz edilemez. Ancak, kâr payı hakkının bir yönüyle paysahibi açısından vazgeçilemez hak

---

18 **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU**), Ortaklıklar I, n. 898a; **MOROĞLU**, s. 236-238 dn. 343; **GÜRBÜZ USLUEL**, s. 103; **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 296. **Üçışık/Çelik**, ilk kâr payının (birinci temettünün) bilançonun onaylanması ile birlikte kanunen müktesep hak haline geldiği görüşündedirler (s. 302-303).

19 Tüm bu gerekçeler, ETK'nın yürürlüğü döneminde, kâr payının güçsüz-nisbî müktesep hak olduğu yönündeki görüşü desteklemek amacıyla kullanılmaktaydı: TEKİNALP Ünal(POROY Reha/ÇAMOĞLU Ersin), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul 2010, n. 898 . ETK'nın aksine, TTK rejiminde mutlak-nisbi müktesep hak ayrımına yer olmadığı, yalnızca mutlak müktesep hakların söz konusu olduğu yönünde: **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU**), Ortaklıklar I, n. 868.

20 TEKİNALP Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. b., İstanbul, 2015, s. 354; **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 297; **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 105.

21 Yargıtay 11. HD. T. 05.11.2015, E. 9365, K. 16936. Karar için bkz. İstanbul Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin Kararları (2014)**, İstanbul 2018, s. 313.

teşkil ettiği ileri sürülmüştür[22]. Bu nitelendirme, şirketin kâr payı dağıtma amacını terk edememesi ve genel kurulun kârın dağıtımını çok uzun bir süre veya ilânihaye ortadan kaldıran kararlar alamaması anlamına gelir[23]. Bu kapsamda, pay sahibince kâr payından sürekli şekilde vazgeçilmesi[24] ya da önceden ve kesin surette bu haktan feragat edilerek "kârsız" paylar yaratılması da olanaklı değildir[25]. Bu şekilde bir vazgeçmenin esas sözleşme ile gerçekleştirilememesi de doğaldır[26]. Bununla birlikte, bir ya da birkaç genel kurul toplantısında kâr dağıtımı yapılmamasının kararlaştırılması halinde, vazgeçilemez hakkın ihlalinden söz edilemez[27]. Elbette, genel kurulun keyfi şekilde kâr dağıtmama ya da küçük tutarlarda dağıtım yapma kararı vermesi mümkün olmayıp, genel kurul kararı ile olağanüstü yedek akçe ayrılması hususunda TTK m. 523/f. 2 hükmünün koşullarının olup oluşmadığı her somut olayda incelenmelidir[28].

Öte yandan, ETK m. 466/f. 2/b. 3 hükmüne nazaran TTK m. 519/f. 2/c'de yapılan değişikliğin, paysahiplerine %5 oranında ilk kâr payının ödenmesi-

---

22 **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)** (2014), s. 624; **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 298. Aksi yönde: **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 105.

23 **TEKİNALP Ünal**, Sermaye Ortaklıkları, 4. b., İstanbul 2015, s. 354.

24 Sürekli nitelemesi olmaksızın bu duruma işaret eden ve bunu anonim ortaklığın temel yapısı ile bağdaşmaz gören: **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 299.

25 **İMREGÜN,** Kâr Payı, s. 428.

26 Kâr payı hakkından önceden (iptidaen) veya sürekli olarak vazgeçmeyi (feragati) öngören esas sözleşme veya genel kurul kararlarının, kanunun nisbi nitelikteki emredici hükümlerini değiştiren veya kaldıran bir hukuki işlem olarak batıl olduğuna işaret eden: **MOROĞLU,** s. 238 dn. 343.

27 Bu yönde: **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 104. Öğretide, hiç kar dağıtılmaması veya net dönem karına nazaran çok küçük miktarlarda kar dağıtılması şeklinde bir temettü politikasının anonim şirketin temel yapısına aykırı olduğu ve bu yönde alınan kararların vazgeçilemez nitelikteki kar payı hakkının ihlali ve anonim ortaklığın temel yapısını bozan bir kararla karşı karşıya bulunulması nedeniyle bâtıl olduğu ileri sürülmektedir: **TEKİNALP**, Sermaye Ortaklıkları, n. 14-35; **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 299. Yargıtay, bir halka açık anonim ortaklık hakkında verdiği 23.12.2014 tarihli kararında, üst üste iki yıl kâr dağıtımı yapılmamasının, kar payı hakkının özüne dokunduğu ve kararın iptalinin gerektiği sonucuna varmıştır: **Yargıtay 11. HD**. T. 23.12.2014, E. 12402, K. 20310 (Karar için bkz. İstanbul Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Yargıtay Kararları 2014, s. 307-308).

28 Yargıtay, bu hususta bilirkişi incelemesi yapılarak sonuca varılması gerektiği görüşündedir: **Yargıtay 11. HD**. T. 01.12.2014, E. 16317, K. 18707; **Yargıtay 11. HD.** T. 05.11.2014, E. 9365, K. 16936. Kararlar için bkz. İstanbul Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Yargıtay Kararları 2014, s. 312-313.

nin zorunlu olduğu yönünde yorumlara yol açtığını da belirtmek gerekir[29]. Yargıtay, ETK döneminde verdiği kararlara paralel olarak, TTK m. 523/f. 2'de öngörülen koşulların yerine getirildiğinin ispatlanması halinde hiç kâr dağıtımı yapılmayabileceği yönünde kararlar verdiği gibi[30], Yüksek Mahkemenin bazı kararları ilk kâr payının dağıtımının zorunlu olduğu şeklinde anlaşılmaya müsaittir[31].

TTK m. 507 hükmünde her paysahibinin, dağıtılmasına karar verilmiş net dönem kârına payı oranında katılma hakkı vurgulanmıştır. Buna göre, kâr payı temelde paysahibinin şirketten beklentisidir. Kâr payı, genel kurulun kâr dağıtımı yapılmasına ilişkin kararıyla birlikte paysahibi açısından alacak hakkına dönüşür[32]. Bu yönüyle, genel kurulun kâr dağıtım kararı, bir yenilik doğuran karar niteliğindedir[33]. Bu itibarla, genel kurulca kâr dağıtımı kararı verilmemişse, onaylanmış yıllık bilançoda kâr veya kâr olarak dağıtılabilir serbest yedek akçeler bulunsa dahi, pay sahibinin kendisine oransal olarak düşen kâr payını dava yoluyla talep etmesi olanaklı değildir[34].

Dağıtılmasına karar verilen kâr payının, TMK m. 729 uyarınca dönemsel edim niteliğinde bir hukuki semere (periyodik verim - gelir) niteliğini

---

29 **TEKİNALP(POROY/ ÇAMOĞLU),** Ortaklıklar I, n. 898. İlk kar payının ödenmesinin zorunlu, hatta genel kurul kararı dahi gerektirmediği yönünde: **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 302-303. TTK m. 519/f. 2/c hükmünün kâr dağıtımı ile ilgili olmadığı ve ilk kar payının dağıtımı bakımından herhangi bir zorunluluk getirmediği yönündeki bizim de katıldığımız görüş için bkz. **YANLI,** Kâr Dağıtımı, s. 20 vd.; **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 95.

30 Örnek olarak: **Yargıtay 11. HD.** T. 01.12.2015, E. 16317, K.18707 (bkz. İstanbul Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Yargıtay Kararları 2014, s. 312-313). ETK döneminde verilen kararlar için bkz. **YANLI,** Kâr Dağıtımı, s. 16, dn. 33'te anılan kararlar.

31 Örnek olarak: **Yargıtay 11. HD.** T. 05.11.2015, E. 9365, K. 16936 (bkz. İstanbul Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Yargıtay Kararları 2014, s. 313).

32 BİRSEL Mahmut, **Yargıtay Kararlarının Işığı Altında Şirket Karı Konusunda Anonim Şirket ile Paysahibi Arasındaki Menfaat Çatışması**, Ankara, 1971, s. 15. KARAYALÇIN Yaşar, **Muhasebe Hukuku**, Ankara, 1988, s. 136; **TEKİNALP(POROY/ ÇAMOĞLU),** Ortaklıklar I, n. 914; **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 294.

33 **TEKİNALP(POROY/ ÇAMOĞLU),** Ortaklıklar I, n. 914; **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 294. Anılan son yazarlarca yollama yapılan Yargıtay 11. HD.'nin 09.10.1990 tarih, E. 1989/7693, K. 1990/6376 sayılı kararında genel kurulun kâr dağıtım kararının yenilik doğurucu nitelikte olduğunu ve bu kararla şirketin borçlu hale geleceğini ifade edilmiştir.

34 Bu konuda öğretide ileri sürülen çeşitli görüşler ve Yargıtay kararları için bkz. AYDOĞAN Fatih, "Anonim Şirketlerde Kâr Payının Ödenmesine Mahkemece Karar Verilip Verilemeyeceği Sorunu", **Yürürlüğünün 5. Yılında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar) – 20 Ekim 2017**, İstanbul 2018, s. 115 vd.

taşıdığını da belirtmek gerekir[35]. Bunun sonucu olarak, dağıtılmasına karar verilen kâr payı, paysahibinin şirkete sermaye koyarak iktisap ettiği payların belirli bir dönemde getirdiği ürün niteliğini taşır ve pay sahibince ortaklığa özgülenen fonun (yatırımın), şirket tarafından işletilmesine bağlı olarak doğan bir getiri olarak ortaya çıkar. Kâr payının semere olarak nitelendirilmesi, özellikle yeni payların kâr payı hakkından yararlanması ve aşağıda (II) altında ele aldığımız tartışmalar açısından önem arz eder.

II. SERMAYE ARTIRIMI İLE ÇIKARILAN YENİ PAYLARIN KÂRDAN YARARLANDIRILMASI

A. Kârdan Yararlanmanın Başlangıcı

TTK m. 455 uyarınca sermaye artırımı tescil ile hüküm ifade eder[36]. Buna bağlı olarak, çıkarılan yeni paylar tescil ile doğar[37]. Bir hesap dönemi içerisinde yapılan sermaye artırımının tescili ile doğan pay, kural olarak kanunda ve esas sözleşmede öngörülen tüm hakların da kaynağı haline gelir.

Dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılması halinde, şirkete yeni bir fon getirilmiş ve buna dayalı taahhütler ile yeni paylar ihdas edilmiş olur. Bu itibarla, yeni payların ihdas edildikleri ve getirilen dış kaynağın kullanılmaya başlandığı an itibariyle, önceki hesap döneminin kârı çoktan oluşmuştur. İçinde bulunulan faaliyet yılı ise devam etmekte olup, o döneme ilişkin kârın oluşumu başlamıştır. Bu noktada, yeni payların hangi tarihten itibaren, hangi faaliyet yılına ilişkin kârdan yararlanacağı meselesi ortaya çıkar. Bir örnekle meseleyi aydınlatmak gerekirse; takvim yılı esasına dayalı hesap dönemini

---

35 BİRSEL Mahmut, **Yargıtay Kararlarının Işığı Altında Şirket Kârı Konusunda Anonim Şirket ile Paysahibi Arasındaki Menfaat Çatışması**, Ankara 1971; İMREGÜN Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, İstanbul 1989, s. 290; İMREGÜN Oğuz, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı,** İstanbul 2002, s. 415; KENDİGELEN Abuzer, **Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı**, İstanbul 1994, s. 124, 130; ATEŞAĞAOĞLU Erdem, **Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı**, İstanbul 2012, s. 10; **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 315. Tasfiye payının ise semere değil, sermayenin iadesi ve payın yerine geçen bir ikame değer niteliğinde olduğu yönünde bkz. KENDİGELEN, İntifa Hakkı, s. 132.

36 TTK m. 455 çerçevesinde esas sözleşme değişikliğinin, bu bağlamda sermaye artırımı kararının iç ve dış ilişkide hüküm ifade etmesi ile artırımın hüküm ifade etmesi arasındaki farkın irdelenmesi yönünden bkz. **MOROĞLU,** s. 80 vd., 108.

37 **MOROĞLU,** s. 108.

benimsemiş bir şirkette, 2019 yılının Şubat ayında dış kaynaklardan yapılan bir sermaye artırımı ile ihdas edilmiş olan yeni paylar, aynı yıl içerisinde dağıtılacak 2018 faaliyet yılının (ya da önceki yılların) kârından yararlanabilecek midir? Akla gelebilecek bir diğer örnek, 2019 yılının Aralık ayında ihdas edilen yeni payların 2019 faaliyet yılı kârından yararlanıp yararlanamayacağı meselesidir.

ETK'nın yürürlükte olduğu dönemde, yeni payların ne zamandan itibaren kâr payından yararlanacağı hususunun ETK m. 393/b. 11 uyarınca izahname, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile belirlenebileceği kabul edilmekteydi[38]. Yalnızca halkın iştirake davet olunduğu sermaye artırımları için öngörülmüş olmakla beraber, ETK m. 393/b. 11 hükmünün diğer artırımlarda da uygulanmasının olanaklı bulunduğu ileri sürülmekteydi[39]. Böyle bir belirleme yapılmadı ise yeni payların sermaye artırımının tescili tarihi itibariyle kârdan yararlanmaya başlayacağı; payın tescille doğması kuralı karşısında, doğmamış paylara kâr payı ödenmesinin söz konusu olamayacağı kabul edilmekteydi[40]. **Tekinalp**, yararlanma zamanının tespitinin, ETK m. 456 (TTK m. 508/f. 1) uyarınca kâr payının hesaplanmasında pay bedeline mahsuben yapılan ödemelerin esas alınmasının kabul edildiği hallerde önem arz ettiğini belirterek[41], ortaklığa fiilen getirilen sermaye ile kâr payı arasındaki ilişkinin öneminin altını çizmiştir.

İzahnameye ilişkin ETK m. 393 hükmüne karşılık gelen bir düzenlemeye TTK'da yer verilmemiştir. Bu itibarla, öğretide, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile belirlenmemişse, yeni paylar bakımından kârdan yararlanmanın başlangıcının sermaye artırımının tescili tarihi olduğu kabul edilmektedir[42]. İleri sürülen gerekçelerin, ETK'nın yürürlüğü döneminde ileri sürülenlerle ayniyet taşıdığının da altını çizmek gerekir.

---

38 **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar 2010, n. 912; **KAYAR İsmail**, "Hisse Senedi Yatırımcısını Korunması Açısından HAAO'larda Kar Dağıtımı", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, C. I, s. 465.

39 **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar 2010, n. 912.

40 **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar 2010, n. 912. Yazar, TTK m. 393/b. 11'de öngörülen izahname düzenlenirken de bu kuralın aksine hareket edilemeyeceği görüşündedir.

41 **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar 2010, n. 912.

42 **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 156. **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, belirlemenin -TTK'da öngörülmemiş bulunan- izahnamede de yapılabileceğini ifade etmektedirler (s. 490). **MOROĞLU**, esas sözleşmede veya iştirak taahhüdünde payların ne zamandan itibaren kâra hak kazandıracakları belirtilmemişse, bu hususta genel kurulun sermaye artırımı kararının ticaret siciline tescil tarihinin esas alınacağı görüşündedir (s. 108-109, dn. 148).

Gerçekten, TTK m. 508/f. 2 uyarınca yıllık kâr yıllık bilançoya göre belirlenir. Ayrıca, TTK m. 508/f. 1'e göre kâr payı, sermaye için yapılan ödemelere oranla hesap edilir. Bu hükümler dairesinde, genel kurulun kâr dağıtımına temel teşkil eden bilançoda gözüken ve o faaliyet yılı içerisinde işletilmiş sermayeyi meydana getiren, diğer bir anlatımla, yıllık bilançonun ait olduğu faaliyet yılı içerisinde mevcut bulunan payların kâr payı hakkından yararlanması gerekir[43]. Sonraki faaliyet yılında doğmuş yeni paylar kâr payından yararlandırılmaz[44]. Yukarıda da değindiğimiz üzere, bunun başlıca nedeni, kâr payının, pay sahiplerinin anonim ortaklık zemininde yaptıkları yatırımın, diğer bir anlatımla getirdikleri fonun, anonim ortaklıkça işletilmesi ile doğan bir semere niteliğinde olmasıdır. Devam etmekte olan faaliyet yılında ihdas edilen paylar, bir önceki faaliyet yılında -henüz tescil edilmedikleri dönemde- mevcut olmadıkları gibi, bunların karşılığında getirilen yatırım (fon) şirkete ve faaliyetine özgülenmemiştir. Faaliyet (hesap) döneminin bağımsızlığı ilkesi gereği, bir dönemle ilgili faaliyetten doğan olumlu veya olumsuz her sonucun o dönem hesabında yer alması gerekir ki, bu şekilde o dönemin gerçek sonucu tespit edilebilsin[45]. Bu itibarla, işletmenin faaliyeti esnasında oluşan kârın, o yılın sonuç açıklamasının bir parçası olarak, belirtilen yılda şirkete yapılmış yatırımların (şirketçe kullanılmış sermayenin) getirisi niteliğini taşıdığını kabul etmek gerekir[46]. Buna göre, örneğin 2019 yılında tescil edilen bir sermaye artırımı ile yaratılan yeni paylar, 2018 yılına ilişkin bilançoda[47] gözüken kârdan yararlanamaz. Söz konusu kârdan yalnızca 2018 yılının sonu itibariyle var olan paylar yararlandırılır.

Sermaye artırımı ile yaratılan yeni payların, artırımın tescili tarihinden itibaren kârdan yararlanması esasının esas sözleşme veya genel kurul kararı ile değiştirilip değiştirilemeyeceği üzerinde de durmak gerekir. Yukarıda da değindiğimiz üzere, öğretide, kârdan tescilden itibaren yararlanma kuralının

---

43 **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 315.

44 **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 315.

45 **KARAYALÇIN**, s. 38.

46 Bunu sermayenin şirket bünyesinde işletilmesi ile oluşan artı değer olarak nitelendiren: **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 315.

47 Örneğimizde, faaliyet yılının takvim yılı olarak belirlendiği varsayımı ile hareket edilmiştir. Şirketler, VUK m. 174'ün verdiği imkan dahilinde, TTK m. 339/f. 2/k hükmü dairesinde esas sözleşmelerine koyacakları bir hükümle, faaliyet alanlarının gerektirdiği, başlangıç ve bitişi itibariyle farklı on iki aylık bir periyodu faaliyet yılı (hesap dönemi) olarak belirleyebilirler. Ayrıca bkz. **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU**), Ortaklıklar II, n. 1452.

aksinin, izahname, esas sözleşme, genel kurul kararı veya iştirak taahhüdünde öngörülmesinin olanaklı bulunduğu ileri sürülmektedir[48].

TTK'da, olağan sermaye artırımlarında izahname düzenlenmesini öngören bir düzenleme yer almamaktadır. Bu itibarla, uygulamada da kapalı anonim ortaklıkların sermaye artırımlarında, payların halka arzı söz konusu olmadıkça izahname düzenlenmez. İzahname, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun ("SerPK") 4. maddesi ile sermaye piyasası araçlarının halka arzı veya borsada işlem görmesi için hazırlanması ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun ("SPK") onayından geçmesi gereken bir belgedir[49]. Ancak, aşağıda da değineceğimiz üzere, halka açık anonim ortaklıklarda, sermaye artırımı ile yaratılan yeni payların kâr payından yararlanması bakımından aşağıda incelediğimiz SerPK m. 19/f. 3 hükmü ile getirilmiş bulunan açık istisnai düzenleme nazara alındığında, kârdan yararlanmanın başlangıcı ile ilgili bir düzenlemeye izahnamede yer verilmesine gerek bulunmadığı; yer verilse bile SerPK m. 19/f. 3 hükmünün aksine hiçbir kayda yer verilemeyeceği kolayca anlaşılır. Nitekim, SPK'nın Pay Tebliği[50] (VII-128.1) ve paya dönüştürülebilir tahviller bağlamında Borçlanma Araçları Tebliği[51] (VII-128.8) incelendiğinde de izahnamede bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesinin söz konusu olamayacağı görülür. Bu itibarla, ister kapalı ister halka açık olsun, anonim ortaklıklarda, kârdan yararlanmanın başlangıcının izahname öngörülebileceği yönündeki değerlendirmenin yerinde olmadığını vurgulamak gerekir.

Öte yandan, sermaye artırımı ile yaratılan yeni payların kârdan yararlanmasının başlangıcı hususunda esas sözleşme ile düzenleme yapılabilir[52]. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, tescil tarihinden itibaren yararlanma ilkesi, payın tescil ile doğması ilkesi kadar, kârın semere niteliği ve ortaklığa getirilmiş sermayenin kârın oluşumuna katkısı zemininde ortaya çıkar. Bu ilkenin TTK m. 508/f. 1 hükmü ile de sıkı bağlantısı vardır. Gerçekten, kâr payı paysahibine değil paya isabet eder ve kâra katılmada temel ölçüt paydır[53].

---

48 Bkz. yuk. dn. 45'de anılan yazarlar.

49 MANAVGAT Çağlar, **Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz**, Ankara 2016, s. 694 vd.

50 RG. t. 22.06.2013, s. 28685.

51 RG. t. 07.06.2013, s. 28670.

52 **MOROĞLU,** s. 108-109, dn. 148.

53 **TEKİNALP(POROY/ ÇAMOĞLU),** Ortaklıklar I, n. 905; **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 15.

Ancak, esas sözleşmede aksi öngörülmediği sürece, dağıtılmasına genel kurulca karar verilen net dönem kârı, mutlak surette "pay başına" ödenmez. Belirli bir hesap döneminde kâr payının hesaplanma şeklini belirleyen TTK m. 508/f. 1 hükmü uyarınca, esas sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı müddetçe, kâr ve tasfiye payı, paysahibinin taahhüt ettiği payları için (sermayeye mahsuben) şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak tespit ve hesap edilir. Nitekim, ETK'nın yürürlükte olduğu dönemde, TTK m. 508/f. 1 hükmünün karşılığı olan ETK m. 456 uyarınca, kâr payının hesaplanmasında kâr payına mahsuben yapılan ödemelerin esas alınmasının kabul edildiği hallerde, kârdan yararlanma tarihinin de bu kurala riayet edilerek belirlenmesi kabul edilmekteydi[54]. Buna göre, bir hesap dönemi içerisinde yapılan sermaye artırımı ile çıkartılan yeni payların kârdan yararlanmaya başladıkları tarihin sermaye artırımının tescili tarihi olduğu üzerinde durulmaktaydı[55]. Bu yaklaşımın kökeninde, kâr payının hesaplanmasında sermayeye mahsuben yapılan ödemelerin esas alınması ve ETK m. 390'ın son fıkrası bağlamında payın tescilden önce doğmayacak olması anlayışı yatmaktaydı[56].

TTK rejimi ile, bu anlayışı değiştirecek bir farklılık getirilmediğinin altı tekrar çizilmelidir. TTK m. 508/f. 1 uyarınca, kâr payının hesaplanmasında, sermaye için yapılan ödemeler yerine payın itibari değerinin esas alınmasını ve ifa edilen taahhütlerden bağımsız olarak pay başına kâr payı hesaplaması yapılmasını olanaklı kılan bir esas sözleşme düzenlemesi geçerlidir. O halde, kanun koyucu, ödenmiş sermayenin (pay sahibinin yatırımının) kâra olan katkısının göz ardı edilebilmesine izin vermiştir. Buna göre, esas sözleşmeye konulacak bir hüküm ile, kârdan yararlanma tarihinin, tescil tarihine nazaran önceki hesap dönemlerini de kapsayacak şekilde belirlenmesi olanaklıdır.

Buna karşılık, TTK rejiminde sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararı ile bu belirlemenin yapılamayacağı kanaatindeyiz. Esas sözleşmede TTK m. 508/f. 1 hükmünün aksinin öngörülmediği hallerde, pay sahiplerince getirilmiş sermaye ile belirli bir hesap döneminde oluşan kâr arasındaki ekonomik ve hukuki bağlantının, esas sözleşme değiştirilmeksizin, salt genel kurul kararı ile kopartılması mümkün görülmemelidir[57]. Aksi halde, genel

---

54 **TEKİNALP(POROY/ ÇAMOĞLU**), Ortaklıklar 2010, n. 912.

55 **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU),** Ortaklıklar 2010, n. 912.

56 **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU),** Ortaklıklar 2010, n. 912.

57 Bu noktada, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ("İBK") TTK'ya alınmayan 650. maddesine de

kurulun yeni payların mevcut olmadıkları önceki hesap döneminin karından yararlandırılmasına ilişkin kararı, evvel emirde TTK m. 508/f. 1 hükmünün sermaye için yapılan ödemelere oranla kâra katılma düzenlemesini ihlal edecektir. Kayıtlı sermaye sisteminde ise, kardan yararlanmanın başlangıcının, aynı nedenlerle yönetim kurulunca belirlenemeyeceği sonucuna varılmalıdır. Nitekim, yönetim kurulunun sermaye artırım kararının içeriğini belirleyen TTK m. 460 hükmünde bu yönde bir belirleme yapılabileceğine dair bir düzenleme de mevcut değildir[58].

Moroğlu, kardan yararlanmanın başlangıcına ilişkin belirlemenin iştirak taahhüdünde de yapılabileceğine işaret etmektedir[59]. Kanımızca, iştirak taahhüdünde bu yönde bir kaydın yer alması, yer alıyorsa dahi böyle bir kaydın herhangi bir hukuki etkiye sahip olması olanaklı değildir. TTK m. 459/1 hükmünde öngörülen iştirak taahhüdü, bir görüşe göre, sermaye artırımı ile çıkarılmış yeni payların aslen edinilmesi için ortaklığa yöneltilmiş bir icap (öneri) niteliğindedir[60]. Diğer bir görüş ise, iştirak taahhüdünü, ortaklık ilişkisi kurmaya yönelik, ortaklıklar hukukuna özgü bir borç ikrarı ve ortaklığın kabulüne bağlı olmayan tek taraflı bir irade beyanı (bildirim) olarak nitelendirir[61]. Bu itibarla, hangi görüş kabul edilirse edilsin, pay taahhüt etmek niyetinde olan mevcut paysahibi ya da üçüncü kişinin, aslen iktisap

---

değinmek gerekir. İBK m. 650/f. 2/b. 3 uyarınca, genel kurulun sermaye artırım kararında yeni payların kâr payı hakkından yararlanmaya başlayacağı tarihin belirtilmesi zorunludur. Anılan düzenleme dairesinde, kural olarak, yeni payların sermaye artırımının gerçekleştiği hesap döneminden itibaren kâr payından yararlanacakları kabul edilmektedir: **VENTURI/ZEN-RUFFINEN,** CR-COII, Art. 650 n. 13. Ancak, kâr dağıtımı kararının alındığı tarihte mevcut olan tüm paylara, kârın ilişkin olduğu hesap döneminden bağımsız olarak kâr payı ödenmesinin gerekli olduğunu ve bunun aksine alınacak genel kurul kararının, artırım öncesi sermayeyi temsil eden payları imtiyazlı hale getireceğini ileri süren yazarlar da mevcuttur: CRAMER Conradin, **Zürcher Kommentar (ZK) – Die Aktiengesellschaft**, Zurich 2016, art. 650, n. 24.

58 Kuşkusuz, SerPK m. 19/f. 3 karşısında, kayıtlı sermaye sistemindeki halka açık anonim ortaklıkların yönetim kurullarınca alınacak artırım kararlarında böyle bir hususa yer verilmesi olanak dışıdır. Bu türden ortaklıklarda, yönetim kurulunca alınacak artırım kararının içeriği ve yönetim kuruluna verilebilecek yetkiler için bkz. **MANAVGAT,** s. 460 vd.

59 **MOROĞLU,** s. 108-109, dn. 148.

60 **MOROĞLU,** s. 92.

61 AYOĞLU Tolga, **Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri**, İstanbul 2008, s. 84-85. İştirak taahhüdünün kabul niteliğini de taşıyabileceği yönünde: **MOROĞLU,** s. 92.

edeceği yeni payların hangi tarihten itibaren kârdan yararlanacağını tek yanlı irade beyanı ile belirlemesi olanaklı değildir. Bu bildirim, her hâlde, kanundaki düzenlemelerden, ortaklığın esas sözleşmesi ile kurulan düzeninden ve kanun ile esas sözleşmenin elverdiği ölçüde, genel kurulun sermaye artırımı kararında belirlenen koşullardan farklı unsurlar içeremez.

Kârdan yararlanmanın başlangıç tarihinin belirlenmesi yeniden yapılandırma işlemleri bağlamında da önem arz eder. Bir birleşme veya bölünme işlemi söz konusu olduğunda, işleme taraf ortaklıkların işlem kapsamında yapılacak sermaye artırımı sonucunda ihdas edilecek payların kârdan yararlanma tarihinin belirlenmesi hususunda anlaşmaları zorunludur. TTK m. 140/f. 1 uyarınca iki şirketin birleşmesi halinde, devrolunan şirket pay sahipleri mevcut paylarını ve haklarını karşılayacak değerde, devralan şirket payları ve hakları üzerinde istemde bulunma hakkı vardır[62]. Bu hakkın yerine getirilmesi için, devralan şirket payları devrolunan şirketin pay sahiplerine, belirli bir değişim oranına göre hesaplama yapılarak verilmelidir[63]. Bu paylar, TTK m. 142 uyarınca yapılacak bir sermaye artırımı yoluyla ihdas edilir. İsviçre'de 2004 yılında yürürlüğe giren Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanun'un 13. maddesinden iktibas edilen TTK m. 146/f. 1/e hükmü uyarınca[64], birleşmeye katılan şirketlerce yapılan, yönetim organlarınca imzalanıp genel kurul tarafından onaylanması gereken birleşme sözleşmesinde, birleşme kapsamında devrolunan ortaklığın pay sahiplerince iktisap edilen devralan ortaklık paylarının, devralan veya yeni kurulan[65] şirketin bilanço kârına hak kazandığı tarih ve bu isteme ilişkin bütün özellikler belirlenmelidir[66]. Tarafların bu belirleme bakımın-

---

62 Bölünme işlemi bağlamında, söz konusu hak, TTK m. 160 hükmünün yollaması ile yine TTK m. 140 uyarınca tesis edilir ve korunur.

63 YÜKSEL Sinan, **Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Halka Açık Anonim Ortaklıkların Devralma Şeklinde Birleşmesi**, Doktora tezi Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, s. 129 vd., 237 vd.; İPEKEL KAYALI Ferna, **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler,** İstanbul 2014, s. 238 vd.

64 Söz konusu düzenleme hakkında detaylı bilgi için bkz. **YÜKSEL**, s. 65 vd.; **İPEKEL KAYALI,** s. 151 vd.

65 Yeni kurulan şirkette önceden ortak olmuş kişiler bulunmayacağından, kâra hak kazanma tarihinin belirlenmesinin gereksiz olduğuna işaret eden: **KENDİGELEN**, İlk Tespitler, s. 142.

66 2017/1132 sayılı AB Yönergesi m. 91/f. 2'de de devralan şirkette oluşturulan yeni payların pay sahiplerine kara katılma hakkı verdiği tarih ve bu hakka ilişkin diğer bütün özellikler, birleşme sözleşmesinin asgari içeriği arasında sayılmıştır.

dan geniş bir serbestiye sahip oldukları kabul edilmektedir[67]. Bu tarih, işlem yapıldığı esnada içinde bulunulan hesap döneminin başlangıç tarihi[68], birleşmenin tescil tarihi ya da takip eden hesap döneminin başı olarak belirlenebilir[69]. Kanımızca, birleşmenin tescilinden önceki hesap dönemlerinde doğmuş kârların da kapsama dahil edilmesi olanaklı görülmelidir. Burada birleşen ortaklıklara getirilen serbesti, kâr payının başlangıcı ile ilgili olarak birleşme sözleşmesinde yapılan belirlemenin, devrolunan ortaklığın paylarının edinilmesinde anahtar rolü oynayan değişim oranı ile de sıkı ilişki içerisinde olmasından kaynaklanır[70]. Buna göre, devrolunan ortaklığın pay sahiplerine tanınan kâr payı hakkının kapsamındaki genişleme veya daralma, aynı kişilere devralan ortaklıkta verilecek yeni payların miktarı hususundaki müzakerenin de bir parçası olacak[71], onunla korelasyon içerisinde bulunacaktır. Aynı düzenlemeye, TTK m. 167/f. 1/f hükmü uyarınca, bölünme sözleşmesinde de yer verilmesi zorunludur[72]. Kuşkusuz, hemen aşağıda incelediğimiz Sermaye Piyasası Kanunu m. 19/f. 3 hükmü uyarınca, halka açık anonim ortaklıkların birleşmesi ve bölünmesi bakımından bu türden bir serbesti söz konusu olmaz. Anılan hükmün yeni payların kâr payı hakkından yararlanmaya ilişkin olarak getirdiği düzenlemeden birleşme sözleşmesi ile sapılması olanaklı değildir. Nitekim, SPK'nın Birleşme ve Bölünme Tebliği'nde (II-23.2)[73] ve Tebliğ EK-3 ve EK-5'te belirlenen birleşme ve bölünme sözleşmelerinin asgari unsurları arasında, TTK m. 146/f. 1/e hükmünde belirtilen kârdan yararlanmanın başlangıcının belirlenmesine ilişkin düzenlemeye yer verilmemiştir.

Öte yandan, halka açık anonim ortaklıklar bakımından, Sermaye Piyasası Kanunu'nun ("SerPK") m. 19/f. 3 hükmü ile getirilen istisnanın üzerinde

---

67 AMSTUTZ Marc/MABILLARD Ramon, **Fusionsgesetz (FusG), Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003**, Basel 2008, Art. 13 n. 10.

68 **İPEKEL KAYALI**, s. 158.

69 **AMSTUTZ/MABILLARD,** Art. 13 n. 10.

70 **AMSTUTZ/MABILLARD,** Art. 13 n. 10.

71 Birleşme sözleşmesinin birleşen ortaklıklarca müzakere edilmesi ve değişim oranının bu müzakerenin bir parçası olması hakkında bkz. **YÜKSEL,** s. 70, 130.

72 Bu düzenleme ile, aşağıda (B) altında inceleyeceğimiz "kıst-el yevm"in uygulanıp uygulanmayacağının öngörüleceğini belirten **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU**), Ortaklıklar I, n. 166g.

73 RG. t. 28.12.2013, s. 28865

durmak gerekir. SerPK m. 19/f. 3 uyarınca "halka açık ortaklıklarda kâr payı, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın eşit olarak dağıtılır". Aşağıda[74] daha detaylı incelenecek olmakla beraber, anılan hüküm, yukarıda belirtilen kuralı tersine çevirerek istisnai bir düzenleme getirmiş; payın tescille doğması ilkesine ve kâr payının semere niteliğine bağlı sonuçlardan ayrılmıştır. Hüküm gerekçesinde, kâr payının ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın mevcut payların tümüne eşit olarak dağıtılacağının hükme bağlanması yönünde bir yeniliğe gidildiği, 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu ("mSerPK") m. 15/f. 3'de yer alan "dönem sonu" ifadesinin kaldırılmasıyla, paylarda eski-yeni ayrımının oluşmasının ve bu durumun neden olduğu yatırımcı mağduriyetlerinin engellenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Bu itibarla, yukarıda verdiğimiz örneğe[75] dönecek olursak, bir halka açık anonim ortaklıkta, 2019 yılında tescil edilen bir sermaye artırımı ile yaratılan yeni paylar, 2018 faaliyet yılına ilişkin bilançoda gözüken kârdan tümüyle yararlanacak; 2019 yılında yapılan kâr dağıtımı bakımından, dağıtım tarihinde mevcut esas veya -kayıtlı sermaye sisteminde- çıkarılmış sermayeyi oluşturan payların tümüne eşit olarak kâr payı ödenecektir. Söz konusu "eşit ödeme" esasının, esas sözleşmede kârda imtiyazlı payların öngörülmesi olasılığını ortadan kaldırmadığını; SerPK m. 19/f. 3 hükmünde bu durumun saklı tutulmamış olması noktasındaki eksikliğin, Sermaye Piyasası Kurulu'nca çıkarılan Kar Payı Tebliği'nin 5. maddesinin ilk fıkrası ile giderildiğini belirtmek gerekir.

Son olarak, iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımları ile çıkarılan bedelsiz (ödemesiz) payların kâr payından ne zamandan itibaren yararlanacaklarının tespiti bakımından herhangi bir sorunla karşılaşılmayacağını belirtmek gerekir. Zira, iç kaynaklardan sermaye artırımı, öz kaynak kalemlerinin yer değiştirmesinden ibaret olup, ortaklığın öz kaynağında herhangi bir değişim söz konusu olmaz[76]. Bu tür bir artırımda çıkarılan ödemesiz payların karşılığı olan malvarlığı ortaklıkta zaten mevcut olup, söz konusu malvarlığı, ilgili hesap döneminde karın elde edilmesinde etkili olmuş ve katkıda bulun-

---

74 Bkz. aşa. B.

75 Bkz. yuk. dn. 52 ile ilgili metin.

76 **MOROĞLU,** s. 195. **Tekinalp**'e göre, bu tür artırım, iç kaynakların pay bedelleri ile takası niteliğinde bir muhasebeleştirme işlemi olup nakdi niteliktedir: **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU**), Ortaklıklar II, n. 1384

muştur[77]. Bu itibarla, ödemesiz paylar, çıkarıldıkları hesap döneminde[78] ve önceki hesap dönemlerinde elde edilen kârlardan bütünüyle yararlanır.

B. Kâr Payının Hesaplanmasında Sermaye İçin Yapılan Ödemelerin Esas Alınması ve Zamana Göre Oranlama (Kıst-El Yevm) Kuralı

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, TTK m. 507 hükmü ve kâr payına ilişkin olarak öğretide yapılan vazgeçilemez veya alınamaz hak nitelendirmesi[79], her bir paysahibinin dağıtılmasına karar verilen net dönem kârına sahip olduğu paya oranla hak kazanacağı anlamına gelmez. TTK m. 508/f. 1 hükmü uyarınca, esas sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı müddetçe, kâr ve tasfiye payı, paysahibinin sermaye için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak tespit edilir. Buna göre, her bir paya isabet eden kâr payı, paysahibinin o paya ilişkin olarak itibari değere mahsuben yaptığı ödemeye oranlama yapılarak hesaplanır. Basit bir örnek vermek gerekirse; iki pay sahibi bulunan bir şirkette, pay sahiplerinden birisinin paylarının itibari değerleri toplamının tamamını, diğerinin dörtte birini ödemiş olması ihtimalinde, ikincinin, dağıtılmasına karar verilen kârdan yararlanma oranı dörtte birdir.

Buna göre, hiçbir ödeme yapılmamış paylara kâr payı ödenemeyeceği gibi, kâr payı hesaplanıp dağıtımına karar verilerek, kâr payı alacağı ile sermaye taahhüdünün takası suretiyle sermaye taahhüdünün ifası yoluna da gidilemez[80]. Diğer yandan, TTK m. 508/f. 1'in açık düzenlemesi gereği,

---

77 **MOROĞLU,** s. 283.

78 **MOROĞLU,** s. 283.

79 Bkz. yuk. dn. 25 vd. ile ilgili metinler.

80 **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 487. Sermaye borcunun ifası tahtında yapılan dörtte bir oranındaki ödemenin, payların tamamı için yapılan kısmi ödeme niteliğinde olabileceği gibi, toplam nakdi sermayenin dörtte birinin pay sahiplerinden birisi ya da bazılarınca ödenmesi, böylece bazı paylar için hiçbir ödeme yapılmadan kuruluşun veya sermaye artırımının tescilinin sağlanması söz konusu olabilir. Uygulamada, ikinci durumla sıklıkla karşılaşılmakta; kuruluş veya sermaye artırımı sorunsuz biçimde tescil edilmektedir. TTK m. 344 hükmünün bu şekilde uygulanması kanımızca tartışılması gereken bir durumdur. Öte yandan, TTK'da pay bedelinin en az tutarının ödenmediği bir ihtimale ilişkin düzenleme yapıldığını da anımsamak gerekir. TTK m. 435 uyarınca oy hakkı, payın kanunen veya esas sözleşme ile belirlenmiş en az miktarının ödenmesi ile doğar. Söz konusu hükmün hangi hallerde gündeme gelebileceği konusunda bkz. **KENDİGELEN,** İlk Tespitler, s. 336-337. **Tekinalp,** söz konusu hükmün kapsamına, rüçhan hakkının kullanılması ve payın en az tutarının ödenmesinden sonra, ancak sermaye artırımının tescilinden önce oy hakkının iç ilişkide doğması halinin de girdiği

esas sözleşmede kâr payının nominal sermayeye göre ödeneceğine dair bir hüküm öngörülmesi olanaklıdır[81]. Esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı halde, payın itibari değerine mahsuben yapılmış ödemelere göre değil itibari değere göre kâr dağıtımı yapılırsa, alınan genel kurul kararı eşit işlem ilkesine aykırılık nedeniyle iptal edilebilir nitelikte olur[82]. Bununla birlikte, TTK m. 512 uyarınca, haksız ve kötüniyetli olarak alınan kârın iadesi de gündeme gelebilir[83].

Yukarıda da değindiğimiz üzere[84], TTK m. 508/f. 1 hükmünde öngörülen kural, sermayenin işlevi ile yakından ilişkilidir. Şirket, kuruluşta ve sonrasında, sahip olduğu öz kaynağı kullanarak ticari faaliyetini başlatmasını ve sürdürmesini sağlayan yatırımları yapar[85]. Vurgulamak gerekir ki, şirkete nakdi sermaye olarak getirilen tutarlar daima harcanır, şirket kasasında saklanmaz[86]. Ancak, bu durum, şirket varlıklarının kökeninde şirkete konulan sermayenin yattığı gerçeğini değiştirmez. İşte bu nedenle, şirkette her zaman esas sermaye tutarında bir öz kaynağın bulunması zorunludur[87].

---

görüşündedir. Yazar, bu zaman zarfında toplanmış bir genel kurulda, pay taahhüdünde bulunan ve payın asgari tutarını ödeyen kişinin TTK m. 435 hükmü uyarınca oy hakkını kullanabileceğini ifade etmektedir: **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU**), Ortaklıklar I, n. 960a. Payın tescilden önce iç ilişkide dahi doğmadığı ve paydan doğan hakların kullanılamayacağı yönünde: **MOROĞLU,** s. 80 vd.

81 Ayrıca bkz. **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU**), Ortaklıklar I, n. 909; **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 156. Esas sözleşmede alternatif usul ve formüllere de yer verilebileceği; TTK m. 508 hükmünde gösterilen yöntemin dışında bir yöntem veya formüle yer verilmeksizin, genel kurula kâr payı hesabı konusunda takdir yetkisi veren bir düzenleme yapılmasının olanaklı bulunmadığını ifade eden: **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 487.

82 **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU**), Ortaklıklar I, n. 908; **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 485.

83 Hükmün kapsamına, kanuna ve esas sözleşmeye aykırı yapılan dağıtımların girdiği yönünde: **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 198.

84 Bkz. yuk. II-A.

85 Şirketler gereksinim duydukları fonları iki kaynaktan karşılarlar: öz (iç) kaynaklar ve yabancı (dış) kaynaklar. Kuruluşta öz kaynaklar, paysahiplerinin şirkete taahhüt ettikleri sermayeden ve öngörülmesi halinde primden (*agio*) oluşur; ileride sermaye artırımı yoluyla bu nitelikte yeni fonlar şirkete getirilebilir: KIRCA İsmail (ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal / MANAVGAT Çağlar), **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara, 2013, C. 1, s. 309. Prim de bilançonun pasif tarafında gösterilir. TTK m. 519/f. 2/a hükmü uyarınca, primin payların çıkarılma giderleri, itfa karşılıkları ve hayır amaçlı ödemeler için kullanılmayan kısmı genel kanuni yedek akçeye eklenir.

86 **KIRCA(ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT**), s. 309.

87 **KIRCA(ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT**), s. 309.

Buna göre, sermaye, hem şirket malvarlığının oluşturulması açısından başlangıç noktası, hem de şirketin sağlıklı bir mali yapıyı sürdürüp sürdürmediğinin tespiti konusunda bir ölçüt ve güvence işlevi görür[88]. Sermayenin şirketin malvarlığının oluşturulmasına yaptığı katkı, kârın doğumu için de deyim yerindeyse bir katalizör niteliğindedir. İşte sermayeye yüklenmiş bu işlevler, TTK m. 508/f. 1 hükmünün de öngörülme amacını teşkil eder. Paysahibi, şirkete ne miktarda sermaye ödemesi yapmış ise, kârın oluşmasına da aynı oranda destek olmuş demektir[89]. Böylece, TTK m. 508 hükmü ile, ödenmiş sermayenin kârın oluşumuna yaptığı katkı vurgulanmış; kanun koyucu kârın, pay sahiplerinin ortaklığa yaptıkları yatırımı ifade eden sermayenin işletilmesi sonucunda meydana geldiği varsayımı ile hareket etmiştir[90]. İşte bu nedenle, yukarıda da belirttiğimiz üzere, esas sözleşmede bu yönde bir düzenleme yer almamasına rağmen sermaye payını ödeyen ve ödemeyenler ya da farklı oranlarda ödemede bulunanlar arasında ayrım yapılmaksızın itibari değere göre kâr payı dağıtılmasının karara bağlanması, pay taahhüdünü (daha büyük oranda) ifa edenler aleyhine eşit işlem ilkesinin ihlali olarak kabul edilecektir[91]. Öte yandan, sermayenin gelir elde edilmesi bakımından katalizör etkisi olsa da örgütlü faaliyetin başarısı ve işletmenin verimliliğinin kârın oluşumundaki etkisi kuşkusuz yadsınamaz. Böyle bir durumda, kanun koyucunun TTK m. 508/f. 1 hükmünde öngördüğü kurgunun kendilerine uymadığını düşünen pay sahiplerinin, kuruluşta veya daha sonra esas sözleşme değişikliği ile, bu rejimin aksini öngören bir düzenleme getirmeleri olanaklıdır[92].

Ayrıca belirtelim ki belirli bir hesap döneminde artırılan sermaye kapsamında çıkarılan yeni payların primli (agio'lu) olması da yukarıda varılan sonuçları değiştirmez. Öğretide oybirliği ile kabul edildiği üzere, TTK m.

---

88 **KIRCA(ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT)**, s. 306 vd.

89 **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 480; BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, **Şirketler Hukuku,** Bursa 2013, s. 518. TTK m. 508 hükmüne paralel düzenleme içeren ETK m. 456 bağlamında: **KAYAR İsmail**, s. 465.

90 **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 518; **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 315, 487; **KAYAR,** s. 465.

91 **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar I, n. 908.

92 Bu durumda eşit işlem ilkesine uyulmasının zorunlu olduğunu belirten: **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar I, n. 908. Bu türden bir esas sözleşme değişikliğinin, değişikliği kabul etmeyen pay sahipleri bakımından eşit işlem ilkesini zedeleyebileceği ve bu durumun somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gerektiğini ileri süren: **CANÖZÜ,** s. 110.

508 anlamında "sermaye payı için yapılan ödemeler" ifadesi primi (agio'yu) kapsamaz; kuralın aksi esas sözleşmede öngörülebilir[93]. Buna göre; kâr dağıtımına karar verildiğinde, pay başına düşen kârın hesaplanmasında sadece itibari değere mahsuben yapılmış ödemeler esas alınır. Pay bedelinin itibari değeri aşan kısmı olarak şirkete ödenmesine rağmen, prim hesaplamaya dahil edilmez[94]. Buna göre, prim TTK m. 344'ye uygun olarak tescilden önce tümüyle ödenmiş; ancak, asgari ödeme yükümlülüğü çerçevesinde, payın itibari değerinin bir kısmı ödenmişse, itibari değere ilişkin olarak yapılan kısmi ödemeye oranla kâr payına hak kazanılır. Bu esaslar çerçevesinde, payların primli olarak çıkarılmaları, TTK m. 508/f. 1 hükmüne istisna getirildiğini göstermez.

Aksine esas sözleşmede düzenleme bulunmadığı müddetçe TTK m. 508/f. 1 uyarınca kâr payının hesaplanmasında ödenmiş sermayenin esas alınması zorunluluğu, pay sahiplerince yapılan bu ödemelerin faaliyete ve dönem kârına yaptığı katkının esas alınmasına dayandığına göre, anılan katkının şirkete getirilme zamanının önemli olup olmadığı üzerinde de durulmalıdır.

ETK döneminde, sermayeye mahsuben ara ödemeler yapılmış ise, ödeme tarihlerinin esas alınacağı ve kâr payları hesaplanırken zamana oranla hesaplama (kıst-el yevm, *pro rata temporis*) kuralının uygulanacağı kabul edilmekteydi[95]. Kıst-el yevm'in sözlük anlamı "çalışılmayan günler için

---

93 **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar I, n. 910; **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 486. İsviçre Hukukunda, aynı doğrultudaki İsviçre Borçlar Kanunu m. 661 bağlamında örnek olarak bkz. CHENAUX, CR-CO II, art. 661, n. 14.

94 Bu durumun nedeni, TTK rejiminde payların itibari değeri için yapılan ödemeler ile primin farklı işleve sahip ve farklı kurallara tabi olmasıdır. Prim (agio) TTK m. 519/f. 2/a hükmü uyarınca genel kanuni yedek akçenin bir kaynağı olup, bu hesaba aktarılması zorunludur. Aynı hükmün, 3. fıkrası uyarınca, genel kanuni yedek akçe sermayenin yarısını aştığı takdirde aşan kısım serbest yedek akçe teşkil eder ve TTK m. 509/f. 2 uyarınca kâr olarak dağıtılabilir. O halde, genel kanuni yedek akçe prim ile oluşmuş olsa dahi, genel kanuni yedek akçenin sermayenin yarısını aşan kısmının içerisine girdiği ölçüde kâr dağıtımında kullanılabilir. Bu nedenle, prim, şirketteki varlığını sermayeye eş düzey bir koruma ile sürdürmez. Sermayenin iadesi TTK m. 480 kapsamında kesin bir yasağa tabi iken, primi de içeren genel kanuni yedek akçenin kâr dağıtımında kullanılabilmesi, primin şirkete ve faaliyetine devamlı biçimde özgülenmediğini gösterir. İşte bu nedenle, primin sermaye ile işlev yönünden eş tutulması olanaklı değildir. Bu konuda bkz. **YANLI,** Kâr Dağıtımı, **s. 13-14; GÜRBÜZ USLUEL,** s. 46 vd.

95 **TEKİNALP(POROY/ ÇAMOĞLU),** (2010), n. 913; **İMREGÜN,** Kâr Payı, s. 432; **KAYAR**, s. 465.

ücret/maaş ödenmez" olup[96], ödenmiş sermayeye göre yapılan kâr payı hesaplaması esnasında ödeme tarihinin de esas alınması gerektiğini ve ilgili paylara pay sahibinin sermaye için ödeme yaptığı günden itibaren kâr payı ödeneceğini ifade eder[97].

TTK döneminde de öğretide zamana göre oranlama / kıst-el yevm kuralının uygulanması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir[98]. ***Üçışık/Çelik***'e göre[99]; TTK m. 508/f. 1 ışığında, cari hesap döneminde doğmuş yeni paylar, geçmiş hesap döneminin kârının meydana gelmesinde etkili olmadığından, söz konusu hesap döneminin dağıtılmasına karar verilmiş kârından pay alamazlar. Yazarlar, belirli bir hesap döneminde dış kaynaklardan sermaye artırımı yoluyla doğmuş yeni paylara, o döneme ait dağıtılmasına karar verilmiş kârın tamamına üzerinden değil, yeni payların doğum tarihinden hesap döneminin sonuna dek geçen sürenin hesap döneminin tamamına olan oranı üzerinden kâr payı verilmesi gerektiğini ifade etmektedirler[100]. ***Gürbüz Usluel*** de TTK m. 508/f. 1 hükmü düzenlemesine nazaran, pay bedellerine karşılık yapılan ara ödemeler söz konusu olduğunda, ara ödeme tarihlerinin kâr payının hesaplanmasında esas alınacağını, böylece kıst-el yevm kuralının uygulanacağını ileri sürmüştür[101]. Yazara göre, esas sözleşmeye konulacak bir hüküm ile sermaye için yapılan ödemelerin tarih ve oranı dikkate alınmaksızın tüm paylara eşit kâr payı ödenebilir[102]. ***Yanlı***'ya göre, bir şirkette sermaye artırımı yapılmış ve o faaliyet yılı içerisinde yeni paylar çıkarılmışsa, bu paylar söz konusu yılın kârına, bu payların bedellerinin (sermaye borcu) şirkete ödendiği sürenin faaliyet süresine orantısına göre katılma hakkına sahip olurlar[103].

Öğretide, zamana göre oranlama / kıst-el yevm kuralının uygulanmaya-

---

96 **ÜÇIŞIK/ÇELİK,** kavramı "maaş ve diğer ödemelerde de gün kıstas alınarak yapılan ödemedir" şeklinde tanımlamaktadır (s. 314, dn. 858).

97 **TEKİNALP(POROY/ ÇAMOĞLU),** Ortaklıklar I, n. 911.

98 **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 314-315; **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 156

99 **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 314-315.

100 **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 315, 480-481.

101 **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 156.

102 **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 156-157.

103 YANLI Veliye, "Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkındaki Düzenleme", **Yeni Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mezuatın Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi Sempozyum Kitabı,** İstanbul 2014, s. 28.

cağını ileri süren yazarlar da vardır. ***Tekinalp***'e göre, TTK m. 508 uyarınca kâr payının hesaplanmasında pay bedeli için yapılan ödemelerin esas sözleşmeyle kabul edildiği hallerde, yararlanma tarihi esas sözleşmede hüküm varsa dikkate alınabilir[104]. Yazar, kıst-el yevm kuralı hakkında TTK'da bir hüküm bulunmadığı için, kuralın esas sözleşme düzenlenmesinin mümkün olduğu görüşünde olduğunu ifade etmiştir[105]. ***Paslı/Veziroğlu*** da, kapalı anonim ortaklıklar bakımından tartışmaya açık olmakla beraber, kâr payının hesaplanmasında kıst-el yevm kuralının uygulanmayacağını; kâr payının hesap dönemi sonu itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın dağıtılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir[106]. Yazarlar, SerPK m. 19/f. 3 ile SPK'nın Kar Payı Tebliği'nin m. 5/f. 1 hükümlerinin, kapalı anonim ortaklıklarda cari bir kurala istisna getirmediğini; SerPK'da böyle bir kuralın yer almasının, TTK'da farklı bir anlayışın kabulü ve bu bağlamda kâr payı ödemesinin paya sahip olma dönemine/zaman sürecine göre yapılacağı anlamına gelmediğini; SerPK'da yer alan hükmün sermaye piyasalarının açıklık gereksiniminden ve borsa sisteminin aksi uygulamaya müsait olmamasından kaynaklandığını ifade etmişlerdir[107].

---

104 **TEKİNALP(POROY/ ÇAMOĞLU),** Ortaklıklar I, n. 911. Yazarın, ETK'nın yürürlüğü döneminde, TTK'ya paralel düzenlemeler ışığında kıst-el yevm kuralının uygulama alanı bulacağı görüşünde olduğuna işaret edelim: **TEKİNALP(POROY/ ÇAMOĞLU),** Ortaklıklar 2010, n. 913. Yazara göre, hesaplamanın zamana göre oranlama kuralı uygulanarak yapılabilmesi için sermaye borcunun ödenmesine yönelik olarak çağrı (apel) yapılmış olmalıdır. Apel yapılmamışsa, kardan yararlanmayı ödeme tarihinden başlatmak, kendisine ödeme fırsatı verilmemiş pay sahipleri bakımından eşit işlem ilkesine aykırı olur.

105 **TEKİNALP(POROY/ ÇAMOĞLU),** Ortaklıklar I, n. 911. Yazar, 2015 yılında basılan bir diğer eserinde, SerPK m. 19/f. 3 hükmü ile, halka açık şirketlerin "kâr dağıtımında sermayenin çalışmadığı günler için kâr verilmemesi (kıst-el-yevm) esasının kesin olarak yasaklandığı" ve bu durumun "hem eşitlik ilkesi hem de borsada farklı fiyat oluşmaması politikasının doğruluğu noktasında tartışılabileceği" görüşünde olduğunu ifade etmiş; kanımızca SerPK düzenlemesinin yerindeliğinden kuşku duyduğunu ortaya koymuştur: **TEKİNALP,** Sermaye Ortaklıkları, n. 14-35d.

106 **PASLI/VEZİROĞLU**, s. 269. Yazarların, sermaye artırımı sonucunda ihraç edilen yeni payların kâr payına hak kazanması meselesinden çok, payın devri halinde kâr payının kime ait olduğu meselesini ele aldıkları anlaşılmaktadır. Ancak, kıst-el yevm kuralının, devren iktisap edilen paylara ödenecek kâr payı ile ilgisi bulunmamaktadır. Pay devren iktisap edildiğinde, eski pay sahibinin devir sonrasında yapılan kâr dağıtımında, devrettiği paylara isabet eden kâr payını talep edip edemeyeceği meselesi kıst-el yevm kuralının değil, paydan doğan hakların kime ait olduğu ve kim tarafından kullanılacağı sorunsalı ile ilgilidir.

107 **PASLI/VEZİROĞLU**, s. 269, dn. 29.

Kanımızca, gerek mevcut paylara, gerek sermaye artırımı ile yaratılan yeni paylara ödenecek kâr payının hesaplanmasında, zamana göre oranlama / kıst-el yevm esasının uygulanacağını kabul etmek gerekir. Buna göre, yeni çıkarılan paylar yıllık kârdan tümüyle değil, sermaye artırımının tescilinden itibaren kâr dağıtımına temel teşkil eden finansal tabloların kapsadığı faaliyet yılı sonuna kadar geçen sürenin faaliyet yılına oranı ölçüsünde yararlanabilir. Bu ihtibarla, zamana göre oranlama/kıst-el yevm kuralının uygulanmayacağına ilişkin görüşlere aşağıdaki sebeplerle katılamıyoruz.

Öncelikle, zamana göre oranlama hakkında kanunda düzenleme bulunmadığı yönündeki görüşe[108] iştirak edemediğimizi belirtmemiz gerekir. Zira, söz konusu hesaplama tarzı, ödenmiş sermayenin esas alınmasına ilişkin TTK m. 508/f. 1 hükmünün mantıksal bir sonucu, hükmün yorum yolu ile ulaşılan anlamının bir parçası görülmelidir. Gerçekten, kâr dağıtımında sermaye için yapılan ödemelerin zamanının esas alınması, aksi kararlaştırılmadıkça pay bedeli için yapılan ödemelerin zorunlu olarak dikkate alınacağını düzenleyen TTK m. 508/f. 1 hükmünün gereğidir. Zira, yukarıda yaptığımız tüm açıklamalar doğrultusunda, anılan hüküm, ödenmiş sermayenin belirli bir hesap döneminde kâra olan katkısını esas almakta ve kâr payının şirkete getirilen sermayenin semeresi niteliğinde olduğu anlayışını yansıtmaktadır. O halde, bu katkının ne zaman şirkete getirildiği de eşit derecede önem arz etmektedir. Bu itibarla, zamana göre oranlama / kıst-el yevm uygulanabilmesi için esas sözleşmede herhangi bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğundan söz edilememelidir.

İkinci olarak, SerPK m. 19/f. 3 hükmünün doğrudan amacının, kapalı anonim ortaklıklarda cari olan zamana göre oranlama kuralının, halka açık anonim ortaklıklarda uygulanmasının önüne geçmek olduğu görüşündeyiz. Anılan hüküm, mSerPK m. 15/f. 3 hükmünün tek bir değişiklik ile tekrarı niteliğindedir. SerPK m. 19/f. 3 uyarınca "*Halka açık ortaklıklarda kâr payı, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın eşit olarak dağıtılır*". Bu hüküm, tıpkı mSerPK m. 15/f. 3 hükmünde olduğu gibi kıst el yevm kuralının uygulanmaması sonucunu doğuran bir istisnai hüküm olarak nitelendirilmektedir[109]. Halka açık anonim ortaklıklar bakımından böyle bir düzenleme öngörülmesine, TTK rejimine bir istisna ge-

---

108 **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar I, n. 911.

109 ETK bağlamında bkz. **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar 2010, n. 913a. (paragraf başlığı "*kıst-el-yevm kuralının reddi*"). **TEKİL**, s. 387. TTK bağlamında bkz. **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar I, n. 911 ("*kıst-el-yevm kuralı reddedilmiştir*"); **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 157.

tirilmek istenmesi dışında bir anlam verilmesi kanımızca olanaklı değildir[110]. Nitekim, mSerPK m. 15/f. 3hükmünün gerekçesi aynen şöyledir:

> *"Kanunun 15 inci maddesinin başlığı, içeriğine uygun olarak değiştirilmiş, eklenen fıkralarla, hisse senetlerine isabet eden kâr payından yararlanma tarihinin yarattığı fiyat farklılıklarının, borsada eski ve yeni hisse senedi oluşmasına yol açması önlenmek istenmiş ve eski ile yeni hisse senetlerine aynı oranda kâr payı dağıtılarak borsa işlemlerine ve yatırımcılara kolaylık getirilmesi amaçlanmıştır. Uygulamada, madde kapsamına giren anonim ortaklıkların Türk Ticaret Kanununun 456 ncı maddesine dayanılarak yapılan yorum nedeniyle farklı kâr payı hesap yöntemleri kullanılması, yeknesaklığı ortadan kaldırılmış olup şikayetlere yol açtığından, söz konusu değişiklik yapılmıştır"*.

ETK m. 456 hükmünün, TTK m. 508/f. 1 hükmü ile ayniyet taşıdığını bir kez daha bu vesile ile tekrar etmekte fayda vardır. ETK m. 456 hükmü ile TTK m. 508 hükmünün farklı şekillerde yorumlanmasına yol açacak mantıklı bir gerekçe bulunamayacağı düşüncesindeyiz. Ayrıca, SerPK m. 19/f. 3 uyarınca, bir halka açık şirkette örneğin 2019 yılının Mart ayında 2018 yılının kârı dağıtılırken, 2019 yılı Şubat ayında yapılan sermaye artırımı ile ihraç edilen paylar da 2018 kârından tam olarak yararlanacaktır. Oysa, mSerPK m. 15/f. 3 uyarınca, "*hesap dönemi sonu itibariyle mevcut payların tümüne*" kâr payı ödemesi yapılabilmekteydi. Örneğe dönecek olursak, mSerPK m. 15/f. 3 dairesinde, 2019 Şubat ayında ihraç edilen yeni paylar 2018 kârına hak kazanamayacaklardı. Ancak, SerPK m. 19/f. 3 hükmünde "*hesap dönemi sonu itibariyle mevcut payların tümüne*" ifadesi yerine "*dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne*" ifadesi benimsendiğinden, örnekte anılan yeni paylara diğer paylarla eşit kâr payı ödenmesi zorunludur. Bu itibarla, SerPK m. 19/f. 3 hükmü ile getirilen düzenlemenin, Borsanın işleyişinin eski-yeni paylarla sekteye uğramaması ve yatırımcı mağduriyetinin engellenmesi amacıyla[111], yukarıda (II-A) altında ortaya koyduğumuz

---

110 Halka açık olmayan şirketler açısından düzenleme bulunmamasının kıst-el yevm kuralının kabul edildiği şeklinde yorumlanamayacağı, SerPK m. 19/f. 3'teki özel düzenlemenin getirilme amacının sermaye piyasalarının gerektirdiği açıklığı sağlayabilmek olduğu yönünde bkz. **PASLI/VEZİROĞLU**, s. 269.

111 Hükmün gerekçesi aynen şöyledir: "Getirilen bir diğer yenilik ise kâr payının ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın mevcut payların tümüne eşit olarak dağıtılacağının hük-

payın tescille doğumu ve kâr payının yatırımın (sermayenin) semeresi olarak işletildiği dönemin kârından yararlanacağı yönündeki temel esası, daha katı bir biçimde yeni paylar lehine ve istisnai olarak değiştirdiği sonucuna varmak kaçınılmazdır. Buna göre, sermaye piyasası hukukunun tarihsel gelişimini ve SerPK'da kar payına hak kazanılması ve kar payının hesaplanmasına ilişkin düzenlemelerin değişim serüvenini göz önünde tutarak, bunların ETK ve TTK rejimlerinde benimsenen sistemin açıkça aksinin öngörülmesi amacıyla kaleme alındıkları ve yine bu perspektifte evrimleştikleri sonucuna varıyoruz.

Öte yandan, nakit kâr payı dağıtmak yerine, yıllık kârın öz kaynakların güçlendirilmesi amacıyla ortaklık bünyesinde tutulması ve sermayeye eklenmesi suretiyle bedelsiz pay verilmesi söz konusu olabilir. Öğretinin bir kısmı tarafından, özellikle halka açık anonim ortaklıklarda büyük uygulama alanı bulan bu işlem bir tür kâr dağıtımı olarak görülmektedir. Gerçekten, bazı yazarlara göre, yıllık karın nakden dağıtılmayıp iç kaynaklardan sermaye artırımına konu edilmesi ve paysahiplerine bedelsiz (ödemesiz) pay verilmesi, kâr payının pay (senedi) olarak dağıtılmasıdır[112]. Kimi yazarlar ise, bu işlemi nakit dışı bir değerle kâr dağıtımı olarak nitelendirmektedirler[113]. Halka açık anonim ortaklıklarda, yıllık karın ortaklara dağıtılmayarak iç kaynaklardan sermaye artırımında kullanılması, SerPK m. 19-20 hükümlerine dayanılarak çıkarılan Kâr Payı Tebliği'nde açıkça düzenlenmiştir. Tebliğ m. 7/2 hükmü uyarınca bu imkan payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıklara tanınmamıştır. Söz konusu hükmün karşıt anlamı[114] ile Kâr Payı Tebliği'ne dayanılarak çıkartılan Kar Dağıtım Rehberi'nin A.3 numaralı paragrafında yer alan "*Kâr dağıtım politikasında, kâr payının nakit ve/veya bedelsiz olarak dağıtılacağı hususunda da bilgi yer alır*" ve C.11 numaralı

---

me bağlanması olup, "dönem sonu" ifadesinin kaldırılmasıyla paylarda eski-yeni ayrımının oluşmasının ve bu durumun neden olduğu yatırımcı mağduriyetlerinin engellenmesi amaçlanmıştır".

112 **İMREGÜN**, Kâr Payı, s. 434; **KAYAR,** s. 472 vd. Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesi uyarınca, vergilendirme bakımından, yıllık karın sermayeye eklenmesi kâr dağıtımı sayılmaz. Bkz. **ATEŞAĞAOĞLU**, s. 214 vd.

113 **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 49; yazar ayrıca "hisse kar dağıtımı" kavramını da kullanmaktadır (s. 229 vd.). Aynı kavramı kullanan: **MANAVGAT,** s. 504. Bu türden bir iç kaynaklardan sermaye artırımını, tahakkuk eden kârın paysahiplerinden geri alınması olarak ya da aynı dağıtım olarak nitelendiren: **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 442.

114 **MOROĞLU,** s. 240.

paragrafındaki "*Hesaplamalar sonucunda bulunan birinci kâr payı tutarının ne kadarının nakit ne kadarının ise pay olarak dağıtılacağı yine bu bölümde belirtilecektir*" şeklindeki düzenlemelerden hareketle[115], payları borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıkların nakit kâr payı dağıtımı yerine bedelsiz (ödemesiz) paylar vermek amacıyla yıllık karını iç kaynaklardan sermaye artırımında kullanabilmesinin yasal dayanağı ortaya koyulmaktadır. Öğreti, kapalı anonim ortaklıklar bakımından da bu işlemin uygulanabilir olduğu görüşündedir[116].

TTK m. 462/3 uyarınca, iç kaynaklardan sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin tescili anında, mevcut pay sahipleri mevcut paylarının sermayeye oranına göre bedelsiz payları kendiliğinden iktisap ederler. Ayrıca, hüküm, ödemesiz paylar üzerindeki hakkın kaldırılamayacağı, sınırlanamayacağı ve bu haktan vazgeçilemeyeceğini öngörmektedir. Buna göre, ödemesiz paylara, mevcut payların itibari değerleri esas alınmak suretiyle hak kazanılır[117]. Pay bedeli için yapılan ödemelerin, esas sözleşmeye konulacak bir hükümle dahi, iç kaynaklardan sermaye artırımında çıkarılan ödemesiz paylara hak kazanılması bakımından esas alınması olanaklı değildir.

Hem kapalı hem de payları borsada işlem gören anonim ortaklıklar bakımından, kâr payının "pay olarak" dağıtılabileceği, diğer bir anlatımla, yıllık kârın doğrudan iç kaynaklardan sermaye artırımında kullanılabileceği kabul edildiğine göre, TTK m. 462/3 hükmü uyarınca itibari değerin esas alınması, kâr payının hesaplanmasında zamana göre hesaplama (kıst-el yevm) kuralının reddi için gerekçe oluşturur mu?

Kanımızca, bu soru olumsuz yanıtlanmalıdır. Her ne kadar, yıllık kârın dağıtılmayarak sermayeye eklenmesi işlemi, öğretide "kâr payının ortaklık payı olarak dağıtılması" olarak nitelendirilse de, söz konusu işlemin teknik olarak kâr dağıtımı değil, bir iç kaynaklardan sermaye artırım yöntemi olduğu göz önünde tutulmalıdır. Kâr payının nakden dağıtılmasında sermaye için yapılan ödemelerin esas alınmasının, TTK m. 508/f. 1 uyarınca aksine esas

---

115 Ayrıca bkz. **MANAVGAT,** s. 504-505; **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 229.

116 **MOROĞLU,** s. 233 vd.; **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 49; **ÜÇIŞIK/ÇELİK**, s. 442. Son olarak anılan yazarlar, TTK düzenlemelerinin tamamen "nakit kâr payı" varsayımı üzerine kurulu olduğunu ifade etmektedirler (s. 511). ETK. bağlamında bkz. **KAYAR,** s. 473; aksi görüşte **AYTAÇ,** s. 49.

117 **MOROĞLU,** s 276.

sözleşmede bir düzenleme yapılmamış olduğu takdirde zorunlu bulunduğunun altını defalarca çizmiştik. Bu düzenlemeye aykırı olarak yapılan kâr dağıtımının eşit işlem ilkesini ihlal edeceğini ve kararın iptal edilebilir nitelikte olduğuna da yine yukarıda değinmiştik. Buna karşın, iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımı, karşılığını yıllık kârın dağıtılabilir kısmı[118] dahi oluştursa, TTK m. 462/3 hükmüne aykırı olarak gerçekleştirilemez. Artırımın tescil edildiği tarihte mevcut bulunan tüm paylar, bedellerinin tümüyle ödenip ödenmediğine ve ne zaman ödendiğine bakılmaksızın oransal olarak sermaye artırımından yararlanır. Kaldı ki, ortaklıkta TTK m. 478/f. 2 hükmü uyarınca karda imtiyazlı paylar bulunabilir[119]. Böyle bir durumda, kârda imtiyazlı paylar da diğer paylara nazaran hiçbir ayrıcalığa sahip olmaksızın iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımından yararlanır. Aksi, TTK m. 462/f. 3 hükmüne aykırı olarak âdi payların ödemesiz paylardan yararlanma hakkını kısıtlar; vazgeçilemez hakkı ihlal eder. Bu itibarla, yıllık kârın sermayeye eklenmesi bakımından uygulama alanı bulan ve TTK m. 462/f. 3'de öngörülen mutlak oransallık kuralının, TTK m. 508/f. 1'in zamana oranla kâr payı hesaplaması yapılmasını gerektirdiği yönündeki yoruma karşı bir argüman olarak ileri sürülemeyeceği düşüncesindeyiz.

Son olarak, uygulamada, payların primli çıkarılmalarının, zamana göre oranlama yapılmaması için bir gerekçe oluşturduğu ve bu nedenle ödeme zamanına bakılmaksızın sadece sermaye için yapılan ödemelere oranla kâr payı hesaplaması yapılması gerektiği yönünde uyuşmazlıklarla karşılaşılmaktadır. Yukarıda da açıkladığımız üzere[120], yeni payların primli çıkartılmaları, zamana oranla hesaplama esasının terk edildiği şeklinde de yorumlanamaz. Aksi esas sözleşmede öngörülmedikçe, primin kâr payının hesaplanma yöntemi ile hiçbir bağlantısı yoktur.

SONUÇ

Bu çalışmada TTK'nın kâr payına ilişkin düzenlemeler ışığında tartışma konusu olan iki sorunun cevabı incelenmiştir. Bunlar, sermaye artırımı ile çıkartılan yeni payların hangi zamandan itibaren kâr payı hakkından yararlanmaya başlayacağı ve bu paylara ilişkin olarak sermayeye mahsuben

---

118 **MOROĞLU**, s. 232.

119 Kâr payı imtiyazının tanınma yöntemleri için bkz. **GÜRBÜZ USLUEL,** s. 166 vd.

120 Bkz. yuk. dn. 6, 93 ve 94 ile ilgili metin.

yapılan ödemelerin zamanının kâr payının hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağı, diğer bir anlatımla, kıst-el yevm kuralının uygulanıp uygulanmayacağıdır.

İç kaynaklardan yapılan sermaye artırımı ile ihraç edilen yeni bedelsiz (ödemesiz) paylar bakımından bu sorunlar gündeme gelmez. Zira, bu türden bir artırım öz kaynak kalemlerinin yer değiştirmesinden ibaret olup çıkarılan ödemesiz payların karşılığı olan malvarlığı ortaklıkta hâli hazırda mevcuttur. Başka bir deyişle söz konusu malvarlığı, ilgili hesap döneminde karın elde edilmesinde etkili olmuş ve katkıda bulunmuştur. Söz konusu paylar, çıkarılma zamanına bakılmaksızın ortaklığın geçmiş, mevcut ve gelecekteki kârlarından yararlandırılır.

Sermaye taahhüdü yoluyla dış kaynaklardan yapılan artırımlarda ise anılan iki sorunun yanıtlanması gerekir.

Dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımı ile yaratılan yeni paylar artırımın tescili anından itibaren kârdan yararlandırılır. Gerçekten, yıllık kârın yıllık bilançoya göre belirlenmesi zorunluluğu ve kâr payının pay sahiplerinin yatırımının semeresi olduğu dikkate alındığında, genel kurulun kâr dağıtımına temel teşkil eden bilançoda gözüken sermayeyi meydana getiren, diğer bir anlatımla, yıllık bilançonun ait olduğu faaliyet yılı içerisinde mevcut bulunan payların kâr payı hakkından yararlanması gerekir. Bu durum, TTK m. 508/f. 1 hükmü doğrultusunda esas sözleşme ile değiştirilebilir ancak genel kurul kararıyla değiştirilemez. SerPK m. 19/f. 3 halka açık anonim şirketler için istisnai bir düzenleme getirmiş; payın tescille doğması ilkesi ve kâr payının semere niteliğine bağlı sonuçlar ayrılmıştır.

İkinci nokta ise kâr payının hesaplanmasında zamana göre oranlama (kıst-el-yevm) kuralının uygulanıp uygulanmayacağı sorunudur. Kıst-el yevm'in sözlük anlamı "çalışılmayan günler için ücret/maaş ödenmez" olup, ödenmiş sermayeye göre yapılan kâr payı hesaplaması esnasında ödeme tarihinin de esas alınması gerektiğini ve ilgili paylara pay sahibinin sermaye için ödeme yaptığı günden itibaren kâr payı ödenmesini ifade eder. Buna göre, yeni çıkarılan paylar yıllık kârdan tümüyle değil, sermaye artırımının tescilinden itibaren kâr dağıtımına temel teşkil eden finansal tabloların kapsadığı faaliyet yılı sonuna kadar geçen sürenin faaliyet yılına oranı ölçüsünde yararlanabilir.

SerPK m. 19/f. 3 bu konuda da halka açık şirketler için ödemenin eşit

yapılacağı yönünde bir kural getirmiştir. Kapalı şirketler için ise ETK'nın yürürlüğü döneminde kıst-el-yevm kuralının uygulanacağı kabul edilmekteydi. Ancak, TTK döneminde öğretide bu konuda görüş ayrılıklarının ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Biz başlıca iki sebeple TTK rejiminde de kıst-el-yevm kuralının uygulanması gerektiğini düşünüyoruz.

İlk olarak, bu kural TK m. 508/f. 1 hükmünün yorumundan çıkan doğal bir sonuç olarak görülmelidir. TTK m. 508/f. 1 hükmü uyarınca, esas sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı müddetçe, kâr ve tasfiye payı, paysahibinin sermaye için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak tespit edilir. Görüldüğü üzere kanunda pay sahibinin, şirkete ne miktarda sermaye ödemesi yapmış ise, kârın oluşmasına da aynı oranda destek olduğu varsayımından yola çıkılmıştır. Bu nedenle, esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe sermaye payını ödeyen ve ödemeyenler ya da farklı oranlarda ya da farklı zamanlarda ödemede bulunanlar arasında ayrım yapılmaksızın itibari değere göre kâr payı dağıtılmasının karara bağlanması, pay taahhüdünü (daha büyük oranda veya daha önce) ifa edenler aleyhine eşit işlem ilkesinin ihlali olarak kabul edilmelidir.

İkinci olarak SerPK m. 19/f. 3 hükmünün doğrudan amacı, kapalı anonim ortaklıklarda cari olan zamana göre oranlama kuralının, halka açık anonim ortaklıklarda uygulanmasının önüne geçmek olup hükme bunun dışında bir anlam verilmesi kanımızca olanaklı değildir. SerPK m. 19/f. 3 hükmü ile getirilen düzenlemenin, Borsanın işleyişinin eski-yeni paylarla sekteye uğramaması ve yatırımcı mağduriyetinin engellenmesi amacını taşıdığı ve bu amaçla payın tescille doğumu ve kâr payının yatırımın (sermayenin) semeresi olarak işletildiği dönemin kârından yararlanacağı yönündeki temel esası yeni paylar lehine ve istisnai olarak değiştirdiği sonucuna varmak kaçınılmazdır.

KAYNAKÇA

AMSTUTZ Marc/MABILLARD Ramon, **Fusionsgesetz (FusG), Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003**, Basel 2008.

ATEŞAĞAOĞLU Erdem, **Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı**, İstanbul 2012

AYOĞLU Tolga, **Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri**, İstanbul 2008.

AYDOĞAN Fatih, "Anonim Şirketlerlerde Kâr Payının Ödenmesine Mahkemece Karar Verilip Verilemeyeceği Sorunu", **Yürürlüğünün 5. Yılında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar) – 20 Ekim 2017**, İstanbul 2018

BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, **Şirketler Hukuku,** Bursa 2013.

BİRSEL Mahmut, **Yargıtay Kararlarının Işığı Altında Şirket Kârı Konusunda Anonim Şirket ile Paysahibi Arasındaki Menfaat Çatışması**, Ankara1971.

CANÖZÜ Salih, **Anonim Şirketlerde Kar Payının Tespiti ve Dağıtılması**, Ankara 2016.

CHENAUX Jean-Luc**, Commentaire Romand CO II**, Tercier-Amstutz (Ed.), Basel 2017.

CRAMER Conradin, **Zürcher Kommentar (ZK) – Die Aktiengesellschaft**, Zurich 2016.

GÜRBÜZ USLUEL Aslı, **Anonim Şirketlerde Paysahibinin Kar Payı Alma Hakkı**, Ankara 2016.

İMREGÜN Oğuz, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı,** İstanbul 2002 (Anılış: "Kâr Payı").

İMREGÜN Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, İstanbul 1989.

İPEKEL KAYALI Ferna, **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler,** İstanbul 2014.

İstanbul Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin Kararları (2014)**, İstanbul 2018.

KARAYALÇIN Yaşar, **Muhasebe Hukuku**, Ankara 1988.

KAYAR İsmail, "Hisse Senedi Yatırımcısını Korunması Açısından HAAO'larda Kar Dağıtımı", **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan**, İstanbul 2003.

KENDİGELEN Abuzer**, Türk Ticaret Kanunu, Yenilikler, Değişiklikler ve İlk Tespitler**, İstanbul 2012 (Anılış: "İlk Tespitler").

KENDİGELEN Abuzer, **Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı**, İstanbul, 1994 (Anılış: "İntifa Hakkı").

KIRCA İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal / MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara 2013.

MANAVGAT Çağlar, **Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz**, Ankara 2016

MOROĞLU Erdoğan, **Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı**, 4. b., İstanbul 2018.

PASLI Ali / VEZİROĞLU Cem, "Hedef Anonim Ortaklığın Kâr Dağıtımı ve Bu Yöndeki Taahhüdü Finansal Yardım Yasağını (TTK 380/1) İhlal Eder Mi?", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 76, S. 1 (2018), s. 257-275.

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası,** İstanbul 2019 (Anılış: "Ortaklıklar I").

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış 13. Bası,** İstanbul 2017 (Anılış: "Ortaklıklar II").

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul 2010 (Anılış: "Ortaklıklar 2010").

TEKİL Fahiman, **Şirketler Hukuku, Anonim Şirketler**, İstanbul 1998.

TEKİNALP Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. b., İstanbul 2015 (Anılış: "Sermaye Ortaklıkları").

TEKİNALP Ünal, **Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri**, İstanbul 1979.

ÜÇIŞIK Güzin / ÇELİK Aydın, **Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar, Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı**, İstanbul 2018.

YANLI Veliye, "Kâr Payı Avans Dağıtımı Hakkındaki Düzenleme", **Yeni Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mezuatın Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi Sempozyum Kitabı,** İstanbul 2014.

YANLI Veliye, "Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kar Dağıtımı", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXX, S. 1 (2014), s. 5-32 (Anılış: "Kâr Dağıtımı").

YÜKSEL Sinan, **Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Halka Açık Anonim Ortaklıkların Devralma Şeklinde Birleşmesi**, Doktora tezi Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012.

KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ BAĞLAMINDA HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLARAK VERİ SAHİBİNİN RIZASI

Arş. Gör. Işık Aslı HAN*

Öz: Kişisel verilerin işlenmesi kural olarak hukuka aykırı bir fiildir. Bizim mevzuatımızda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Avrupa Birliği Hukukunda ise Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde bazı özel hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiştir. Veri sahibinin açık rızası da bunlardan biridir. İlk bakışta haksız fiile ilişkin genel hükümlerde düzenlenen mağdurun rızasını hatırlatsa, veri sahibinin açık rızası olarak ifade edilen hukuka uygunluk sebebi esasen veri koruma hukukuna özgü şartların yerine getirilmesini gerektirmektedir. Çalışmamızda da, karşılaştırmalı hukukta veri sahibinin açık rızası incelenecektir.

* Makale gönderim tarihi: 15.04.2019. Makale kabul tarihi: 17.06.2019.
Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü / Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
(ORCID kimlik no: 0000-0002-8381-0361; han.isikasli@gmail.com)

CONSENT OF DATA SUBJECT AS GROUND FOR LAWFULNESS IN THE CONTEXT OF DATA PROCESSING

Abstract: Processing of personal data is a wrongful act in principle. A set of reasons for lawfulness including explicit consent of data subject has been laid out in the Law on Protection of Personal Data in our legislation and General Data Protection Regulation in European Union Law. Even though it reminds consent of injured party foreseen within general provisions of tort law, explicit consent of data subject requires some conditions particular to data protection law to be met. This study covers the matter of explicit consent of data subject in comparative law.

I. GİRİŞ

Teknolojideki gelişmeler, 1960'lı yıllardan itibaren sanayi ve ticaretteki etkilerini aşarak bireylerin günlük hayatına nüfuz edecek noktaya gelmiştir. Bilgisayarın kamu ve özel sektörde yoğun olarak kullanılmaya başlanmasıyla veri birikimi artmış; özellikle kişisel bilgisayarların yaygınlaşmasıyla bu veri birikimine erişim, kayda değer ölçüde kolaylaşmıştır. Altmışlı yıllardan itibaren etkisi hissedilen ve bütün bilgileri erişebilir bir kaynakta biriktirmeyi hedefleyen Big Data furyası da bu gelişmelerin bir sonucudur[1]. Bu yaklaşım, bireylerin kişisel bilgilerinin bir kaynakta toplanmasını da içermektedir. Hatta günümüzde, verinin ekonomik anlamı ve değeri o kadar yüksektir ki; verilerin analizi yoluyla toplumların ekonomik, sosyal ve siyasi tercihleri, tüketim alışkanlıkları izlenebilmektedir[2]. Kişisel verilerinin işlenerek son ürün haline getirilmesinin somut örnekleri günlük hayatımıza girmiştir. Geleceğin teknolojisi olarak görülen ve toplumdaki ortalama bir birey için bir gizem olarak görülen akıllı arabalar (Smart Cars), şeylerin interneti (Internet of Things), Endüstri 4.0 devrimi; esasında verilerin işlenmesi, analiz edilmesi ve biçimlendirilerek ürün haline getirilmesine dayanmaktadır[3].

---

1 ÇEKİN, Mesut Serdar, ''6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi'', **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, sayı: 74, s. 629-644, s. 630-631.

2 Amerika Birleşik Devletleri Başkanlık Seçimlerinde, kişilerin arama geçmişleri analiz edilerek tercihleri ve hassasiyetlerine yönelik olarak haber servis eden İngiltere merkezli bir şirketin faaliyetleri ile Donald Trump'ın kazandığı seçimlerin manipüle edildiği yönünde Cambridge Analytica Skandalı için bkz. https://www.theguardian.com/uk-news/2018/mar/23/leaked-cambridge-analyticas-blueprint-for-trump-victory. (E.T. 02.03.2019)

3 SCHMID, Alain et al., ''Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion'', **sic! - Zeitschrift**

İşlenmesi başlı başına bir sektör haline gelen verilerin toplanması, depolanması, analiz edilerek değerlendirilmesi, yurt içinde veya yurt dışına aktarılması gibi birtakım işlemlere konu edilmesi kaçınılmaz olmuştur. Bu da, olası kişilik hakkı ihlallerini akla getirmektedir. Baştan belirtmek gerekir ki, teknoloji ve kişilik hakkının korunması teoride birbirinin dışlayan kavramlar değildir. Ancak verilerin elde edilmesi, işlenmesi, kişiler arası veya sınır ötesi düzeyde transfer edilmesine ilişkin yöntemlerin regüle edilmemesi halinde, münferit hak ihlallerine rastlanması oldukça olasıdır. Özellikle kişilerin mal ve hizmet satın almak için büyük kurumsal aktörlerle görüşmelere girmesi halinde, bu kişisel verilerin karşı tarafa sunulması, fiilen mal veya hizmetten yararlanma şartı haline gelebilir.

Modern kişisel verilerin korunması hukuku, kişisel verilerin işlenmesini kural olarak hukuka aykırı bir fiil olarak kabul eder[4]. Bununla beraber, özel hüküm niteliğindeki açık normlar ile bazı hukuka uygunluk sebepleri öngörülmüştür. Bunlardan ilki – ve belki de en önemlisi, 6698 sayılı Kanunun kişisel verilerin işlenmesine yönelik olarak arz edilmiş, veri sahibinin özgür iradesine dayanan açık rızasıdır. Çalışmamızda da, kişisel verilerin işlenmesine yönelik olarak veri sahibinin açık rızası, bu rızanın oluşma şartları, etkileri ve açık rıza ilkesine istisna haller; 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve mehaz AB mevzuatı ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak kişisel verilerin korunmasına hukukunun kaynaklarına yönelik kısa bir bakış sunulacaktır (I); daha sonra, arz ettiği önem itibariyle açıklanması zaruri olan kişisel veri ve kişisel verinin işlenmesi kavramları ortaya konacaktır (II). Bu açıklamaları takiben, son bölümde kişisel verinin işlenmesi yönelik hukuka uygunluk sebeplerinden veri sahibinin açık rızası, kişiliğin korunmasına ilişkin Medeni Kanun m. 23-25'te öngörülen rejimle karşılaştırmalı olarak incelenecektir (III).

II. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKUNA TARİHSEL BAKIŞ

Ulusal düzeyde birçok ülkede yasa koyucu ve uluslararası düzeyde uluslararası örgütler, kişisel verilerin korunması alanına yönelik düzenle-

---

für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, 2018, s. 627-639, s. 627; WITZIG, Aurélien: ''Le droit de propriété a-t-il un avenir?'' Volume:2, **La Semaine Judiciaire**, ed. Bernard Corboz, 2018, s. 79-109, s. 78.

4 ÇEKİN, s. 635.

meler sevk etmiştir. Bu düzenlemeler kapsamındaki prensipler ve koruma imkânları; seksenli yıllara tekabül eden ilk dönemde genellikle rehber ve tavsiye niteliğinde iken, doksanlara gelindiğinde artık hukuken bağlayıcı normlara dönüşmüştür. Bu kapsamda Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı'nın (OECD) 1980 tarihli Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Sınır Öresi Veri Akışının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler[5] ve Birleşmiş Milletler'in (BM) 1990 tarihli Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Yönlendirici İlkeleri[6]; bağlayıcı olmamakla beraber uluslararası düzeyde kaleme alınan ilk metinlerdir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kişisel verileri zikreden açık bir hüküm bulunmasa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; konuyu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel hayata ve aile hayatına saygı kenar başlıklı m. 8 kapsamında ele almaktadır[7]. Keza Avrupa Birliği Adalet Divanı da benzer kararlar vermiştir. Ancak Avrupa Konseyi'nin 1981 tarihli Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi ile konu, ilk kez bağımsız ve hukuken bağlayıcı surette düzenlenmiştir[8].

Üye devletlerin hukuk sistemlerine doğrudan veya dolaylı olarak etkide bulunma yetkisini haiz olan Avrupa Birliği'nin bölgesel düzeyde ilk düzenlemes, ise 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Direktif (95/46/EC sayılı AB

---

5 *OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, bkz. https://www.oecd.org/sti/ieconomy/2013-oecd-privacy-guidelines.pdf (Çevrimiçi) (E.T. 16.02.2019)* (2013 tarihinde güncellenmiştir).

6 *Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files Adopted by General Assembly Resolution 45/95 of 14 December 1990, bkz. https://www.refworld.org/pdfid/3ddcafaac.pdf. (Çevrimiçi) (E.T. 16.02.2019).*

7 HANDBOOK ON EUROPEAN DATA PROTECTION LAW, s. 37; GPS Verilerine ilişkin 2 Eylül 2010 tarihli Uzun v. Almanya kararı, 8 Şubat 2018 tarihli Ben Faiza v. Fransa kararı; sağlık bilgilerini ilgilendiren verilere ilişkin 29 Nisan 2014 tarihli L. H. v. Letonya kararı; İletişim bilgilerini elde etme ve gizli dinlemeye ilişkin 4 Aralık 2015 tarihli Roman Zakharıv v. Rusya davasına ilişkin Büyük Daire kararı ve daha niceleri için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Şubat 2019'da yayınladığı Basın Bildirisi için https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf (Çevrimiçi) (E.T. 21.02.2019)

8 *Convention fort he Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, No. 108, bkz. https://rm.coe.int/1680078b37. 108 no.lu protokole getirilen değişiklikler için bkz. 2001 tarihli Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding supervisory authorities and transborder data flows, https://rm.coe.int/1680080626 (Çevrimiçi) (E.T. 16.02.2019).*

Direktifi)[9] olmuştur. 2016 yılında ise, Üye Devletlerin hukuk sistemin uyumlulaştırılması ve asgari standart sağlanma kabiliyetinin daha yüksek olması itibariyle kişisel verilerin korunması, Genel Veri Koruma Tüzüğü[10] ile düzenlenmiştir. 95/46/EC sayılı AB Direktifi'nin 29. maddesi uyarınca oluşturulan Veri Koruması (ya da Madde 29) Çalışma Grubu *(Data Protection Working Party)*, görüş ve rehberleriyle, AB kişisel verilerin korunması hukukunu önemli ölçüde şekillendirmiştir. 28.05.2018 tarihinde lağvedilen Grubun selefi ilse Avrupa Veri Koruma Kurulu *(European Data Protection Board)* olmuştur[11]. Yine Direktif ve Tüzük'ün Giriş *(Recital)* bölümleri de, hükümlerin uygulanması bakımından yol göstericidir[12].

Türk Hukukunda, kişisel verilerin korunması hukuku bakımından özel birtakım düzenlemeler getiren ilk kanun ise, Avrupa Birliği mevzuatı dikkate alınarak hazırlanmış olan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu olmuştur. Bununla beraber konuyu mevzuatta ilk defa açık hükme bağlayan metin, 6698 sayılı Kanun değil, 2012 tarihli Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliktir. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunundan sonra ise, Kanunun uygulanması ve denetleyici kurul olan Kişisel Verilerin Korunması Kurulunun işleyişine ilişkin çok sayıda yönetmelik çıkarılmıştır. 2017 tarihli Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Haline Getirilmesine İlişkin Yönetmelik ile 2017 tarihli Kişisel Verilerin Koruma Kurulu Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik; bunlardan en önemlileridir. Öte yandan, Kişisel Verileri Koruma Kurulu, KVKK uygulamasına yönelik yakın zamanda yol gösterici nitelikte rehberler yayınlamıştır.

---

9 *95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing Data and on the Free Movement of Such Data, bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN (Çevrimiçi) (E.T. 16.02.2019).*

10 *The General Data Protection Regulation (EU) 2016/679, bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN (Çevrimiçi) (E.T. 16.02.2019).*

11 https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=629492. Hem Direktif hem Tüzük döneminde kaleme alınan ve mevzuatın tatbiki konusunda yol gösteren çalışmalara, Avrupa Veri Koruma Kurulu'nun internet sitesinde de yer verilmiştir.

12 Giriş bölümünün, bağlayıcı nitelikte olmadığı ve esas hükmün lafzının aksine bir yorumun dayanağını teşkil etmek için yorum vasıtası olarak kullanılamayacağı hakkında bkz. 24 Kasım 2005 tarihli C-136/04 sayılı AB Adalet Divanı kararı.

III. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE KİŞİSEL VERİNİN İŞLENMESİ KAVRAMI

Kişisel veri ve kişisel verinin işlenmesi kavramları, kişisel verilerin korunması hukukunda bakımından sorumluluğun tesisi ve hak ihlallerinin önlenmesi ile verilerin ekonomik ve sosyal analizlerinin yapılmasında menfaat arasındaki hassas dengenin sağlanması yönünde hayati niteliktedir[13]. Bu nedenle çalışmada asıl varılmak istenen konunun daha iyi anlatılabilmesi ve anlaşılabilmesi için bunlara kısaca değinmek zaruridir.

1. Kişisel Veri Kavramı

A. Kişisel Verinin Tanımı ve Unsurlar

95/46/EC sayılı AB Direktifi m. 2/b-a, kişisel veriyi, *''kimliği belirlenmiş veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilebilen her türlü bilgi''* olarak tanımlamıştır[14]. Bu tanımı takip eden Kişisel Verilerin Korunması Kanununa (KVKK) göre de, kişisel veri, *''kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi''* ifade eder (KVKK m. 3/1-d). 2016 tarihli Genel Veri Koruma Tüzüğü (GKVT) de, 95/46/EC sayılı AB Direktifindeki ilk tanımı aynen benimsemiştir (m. 4/b-1).

Öğretide bu tanım; *gerçek kişi*, *bilgi*, *gerçek kişinin kimliğin belirlenmiş veya belirlenebilir olması* ve *gerçek kişi ile bilginin ilişkilendirilebilir olması* şeklinde dört unsura ayırılarak incelenmektedir.

---

13 Nitekim AB mevzuatındaki ilk bağlayıcı kurallar bütünü olan 95/46/EC sayılı AB Direktifinin esaslı amaçlarından biri bireylerinin kişisel verilerinin korunması ise, diğeri de Üye Devletler arasındaki veri akışının regüle bir ortamda gerçekleşmesidir. Bilindiği üzere, Üye Devletler arasında mali hizmet ve sermayenin serbest dolaşımı; AB organizasyonel yapısının ekonomik objektiflerindendir, bkz. GONZALEZ FUSTER, Gloria, **The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU**, Brussels, 2014, s. 134. Nitekim Direktif'in kendisinin de, ulusal hakların, ekonomik etkililik lehine nötralize edilmesi bakımından bir araç *(a tool for neutralization of national rights in favor of economic efficiency)* olarak tanımlandığı aktarılmaktadır, bkz. GONZALEZ FUSTER, s. 135. Diğer yandan, Birlik'e üye olmayan devletlere yapılacak veri aktarımları bakımından, bu ülkenin ulusal mevzuatının kişisel verilerin korunması bakımından yeterli koruma sağlamalıdır, bkz. KAYA, Cemil, **Assessing the Transfer of Personal Data in the European Union in the Light of the Data Protection Directive**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011 (Transfer of Personal Data), s. 49.

14 *''any information relating to an identified or identifiable natural person''*

a. Kişi

İlk unsur olan kişi, Medeni Kanunun (MK) ilgili hükümleri kapsamında değerlendirilir[15]. Gerçek kişinin kişiliğinin başlama ve sona erme anlarını düzenleyen MK m. 28/1 uyarınca kişilik; tam ve sağ doğumla başlar, ölümle sona erer[16]. Bizim hukukumuzda ölmüş kişi, artık hak ve borç süjesi olamaz. Kişisel verilerin korunması hukuku da bu genel esastan ayrılmamıştır. Genel Veri Koruma Tüzüğü Girişi Bölümünün 27. paragrafında ölmüş kimselerin kişisel verilerinin korunmasının talep edilemeyeceği hususu genel esas olarak ortaya konmuş olmakla[17] beraber, Üye Devletlere, bu konuya ilişkin düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Diğer yandan, kişisel verinin, kişilik hakkı içindeki özel hayatın içindeki mühim konumu gereği, kamuya mal olmuş kişiler bakımından bir istisna tanınmamıştır[18].

KVKK ve 95/46/EC sayılı Direktif ile aynı doğrultuda düzenleme getiren GVKT, tüzel kişiler açısından bir koruma öngörmemiştir[19]. Ancak gerçek kişilerin kişisel verilerinin korunabileceğini kabul ederek tüzel kişileri bu korumadan mahrum bırakan bu düzenlemelerin *ratio legis*'i, kişisel verilerin kişilik hakkı kapsamında bir değer olan özel hayatın gizliliği değeri içinde değerlendirilmesidir. Bu kapsamda tüzel kişilerin, örneğin bir ticaret

---

15 Article 29 Working Party Opinion 4/2007, s. 21.

16 Cenine ait kişisel verinin korunması konusunun, Üye Devletin hukuk sistemi içinde ele alınacağı hakkında bkz. Article 29 Working Party Opinion 4/2007, s. 23.

17 Bu kapsamda veri sorumlusunun; veri sahibinin yaşıyor veya ölmüş olabileceği hakkında bilgisinin olmaması, ölmüş kimseye ait ve özellikle sağlık durumuna ilişkin verinin yaşayan yakınlarını da ilgilendirmesi ve özellikle sağlık durumuna ilişkin veriler bakımından sağlık çalışanlarının gizlilik yükümlülüğünün veri sahibinin ölümüyle son ermemesi durumlarını ele alan açıklamalar için bkz. Article 29 Working Party Opinion 4/2007, s. 22.

18 Kişisel verilerinin korunması hakkının ''herkes''e tanındığı, Çalışma Grubunun Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi m. 6'yı anması ile vurgulanmıştr, bkz. Article 29 Working Party Opinion 4/2007, s. 22; Kişilik hakkı kapsamında özel hayatın korunması bakımından ise, kamuya mal olmuş kişiler açısından, kamu menfaati ve basının kamuyu aydınlatma yükümlülüğü lehine daha sınırlı bir koruma kabul edilmiştir. Detaylı açıklamalar için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe., **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 17. Baskı, Filiz, İstanbul, 2018, s. 240 vd.

19 Bununla beraber, Avrupa Adalet Divanı, eğer başkaca bir Topluluk Hukuku normuyla çelişmiyorsa Üye Ülkelerin, tüzel kişilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin düzenleme yapabileceğini belirtmiştir, bkz. 06.11.2003 tarihli C-101/2001 sayılı Karar. Nitekim İtalya, Avusturya ve Lüksemburg bu yönde düzenleme yapmıştır, bkz. Article 29 Working Party Opinion 4/2007, s. 24.

şirketi ise, yalnızca ticari sırları söz konusu olabilir. Tüzel kişilerin verileri, kişisel verilerin korunması hukuku kapsamında korunmasa da, somut olayda şartları mevcutsa, genel hükümler kapsamında kişiliğin korunmasına ilişkin imkânlara da başvurabilirler[20]. Diğer bir ihtimal olarak, tüzel kişilerin verilerine ilişkin koruma, somut olayın şartları sağlanıyorsa, TBK ve TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri kapsamında da sağlanabilir.

Bununla beraber, Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Özel Hayatın Korunmasına ilişkin 2002/58/EC sayılı AB Direktifi, tüzel kişilerin kişisel verilerinin de korunacağını öngörmüştür[21]. Bu kapsamda, o dönem yürürlükte olan 95/46/EC sayılı AB Direktifini tamamlayan ve özel bir alanı düzenleyen 2002/58/EC sayılı AB Direktifi m. 1/2, tüzel kişi üyelerin meşru menfaatleri bakımından da koruma sağlandığını ifade etmektedir[22]. Bizim hukuk sistemimiz bakımından da, 2012 tarihli Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik, tüzel kişilerin kişisel verileri bakımından aynı doğrultuda bir koruma öngörmüştür.

b. Bilgi

Bilgi unsuru, kişisel verinin materyal esasını oluşturmaktadır[23]. Öğretide belirtildiği üzere, bilgi ve veri birbirinden farklı anlamlara gelmektedir. Bilgi, veriye yüklenen anlamı ifade etmektedir[24].

---

20 Tüzel kişilerin de, gerçek kişilere özgü olan değerler hariç tutulmak üzere ve bünyelerine uyan değerler kapsamında kişilik hakkı söz konusudur ve MK m. 48 kapsamında korunur, bkz. SEROZAN, Rona, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm – Kişiler Hukuku**, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 456; OĞUZMAN et al., s. 205; TAŞTAN, Furkan Güven: **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 30; MK m. 23 (CO / OR 27) hükmünün gerçek kişiler kadar tüzel kişilerin kişilik hakkını konu aldığı yönünde Büchler, s. 121. Yargıtay'ın genel uygulaması da aynı hususa işaret etmektedir, bkz. Y. HGK, T. 1.2.2012, E. 2011/4-687, K. 2012/26; İsviçre Federal Mahkemesinin aynı yöndeki uygulaması için BGE / ATF 106 II 369 E. 3; BGE / ATF 114 II 159 E. 2.

21 İngilizce literatürdee ''E-Privacy Directive'' olarak da adlandırılan 2002/58/EC sayılı AB Direktifinin yerine daha etkin bir koruma sağlayan yeni bir metin taslağı bulunmaktadır, bkz. https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications (Çevrimiçi) (E.T. 22.02.2019).

22 *''The provisions of this Directive particularise and comple-ment Directive 95/46/EC for the purposes mentioned in para-graph 1. Moreover, they provide for protection of the legitimateinterests of subscribers who are legal persons.''*

23 Article 29 Working Party Opinion 4/2007, s. 6.

24 TAŞTAN, s. 36.

Bilginin kişisel verilerin korunması kapsamında korunabilmesi için gizli olması ya da doğru bir bilgiye dayanmış olması aranmaz[25]. Örneğin, kişinin adı ve doğum tarihi bilgisi ile elde edilmiş bir veri, gizli değildir; ancak şartlar sağlandığında KVKK korumasından yararlanır. Yanlış bilgiler açısından da KVKK, veri sahibine, kendisiyle ilişkilendirilmiş yanlış bir verinin de düzeltilmesini talep hakkı tanımıştır (m. 11/1-d).

Bilgi, kişinin gizlilik alanına, özel hayatına ya da kamusal yaşamına ilişkin olabilir[26]. Bu kapsamda bilginin dayandığı veri kişinin iş hayatına ilişkin olabilir[27]. Örneğin; bir banka müşteri temsilcisinin, başarı grafiklerini gösteren veri bu kapsamda değerlendirilir.

c. Belirli veya Belirlenebilir Olma

KVKK'da ayrıca yer verilmeyen kimliğin belirlenmiş veya belirlenebilir olması unsuru ise; gerek 95/46/EC sayılı Direktif gerekse GVKT'de, kişisel verinin tanımını takiben ve *''kimliği belirlenebilir gerçek kişi''* ifadesi üzerinden, aynı bentte açıklanmıştır. GVKT'de yer alan 95/46/EC'ye nazaran genişletilmiş tanım, *''doğrudan veya dolaylı olarak ve özellikle isim, kimlik numarası, yer bilgisi, bir çevrimiçi kimlik belirleyiciye ya da kişinin fiziksel, psikolojik, genetik, mental, ekonomik, kültürel, sosyal kimliğine ilişkin bir veya birden fazla özellik anılarak belirlenebilen kişi''* şeklindedir[28]. Türk öğretisinde de bu unsur incelenirken, mehaz kaynak esas alınmaktadır.

GVKT'nin Giriş Bölümünün 26. Paragrafı, makul surette kullanılabilecek bütün araç ve imkânların kullanılması sonucu veri sahibinin belirlenebilir olması kriterini getirmektedir. Hangi imkânların makul olduğunun tespitinde ise, kimliğin belirlenmesi için gereken zaman ve yapılacak mas-

---

25 Article 29 Working Party Opinion 4/2007, s. 24.

26 Kişinin hayat alanlarına ilişkin bu ayrıma ilişkin, bkz. MEILI, Andreas, **Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB**, Basler Kommentar, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 4. Auflage, Basel, 2010, s. 259, p. 17; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan., **Kişiler Hukuku**, 19. Baskı, Filiz, İstanbul, 2018, s. 136-137.

27 DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, **6098 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, On İli Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 37.

28 *''… an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person;''*

raf, işleme anındaki mevcut teknoloji ve teknolojik gelişmeler gibi bütün objektif faktörlerin dikkate alınmasıdır[29].

Bu kapsamda eğer bir kişisel veri, belirli veya belirlenebilir olma kabiliyetinin kaybederek *anonimleşmişse*, artık kişisel verilerin korunması hukuku kapsamında herhangi bir korumadan yararlanmaz[30].

Diğer yandan, GVKT, anonimleştirme kavramına benzeyen psödonimizasyon kavramına da yer vermiştir. GVKT m. 4/b-5'te tanımlanmıştır. Buna göre, psödonimizasyon; kişisel verinin, herhangi bir ek bilgi kullanılmaksızın bir veri sahibi ile ilişkilendirilemeyecek şekilde işlenmesidir. Bir kişisel verinin psödonimize edilmiş kabul edilmesi için; i) veri sahibi ile ilişkilendirilmesini sağlayan ek bilginin, veriden ayrı olarak saklanması ve ii) verinin belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek şekilde teknik ve organizasyonal işlemlere tabi tutulması gerekir[31]. Bir kişisel verinin psödonimize edilmesi şüphesiz veri sahibi açısından bir miktar güvenlik sağlar; ancak gerekli araçlara ulaşıldığı müddetçe veri hala belirli bir gerçek kişiyle ilişkilendirilebilir niteliktedir[32]. Bu nedenle psödonomizasyon, verinin, kişisel verilerin korunması hukuku kapsamında korunmasını engellemez.

Diğer yandan, belirlenebilirlik ölçütünün, somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gerekebilir. Örneğin; her bilgisayar internet ağına kural

---

29 Bu kapsamda Alman Hukukundaki hâkim görüş, herhangi bir üçüncü kişinin değil, bizzat veri sorumlusunun verinin kime ait olduğunu belirleyebilir araçlara sahip olması gerektiğini kabul etmektedir(sübjektif ölçüt). Diğer yandan Avrupa Birliği Adalet Divanı ise, 19 Ekim 2016 tarihli ve C-582/14 sayılı Breyer v. Federal Republic of Germany kararında, hukuken yasaklanmış olmadıkça ve ek araçlara ulaşmak makul bir çaba gerektiriyorsa, belirlenebilirlik unsurunun mevcut olduğuna karar vermiştir (objektif ölçüt). Ayrıntılı bilgi için bkz. YÜCEDAĞ, Nafiye, ''Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri'', **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 75 (2), s. 765-790, s. 767-768.

30 GVKT Giriş Bölümü Paragraf 26. Bu kapsamda anonimleştirilmiş bir verinin buluta *(cloud)* aktartılması ya da veri sahibi ile ilişkilendirilebilir veri buluta aktarılıp sahibinin izniyle anonimleştirilmişse, korumadan yararlanmaz. Zira artık ver sahibi ile ilişkilendirilebilir değildir, bkz. SCUDIERO, Lucio, Bringing Your Data Everywhere: ''A Legal Reading of the Right to Portability'', **European Data Protection Law Review**, 2017/2, s. 119-127, 125.

31 Bu kapsamda psödonimizasyona ilişkin klasik bir hal olarak şifrelenmiş veri *(key-coded data)* kavramı için bkz. Article 29 Working Party Opinion 4/2007, s. 18-19.

32 Verinin psödonimize edilmesi halinde de ait olduğu kişinin dolaylı surette belirlenebilir *(indirectly identifiable)* olduğu yönünde Article 29 Working Party Opinion 4/2007, s. 18.

olarak bir IP adresi üzerinden bağlanır. Ancak bir bilgisayarın birden fazla kişi tarafından kullanılması halinde, IP adresini ve bu IP adresi üzerinden yapılacak internet sitesi ziyaretlerine ilişkin verinin ilişkilendirileceği kişiyi belirlemek zorlaşacaktır[33].

d. Gerçek Kişi ile Bilginin İlişkilendirilebilir Olması

Gerçek kişi ile bilginin ilişkilendirilebilir olması unsuru, temelde gerçek kişinin kimliğinin belirlenebilir olması unsuru ile yakın ilişki içindedir. Kişisel verinin KVKK kapsamında öngörülen korumadan yararlanabilmesi için; kişi ve bilginin ilişkilendirilebilir olması, bilginin kullanılması sonucu, veri sahibinin tespit edilebilmesi gereğini ifade eder.

Bilgi ve gerçek kişi arasında bağlantı kurulabilmesi, bilginin muhteviyatının yorumlanarak gerçek kişiyi işaret eden bir çıkarıma varılması anlamına gelmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de verinin salt kendisinin değil, verinin içinde bulunduğu bağlamın ve ek bilgilerin dikkate alınarak hayatın olağan akışına göre bir kişiyle ilişki kurulup kurulamayacağı incelenmelidir[34]. Örneğin; tapu kütüğünde bir kişiye ait taşınmazların tespiti, müşterisi olduğunu bankanın, o kişiye yüksek montanlı kredi kullandırması için önem arz etmektedir. Diğer bir örnek olarak, bir satış danışmanın önceki aylara yönelik satış rakamları ve çapının analiz edilmesi sonucu geleceğe yönelik performansının öngörülmesi, bilginin yorumlanması ile söz konusu olur.

B. Kişisel Verinin Hukuki Niteliği

Kişisel verinin hukuki niteliği ve kişisel verilerin korunması kapsamında veri sahibinin sahip olduğu hakkın hukuki dayanağı konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur[35]. Kişisel veriler üzerindeki hakkın ekonomik menfaatlere dayanan bir mülkiyet hakkı mı, yoksa şahıs varlığına dâhil olan kişilik hakkı kapsamında bir değer mi olduğu meselesi; öğretide tartışılmaktadır[36].

---

33 LÖW, PETRA, **Datenschutz im Interne: Eine strukturelle Untersuchung auf der Basis der neuen deutschen Medienordnung**, Tübingen, 2000, s. 58-59.

34 BGE 138 II 346 ff. E. 6.1.

35 TAŞTAN, s. 51 vd. Bununla beraber pragmatik bir yaklaşımla, bu sorunun tespitinin pratikte kayda değer bir faydası olmadığı yönünde SAUVAIN, Monique Cossali et al., ‘‘Les Codes de Conduite dans le Projet de Révision de la Loi Fédérale sur la Protection des Données’’, **LeGes - Gesetzgebung & Evaluation**, 2018 (3), para. 32.

36 PEARCE, Henry, ‘‘Personality, Property and Other Provocations: Exploring the Conceptual

Bir görüşe göre kişisel veri üzerinde veri sahibinin mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Ancak kişisel verinin üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilebilmesinin kabulü ile kişisel verilerin işlenmesinin, veri sahibi ile veri sorumlusu arasında ekonomik menfaatlere dayalı bir hukuki ilişkinin kurulması anlamına gelecektir. Bunun kaçınılmaz sonucu da kişisel veriler ve bunların işlenmesine dayalı yepyeni bir pazarın mevzu bahis olmasıdır. Ancak kişisel verilerin korunmasına yönelik mevcut yasal düzenlemeler, bu pazarın işleyişine önemli ölçüde zarar verir[37]. Bununla beraber, bu görüşü savunan yazarlar; GVKT'nde öngörülen unutulma hakkı *(right to be forgotten)*, verinin taşınması hakkı *(right to data portability)*, uygulamada verinin işlenerek veya işlenmeden başka kişilere satılabilmesi imkanına dikkat çekmektedir[38].

Bununla beraber, İsviçre-Türk hukukunda, eşya kavramının tanımının, maddi varlığı olan şey üzerinden kaleme alınması karşısında, kişisel verinin eşya olarak kabul edilemeyeceği ve üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilmeye elverişli olmadığı belirtilmektedir[39]. Bununla beraber, verinin, üzerinde mülkiyet hakkı kurulma kabiliyeti bulunan yeni ve özel bir eşya türü olduğu görüşleri de dile getirilmektedir[40].

Verinin eşya kavramından uzaklaşan yapısı nedeniyle, bir telif hakkı niteliğinde olup olmadığı da öğretide tartışılmıştır[41]. İsviçre Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklara İlişkin Kanunun 10. Maddesinin ilk fıkrası uyarınca *''Telif hakkı sahibi, münhasır hakkının kullanılıp kullanılmayacağını, ne zaman ve nasıl kullanılacağını belirleme hakkına sahiptir.''*[42] Ancak bu görüş de,

---

Muddle of Data Protection Rgihts under EU Law'', **European Data Protection Law Review**, 2018/4, s. 190-208, s. 190.

37 PEARCE, s. 199.

38 VICTOR, Jacob M., ''The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy, The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy'', **Yale Law Journal**, 123, 2013, 513-528, s. 513 ve s. 517.

39 SCHMID et al., s. 629.

40 SCHMID et al., s. 635.

41 ABD Hukukunda bu görüşü kişisel verinin pazarda nakdi değere dönüştürülmesi bakımından sahibine münhasır bir hak verdiğine değinerek belirten SAMUELSON, Pamela, ''Privacy as Intellectual Property'', **Stanford Law Review**, Volume: 52, 1999, s. 1125-1173, s. 1134.

42 *''Der Urheber oder die Urheberin hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird.''*

telif haklarının konusu olan eserlerin aksine, zihinsel yaratım ve eser sahibinin karakteristik özelliklerini içermediğine dikkat çekilerek eleştirilmektedir[43].

Diğer görüş işse, kişisel verinin kişilik hakkı kapsamında bir değer olduğu görüşüdür[44]. Nitekim kişisel verilerin korunması, AB mevzuatında, ekonomik yönlerinde ziyade kişilik hakkına yaklaşan yönleriyle ele alınmıştır[45]. AİHM de kişisel verilerin korunması meselesini, Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında özel hayatında gizliliğinin korunması bakımından değerlendirerek kişisel bir değer olarak ele almaktadır[46]. Anayasa Mahkemesi de kişisel verilerin korunmasını, kişilik hakkı bağlamında düşünmektedir[47].

---

43 SCHMID et al., s. 630.

44 ÖZDEMİR, Hayrunnisa: **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**, Seçkin, Ankara, 2009, s. 146 vd.; SEROZAN, s. 454; Nitekim mutlak bir hak olan kişilik hakkı bakımından ti sınırlılığı ilkesi söz konusu değildir. Bilgi birikiminin artması ve gelişen teknolojinin hukuki alana yansıması olarak kişisel verilerin korunmasını talep hakkı da, kişilik hakkı kapsamında bir değerdir, bkz. **SEROZAN**, s. 455.

45 AB mevzuatı bakımından gerçek kişinin kişiliğinin korunması kapsamında düzenlendiği, ayrıca İsviçre kişisel verilerin korunması hukuku bakımından da açık hükümle (Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun m. 12) kişilik hakkını koruyucu davalarla bağlantı kurulduğu hakkında, bkz. WITZIG, s. 79. Türk hukuku bakımından da, mevzuatta açık hüküm bulunmasa da kişiliği koruyucu davalara başvurulabileceği kabul edilmektedir, bkz. DEVELİOĞLU, s. 126 vd.

46 VAN DER SLOOT, ''Bart, Privacy as Personality Right: Why the ECtHR's Focus on Ulterior Interests Might Prove Indispensable in the Age of 'Big Data'', **Utrecht Journal of International and European Law**, 31, No. 80, 2015, pp. 25-50, s. 40; Kişisel verilerin korunmasını amaçlayan mevzuat hükümlerinin, kişilik hakkını koruyucu nitelikte özel hükümlerden olduğu yönünde MEILI, s. 257, p. 10. Meili, kişisel veri sahibinin, ihlal halinde, İsviçre Veri Korumasına İlişkin Kanun m. 12'de düzenlenen hukuki imkânlar yanında, İsviçre Medeni Kanununun kişilik hakkının korunmasına ilişkin genel hükümlerine de başvurabileceğini belirtmektedir. Hatta bu husus, Veri Korumasına İlişkin Kanun m. 15'te yer bulmuştur, bkz. MEILI, s. 258, p. 10.

47 *"Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda, geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda verinin toplanabilmesi; daha önce birbirinden ilişkisiz şekilde tutulan pek çok verinin merkezi olarak bir araya getirilebilmesi; verilerin, veri eşleştirme ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkânlarla analize tabi tutulmak suretiyle, veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması; verilere erişim ve veri transferinin kolaylaşması; kişisel verilerin ticari işletmeler için kıymetli bir varlık niteliği kazanması neticesinde, özel sektör unsurlarınca yaratılan risklerin daha yay-*

Bununla beraber, öğretide, kişisel verilerin *post-mortem* korunması için Üye Devletlere düzenleme alanı tanınması ve GVKT m. 82'de düzenlenen maddi tazminat taleplerinin, kişilik hakkı ihlali bakımından eski hale getirme istemine *(restitution)* nazaran istisnai olduğu; bu nedenle GVKT'nde öngörülen rejimin mülkiyet hakkına yakınlaştığı belirtilmektedir[48].

Bir görüş ise, kişisel verilerin korunması hakkını; mülkiyet hakkına konu olabilecek şey ve kişilik hakkı kapsamında bir değer olmanın arasında konumlandırarak, *mal benzeri şey (quasi-property)* olarak tanımlamaktadır[49].

Son olarak, Alman Anayasa Mahkemesinin 1983 tarihli ''Nüfus Sayımı Kararı''ndan sonra, kişisel verilerin geleceğini tayin hakkı olarak, kişilik hakkından bağımsız olarak değerlendirilmeye başlandığı belirtilmektedir. Kişisel verilerin korunmasının, kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükümlerin yanı sıra, kişisel verilerin korunması hukuku kapsamında yeni düzenlemelerle korunması da bu yaklaşımı destekler niteliktedir[50].

Kanaatimizce, kişisel veriler; ister kişilik hakkı kapsamında bir değer olarak, kişilik hakkından bağımsız bir hak olarak değerlendirilsin, nihayetinde istisnai özellikler tanınan bir şahıs varlığı hakkıdır.

C. Kişisel Verinin Sınıflandırılması

Kişisel verilerin korunması hukuku bağlamında bazı kişisel veriler, diğerlerine göre farklı bir konumda tutulmuştur. Bu gruptaki kişisel verileri KVKK'da ''özel nitelikli kişisel veri'', GKVT'de ise ''*özel türde kişisel veri (special categories of personal data*)''[51] olarak adlandırılmıştır. Öğretide bu sınıftaki verilere, *''hassas veri''* de denmektedir[52]. Bu istisnai gruptaki

---

gın ve önemli boyutlara ulaşması ve terör ve suç örgütlerinin kişisel verileri ele geçirme yönündeki faaliyetlerinin artması gibi etkenler, günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Anayasa' nın 20. Maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, "Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilerek kişisel verilerin korunması hakkı anayasal güvenceye bağlanmış ve bu şekilde kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruma altına alınmıştır." Anayasa Mahkemesi T. 09/04/2014, K. 2013/122, E. 2014/74 sayılı Karar.

48 PEARCE, s. 204.

49 PEARCE, s. 206-208.

50 Bu görüşe ilişkin açıklamalar için bkz. TAŞTAN, s. 64-65.

51 *95/46/EC' de de ''özel türde veri (special category of data)'' olarak adlandırılmıştır.*

52 Hassas veri ifadesini tercih BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, **Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması**, Yetkin, Ankara, 2016, s. 92; KAYA, Cemil: ''Avrupa Birliği

verilerin nitelikleri gereği, işlenmesi bakımından hukuka uygunluk sebepleri açısından düzenlemelerin sevk edilmesine gerek duyulmuştur.

Genel Veri Koruma Tüzüğü bakımından, ırk veya etnik köken, siyasi görüş, dini ya da felsefi görüş veya gümrük birliği üyeliğini ortaya koyan veriler ve yegâne amacı bir gerçek kişinin kimliğinin belirlenmesini amaçlayan genetik veya biyometrik veriler ile kişinin sağlığını, cinsel hayatını ya da cinsel yönelimini ilgilendiren veriler bu gruptadır (m. 9/1)[53] Belirtmek gerekir ki, bu düzenleme ile AB mevzuatındaki tanımlama genişletilmiştir. Zira 95/46/EC sayılı AB Direktifinin 8. maddesinin ilk fıkrasına göre özel nitelikli kişisel veri; ırk veya etnik köken, siyasi görüş, dini ya da felsefi görüş veya gümrük birliği üyeliğini ortaya koyan veriler ile gerçek kişinin sağlığını veya cinsel yaşamını ilgilendiren verilerdi[54].

Türk hukuku bakımından ise, özel nitelikli kişisel veri kavramı, hukuka uygun surette işlenmesine ilişkin şartlarla beraber, KVKK m. 6'da düzenlenmiştir. Bu hükümde yer alan tanıma göre; *''Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.''*

Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi'', **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 69 (1-2), s. 317-334 (Hassas Veriler), s. 318. Ayrıca 21.06.2019 tarih ve 30808 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik, KVKK sınıflandırması bakımından özel nitelikli (hassas) veri sayılan kişisel sağlık verileri bakımından *''açık veri''* olaran adlandırılan yeni bir tanım getirmiştir. Buna tanıma göre 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 veriyi''* (m. 4/1-b.a)*;* açık sağlık verisi ise *''açık veri haline getirilen sağlık verisini''* (m. 4/1-b.b) ifade eder. Aslında açık veri, kişisel verilerin niteliği bakımından yapılan sınıflandırma kapsamında bir alt grup olmaktan ziyade, Yönetmelik sistematiği dahilinde anonim hale getirilmiş veriyi nitelendirmek için seçilen bir ifade tarzından ibarettir.

53 *''personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and (…) genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation''*.

54 Kaya, Direktif döneminde, özel türde kişisel verilerin Direktifde sınırlayıcı şekilde sayıldığını belirtmektedir, bkz. KAYA, Hassas Veriler, s. 319.

2. Kişisel Verinin İşlenmesinin Anlamı ve Hukuki Niteliği

A. Kişisel Verinin İşlenmesi Kavramı

Kişisel verinin işlenmesi ifadesi, veri koruması hukukunda birçok fiili içerir şekilde, oldukça geniş kapsamda ele alınmıştır. 95/46/EC AB Direktifi m. 2/b ve GVKT m. 4/2'nin kişisel verinin işlenmesi kavramına yükledikleri tanım aynıdır. Bu kapsamda AB mevzuatına göre kişisel verinin işlenmesi; ''*otomatikleştirilmiş araçlar aracılığıyla veya diğer yollarla kişisel veri veya kişisel veriler yığını üzerinde yürütülen, toplama, kaydetme, organize etme, yapılandırma, depolama, adapte etme veya değiştirme, elde etme, danışma, kullanma, iletilerek, yayılarak veya başka bir şekilde arz edilerek ifşa etme, birleştirme veya bir araya getirme, sınırlama, silme ya da yok etme gibi faaliyet veya faaliyetler bütününü*'' ifade eder[55].

KVKK m. 3/1-e de ise ''*kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi*'' ifade etmektedir.

Görüldüğü üzere KVKK'nın tanımı, mehaz 95/46/EC AB Direktifi m. 2/b'den farklı örneklere yer vermekle beraber temelde aynı şeyi ifade etmektedir. Kısacası verinin elde edilmesi dâhil olmak üzere elde edildikten sonra konu edildiği işlemlerin hepsi, kişisel verinin işlenmesi kapsamındadır. Madde metinlerinde sayılan birtakım faaliyetler ise örnekleyici sayım teşkil etmektedir; veri işlenmesi ifadesinden anlaşılması gereken fiiller, bu örneklerle sınırlı değildir.

D. Kişisel Verilerin İşlenmesinden Doğan Sorumluluk

Kişisel verilerin işlenmesi, kural olarak hukuka aykırı bir fiildir; bu nedenle açık normla düzenlenen bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça

---

55 ''*processing' means any operation or set of operations which is performed on personal data or on sets of personal data, whether or not by automated means, such as collection, recording, organisation, structuring, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, restriction, erasure or destruction;*''

veri sorumlusunun sorumluluğuna yol açacaktır[56]. Kişisel Verilerin Korunması Kanununda verilerin işlenmesi bakımından kusura özel bir önem atfedilmemiştir[57]. Bu nedenle kişisel verilerin hukuka aykırı surette işlenmesi, sebep sorumluluğuna dayanan bir kusursuz sorumluluk halidir[58]. Kişisel verilerin bir hukuka uygunluk sebebi bulunmaksızın işlenmesi halinde, veri sorumlusunun hukuki sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm KVKK'da yer almamaktadır. Bu takdirde, kişiliğin korunmasına ilişkin MK m. 25'de düzenlenen hukuki imkânlara başvurulabileceği belirtilmektedir[59].

Diğer yandan, kişisel verilerin işlenmesi izole olarak bakıldığında bir haksız fiil sorumluluğu hali iken, buna ilişkin bir kaydın sözleşmesel bağlamda düzenlenmesi ya da sözleşme öncesi görüşmelerde tarafların birbirlerinin ya da üçüncü kişilerin kişisel verilerine erişmesi mümkündür. Bu durumda, sırasıyla, sözleşmesel sorumluluk ve culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olacaktır.

IV. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNDE VERİ SAHİBİNİN AÇIK RIZASI

Kişisel verilerin işlenmesi kural olarak hukuka aykırı bir fiildir ve açık hükümle düzenlenen bir hukuka uygunluk hali olmadıkça haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilir. Modern kişisel verilerin korunması hukuku, veri minimizasyonu (mümkün olduğunca az miktarda veri işlenmesi) esas olarak kabul etmiş ve kişisel verilerin hukuka uygun surette işlenmesini bazı şartlara tabi tutmuştur[60].

Kişisel verilerin korunması kapsamında, hukuka uygunluk sebepleri bakımından KVKK m. 5 ve 6'da bazı özel düzenlemeler öngörülmüştür. Bu

---

56 İsviçre Veri Koruması Kanununun 13. maddesinin ilk fıkrasında bu husus, kişilik hakkı ile doğrudan bir bağlantı kurularak açıkça belirtilmiştir.

57 Kişilik hakkının korunmasını düzenleyen genel hükümlere göre de kusurun aranmadığı; bununla beraber zararın tazmini bakımından kusur şartının daim olduğu hakkında MEILI, s. 272, p. 55.

58 ÇEKİN, s. 638.

59 DEVELİOĞLU, s. 126 vd.

60 DE HERT, PAUL, ''Data Protection as Bundles of Principles, General Rights, Concrete Subjective Rights and Rules: Piercing the Veil of Stability Surrounding the Principles of Data Protection'', **European Data Protection Law Review**, 2017/3, s. 160-179, s. 175-176.

hükümler, MK m. 24 ve TBK 63-64 hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde olduğundan öncelikle uygulanır[61].

Kişinin maddi veya manevi bütünlüğüne bir saldırı söz konusu olduğunda akla ilk gelen hukuka uygunluk sebebi çoğu zaman mağdurun rızasıdır. Bu temel esas ışığında, kişisel verilerin korunması hukuku bakımından da akla ilk gelen ve hukuka uygunluk halleri arasında en başta sayılan, kişisel veri sahibinin rızasıdır[62].

AB mevzuatında kişisel veri sahibinin rızasını hukuka uygunluk sebebi olarak ele alan ilk yasal düzenleme, *veri sahibinin açık rızasını vermiş olmasını*[63] düzenleyen 95/46/EC sayılı Direktif'in 8. Maddesinin 2. fıkrasının (a) bendidir. GVKT m. 1/a'da da benzer şekilde *''veri sahibinin bir veya birden fazla belirli amaç için kişisel verisinin işlenmesine rıza vermiş olması''*[64], bir hukuka uygunluk sebebi olarak sayılmıştır. Tüzüğün 4. maddesinin 11. bendinde ise rıza; ''*veri sahibinin kişisel verilerin işlenmesine yönelik özgürce verilmiş, spesifik, aydınlatılmış ve muğlak olmayan arzusunun, bir beyanla ya da açık bir olumlayıcı davranışla ifade edilmesi''* olarak

---

61 YÜCEDAĞ, s. 771. Kişisel Verilerin Korunması Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde konu, özel hukuk hükümlerine göre değerlendirilmekteydi, bkz. ÖZDEMİR, s. 165 vd., AKSOY, Hüseyin Can: **Kişisel Verilerin Korunması**, Çakmak Yayınları, Ankara, 2010, s. 80 vd. Ayrıca iş hukuku uygulamaları bakımından da İş Kanunu bakımından işçinin haklı fesih ve geçerli fesih hakkına sahip olup olmadığı da eklenebilir, bkz. UNCULAR, Selen: **İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin, 2018, s. 314-317.

62 BROWNSWORD, Roger: ''Consent in Data Protection Law: Privacy, Fair Processing and Confidentiality'', **Reinventing Data Protection Law?**, ed. Serge GutwirthYves PoulletPaul De HertCécile de TerwangneSjaak Nouwt, Springer Netherlands 2009, s. 87; AB Kişisel Verilerin Korunması Hukuku mevzuatının tarihsel gelişimi bakımından, görüşmelerde, hukuka uygunluğun rıza temelinde şekillendirilmesi teklifinin özellikle Almanya'dan geldiğine ilişkin GONZALEZ FUSTER, s. 137. Diğer yandan, kişisel verilerin korunmasına, tüketicinin özel hayatının gizliliğinin korunması ve haksız ticari uygulamaların engellenmesi kapsamında ele alan ABD otoritesi Federal Ticaret Komisyonu *(Federal Trade Commission)* da verilerin hukuka uygun surette işlenmesi için rızayı esas almaktadır, bkz. EIJIK, Nico Van / HOOFNAGLE, Jay / KANNEKENS, Emilie, ''Unfair Commercial Practices: A Complementary Approach to Privacy Protection'', **European Dava Protection Law Review**, 2017/3, s. 325-337, s. 328 vd.

63 *''the data subject has given his explicit consent to the processing of those data''*

64 *''the data subject has given consent to the processing of his or her personal data for one or more specific purposes;''*

tanımlanmıştır[65]. Aynı doğrultuda, *''Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.''* düzenlemesini ihtiva eden KVKK m. 5/1 de, veri sahibinin açık rızasını, bir hukuka uygunluk sebebi olarak ve özel bir düzenlemeyle öngörmüştür.

1. Veri Sahibinin Rızası ve Diğer Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki İlişki

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin diğer hukuka uygunluk sebepleri KVKK m. 5/2'de 7 bent halinde düzenlenmiştir. Buna göre;

''Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.''

95/46/EC sayılı Direktif, Genel Veri Koruma Tüzüğü ve Kişisel Verilerin Korunması Kanununun hukuka uygunluk sebeplerini düzenleyen hü-

---

65 *''consent' of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her''*

kümleri, muhteviyatları bakımından büyük ölçüde aynıdır. Genel Veri Koruma Tüzüğü'nden ayrılan bir diğer farklılık da, (d) bendindeki *''ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması''* haline Kişisel Verilerin Korunması Kanununda yer verilmiş olmasıdır.

Bununla beraber, KVKK m. 5, hukuka uygunluk sebeplerinin sıralanması bakımından farklılık arz etmektedir. 95/46/EC sayılı Direktif ve 2016 sayılı Tüzük'te veri sahibinin rızası dışındaki hukuka uygunluk sebepleri, (a) bendindeki veri sahibinin rızasını takip eder şekilde, (b) ve devamı bentlerinde düzenlenmiştir. KVKK m. 5'te ise ilk fıkra, münhasıran veri sahibinin rızası ayrılmış; diğer sebepler ikinci fıkrada bentler halinde sayılmıştır. Hatta KVKK m. 5/2'nin, *''Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür''* şeklindeki lafzı itibariyle, diğer hukuka uygun sebeplerinin, açık rızanın bulunması durumunun istisnası olarak görünmesine sebebiyet vermektedir[66]. Esasında bu hallerde veri sahibinin aktif bir hareketi aranmamış, anılan olguların varlığı halinde veri sorumlusunun harekete geçmesine imkân tanımıştır[67]. Bu da, hukuka uygunluk sebepleri arasında bir önem sırası bulunduğu ve açık rızanın diğer sebeplere göre öncelikli olduğu izlenimi yaratmaktadır. Bir diğer görüş ise, *''ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür''* ifadesine dikkat çekmekte ve bu hallerde kişisel verilerin işlenmesinin mutlak surette hukuka uygun olmadığını belirtmektedir. Bu görüşe göre, somut olayda bu bentlerde bulunan bir hal mevcut olsa dahi, kişisel verinin işlenmesindeki menfaat ile veri sahibinin menfaati aşırı ölçüde dengesiz ise, işlem yine de hukuka aykırı kabul edilir[68]. Ancak veri sorumlusunun, açık rızanın varlığına dayanması da kişisel verilerin işlenme-

---

66 Aynı hususu ifade ederek, hükmün lafzından, 1. fıkrada düzenlenen veri sahibinin rızasının, 2. fıkrada düzenlenen diğer hukuka uygunluk sebeplerine nazaran öncelikli bir konumda gibi göründüğüne; ancak Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun internet sitesinde yayınladığı soru-cevap bölümünde, rızanın öncelikli bir konumda olmadığının belirtildiğine dikkat çeken YÜCEDAĞ, s. 773. Buna karşılık Küzeci ise KVKK'da açık rızanın varlığı kişisel verinin meşru surette işlenmesine ilişkin bir kural olarak öngörülmüşken GVKT'nde meşru işleme nedenlerinden sadece birini oluşturduğu kanaatindedir, bkz. KÜZECİ, Elif: **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 345.

67 AB Mevzuatı bakımından bu görüşü ifa eden JASMONTAITE, Lina et al., ''Data Protection by Design and by Default: Framing Guiding Principles into Legal Obligations in the GDPR'', **European Data Protection Law Review**, 2018/4, s. 168-189, s. 184.

68 DEVELİOĞLU, s. 58-59.

sini doğrudan ve mutlak surette hukuka uygun hale getirmez. Uyuşmazlık halinde ''özgür ve bilinçli muhakemeye dayanan, aydınlatılmış açık rızanın varlığı'' değerlendirilir. Kanaatimizce, mehaz Avrupa Birliği mevzuatına uygun yorum esasından hareketle, KVKK'da kaleme alındığı şekliyle bu kelime seçiminin, açık rıza ve diğer hukuka uygunluk sebepleri arasında bir üstünlük yaratmadığı kabul edilmelidir.

Veri sorumlusu, dayandığı hukuka uygunluk sebebini, verinin işlenmesinden önce veri sahibine bildirmelidir. Bu nedenle, veri sorumlusu; hukuka uygunluk sebebi olarak açık rızasını esas aldığını veri sahibine bildirmişse, rızanın geri alınması ya da hükümsüz olduğunun anlaşılması halinde, başka bir hukuka uygunluk sebebine dayanamaz[69].

3. Özel Hukukta Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Rıza

Medeni Kanunun 24. maddesinin 2. fıkrası, kişilik hakkına yapılan saldırılar bakımından hukuka uygunluk sebeplerini düzenlemiştir. Bu hüküm uyarınca, *''Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.''*

Haksız fiil sorumluluğuna yol açacak bir fiile yönelik olarak akla gelen ilk hukuka uygunluk sebebi, mağdurun rızasıdır[70]. Rıza beyanında bulunulması, tek taraflı bir hukuki işlem niteliğindedir ve ayırt etme gücü olan kişi, geçerli surette rıza beyanında bulunabilir[71].

Kişilik hakkına yapılan saldırıya karşı rıza gösterilmesi, sonuçları itibariyle esasında, rızanın geçerliliği bakımından ayrım yapılmasını gerektiren meseledir. Eğer kişinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir değer söz konusu ise, bu değere yönelik saldırıya rıza göstermesi, saldırı fiilinin hukuka aykırılığını kaldırır[72]. Bu kapsamda rıza; içsel koruma (kişiyi kendisine karşı koruma) esasına, hukuk düzeninin emredici normlarına ve genel ah-

---

69 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 23.

70 SEROZAN, s. 468; BROWNSWORD, s.88.

71 JEANDIN, Nicolas, **Code Civil I: Art. 1-359 CC**, Commentaire Romand, Bâle, 2010, s. 262, p. 73.

72 OĞUZMAN et al., s. 220; HELVACI, Serap / ERLÜLE, Fulya, **Medeni Hukuk: Medeni Hukuka Giriş – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku**, 5. Bası, Legal, İstanbul, 2018, s. 98.

lak kurallarına uygun olmalıdır[73]. Ancak üzerinde tasarrufta bulunulmasına hukuk düzeninin izin vermediği bir değer söz konusu ise, rıza, bu değeri ihlal eden saldırıyı hukuka uygun hale getirmez[74]. TBK m. 52/1, bu durumda tazminattan indirim yapılabilmesi yönünde hâkime takdir yetkisi tanındığını öngörmektedir[75]. Bu nedenle rızanın, her somut olayda bir hukuka uygunluk sebebi olduğu söylenemez.

Kişisel verilerin korunması hukuku bağlamında konuya yaklaştığımızda, KVKK'nın düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerine yaklaşımı, genel olarak medeni hukuk ve borçlar hukuku perspektifine yakın görünmektedir[76]. Çalışmamızın bu bölümünde de, genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak rıza, kişisel verilerin işlenmesi meselesi özelinde incelenecektir.

4. Kişisel Verilerin İşlenmesi Kanunu Bağlamında Açık Rıza

A. Açık Rıza Kavramı

95/46/EC sayılı Direktifi esas alan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, kişisel verilerin işlenmesi için veri sahibinin açık rızasını vermiş olmasını aramaktadır. Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Giriş bölümünün 32. paragrafında, kişisel verinin hukuka uygun surette işlenmesi için verilmesi gereken rızanın, açık rıza olması gerektiği vurgulanmıştır[77]. Yine m.22'de, profil çıkarma[78] dahil olmak üzere, münhasıran otomatik işlemeye dayanan bir

---

73 SEROZAN, s. 469.

74 Aksi yönde, gerek önceki gerekse sonraki rızanın, hukuka aykırılığı kaldıracağı yönünde Büchler, s. 128.

75 DURAL / ÖĞÜZ et al, s. 151.

76 Hukuka uygunluk sebepleri açısından GVKT ile aynı doğrultuda düzenleme getirmiş olan mülga 95/46/EC sayılı Direktif bakımından bu hususu belirten AKSOY, s. 102, dn. 70; Ayrıca Yazar, KVKK henüz kanun taslağı halindeyken kaleme aldığı eserinde Direktif ile KVKK Tasarısı arasında konuya ilişkin paralelliğe dikkat çekmektedir, bkz. s. 106-107.

77 *''… unambiguous indication of the data subject's agreement to the processing of personal data …''* ifadesi yer almaktadır. Kuner, 95/46/EC sayılı Direktif'ten farklı olarak GVKT'nin, kişisel verilerin işlenmesi bakımından açık rızanın varlığını sıkı şartlara tabi tutarak hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesini zorlaştırdığını belirtmektedir, bkz. KUNER, Christopher: ''The European Commission's Proposed Data Protection Regulation: A Copernican Revolution in European Data Protection Law'', **Bloomberg BNA Privacy and Security Law Report**, 6 Şubat 2012, s.9.

78 Tüzük'ün 22. maddesinde otomatik veri işleme yollarından biri olarak ayrıca zikredilen profil çıkarma, bizzat veri sahibinden doğrudan alınan verinin değil, bu verinin türetilmesinden

veri işleme bakımından da, açık rızanın hukuka uygunluk sebeplerinden biri olduğu düzenlenmiştir[79].

Açık rızadan ifadesinden anlaşılması gereken; veri sahibinin iradesine herhangi bir tereddüte ya da yoruma açık olmayacak surette, bir beyanla ya da net ve olumlayıcı bir hareketle iletmesidir[80]. Veri sahibinin açık rızası, belirli bir işleme faaliyetine ilişkin, veri sorumlusunun yeterli ve gerekli bilgilendirmesi üzerine verilmiş özgür iradeye dayanması gerekir[81]. Açık rıza beyanı yazılı ya da sözlü surette iletilebileceği gibi, elektronik araçlar yoluyla da verilebilir[82].

Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün muhtelif maddelerinin yanı sıra Giriş bölümünde, kişisel verilerin hukuka uygun surette işlenmesi için veri sahibinin rızasını ilişkin hususlar ve veri sorumlusunun rızayı talep ederken uyması gereken noktalar detaylı olarak, uygulamadan örnekler verilerek açıklanmıştır. Öğretide, mehaz kaynakta yer alan bu açıklamaların Türk Hukuku bakımında da kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir[83].

E. Açık Rızanın Oluşması İçin Gereken Şartları

a. Veri Sahibinin Aktif Bir Hareketine Dayanmalı

Veri sahibinin rızası, yazılı veya sözlü olarak, fiziki ya da elektronik ortamda aktif olarak bir harekette bulunarak verilmelidir. Açık rıza elde etmek isteyen veri sorumlusu talebini elektronik yollarla sunmuşsa, bu talep açık, net ve sunulan hizmetin kullanılmasını gereksiz ölçüde engellemeyecek şekilde olmalıdır[84]. İlgili veri, eğer birden fazla kişiyi ilgilendirir şekilde bu kişilerin hepsi için kişisel veri niteliğinde ise, bütün kişilerin rızasının alınması gerekir.

---

elde edilen verinin işlenmesidir, bkz. Article 29 Working Party's Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, s. 13.

79 Çalışma Grubu Rehberinde m. 22 bağlamında açık rızadan anlaşılması gerekenin, veri sahibinin nete rıza gösterdiğini açık ve net şekilde anlaması gereği, bu kapsamda veri sahibinin planlanan işleme faaliyeti ve işlemenin sonuçları hakkın gerekli bilgiye sahip olması gerektiği vurgulanmaktadır, bkz. Article 29 Working Party's Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, s. 13.

80 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 18.

81 Kişisel Verilerin Korunması Kurulu Açık Rıza Rehberi, s. 3.

82 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 16.

83 DEVELİOĞLU, s. 56.

84 GVKT Giriş Bölümü Paragraf 32; Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun Açık Rıza Rehber, s. 3..

Veri sahibi, açık bir beyan sunmak dışında, boş kutucukları *(opt-in box)* işaretleyerek ya da ''onaylıyorum'' butonuna basarak rıza verebilir[85]. Örneğin; ziyaret edilen bir internet sitesinde, kişisel verilerin işlenmesinin kabul edildiğine ilişkin bir kutucuğun veya onay anlamında gelen bir ifadenin işaretlenmesi, açık rızanın tesis edildiği anlamına gelir.

Bununla beraber, açık rıza verilmesi talebine sessiz kalınması veya internet sitelerinde otomatik ayar ile kabul anlamına gelecek düzenlemeler yapılması; açık rızanın verildiğine delalet etmez. Bu kapsamda, hâlihazırda işaretlenmiş kutucuktaki onay işaretini kaldırmak *(opt-out box)*, veri koruma hukuku bağlamında aktif bir harekete dayanan geçerli bir rıza beyanı olarak kabul edilmemektedir[86].

e. Veri Sahibinin Özgür İradesine Dayanmalı

Veri sahibinin, kendisine ait kişisel verinin işlenmesine yönelik verdiği açık rıza, kendi muhakemesi sonucu oluşturduğu özgür iradesine dayanmalıdır[87]. İradenin özgürce gerçekleşen bir muhakeme sonucu oluşturulup oluşturulmadığı, somut olayın şartları dikkate alınarak incelenir[88]. Örneğin; işçinin hayatını sürdürebilmek için ekonomik olarak işverene bağımlı olduğu iş ilişkisinde, işçinin kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterdiğini beyan etmiş olmasının, ne ölçüde özgür bir iradeye dayandığı tartışmaya açıktır[89]. Bu kapsamda, işverenin çalışanlarından değerlendirme formu doldurmasını

---

85 LYNSKEY, Orla: **The Foundations of EU Data Protection Law**, Oxford University Press, 2015, s. 187.

86 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 16.

87 Hukuka aykırılığı kaldıran bir sebep olarak rızanın geçerli kabul edilmesi için, ''*özgürce ve bilinçli''* surette verilmiş olması gerekir, bkz. SEROZAN, s. 469.

88 Avrupa Adalet Divanı bir kararında, pasaport almak için ilgili idareye başvuran vatandaşlardan parmak izi alınması talebi karşısında, vatandaşların pasaport alabilmek zorunlu olarak bu talebi kabul etmek zorunda kaldıklarını belirtmiştir. Divan'a göre, bu durumda özgür irade ile verilmiş rızadan bahsedilemez, bkz. Case C-291/12 Schwartz v Stadt Bochum (2013).

89 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, s. 7; Kişisel Verilerin Korunması Kurulu Açık Rıza Rehberi, s. 6; YÜCEDAĞ, s. 775; İşveren – işçi arasında iş sözleşme kurulmadan önce, iş sözleşmesinin devamı süresince ve iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin kişisel verilerinin işlenmesi kapsamında kabul edilen faaliyetler gerçekleşebilir. İVeri haline getirilecek şekilde bilgi edinmeyi amaçlayan kişisel soruların sorulması veya üçüncü kişilerden bilgi edinilmesi, fiziksel ve psikolojik bütünlüğü ölçücü testlerin uygulanması, işçinin üstünün ve eşyalarının aranması, işçinin elektronik ve biyometrik sistemlerle izlenmesi ve/veya elde edilen bilgilerin kaydedilmesi bu tip uygulamalara örnektir, bkz. UNCULAR, s. 186 vd.

ya da işyerinde kamera ile izleme sistemlerinin kurulmasına rıza gösterilmesinin talep etmesi halinde işçinin bunlara rıza göstermiş olmasının özgür iradeye dayanmadığı söylenebilir[90]. Yine Giriş bölümünün 43. paragrafında belirtildiği üzere, veri sorumlusunun bir kamu idaresi olduğu hallerde açıkça bir güçler dengesizliği *(inbalance of power)* bulunmaktadır ve kamu idaresi her halde rızanın özgür iradeye dayandığını belirtemeyecektir[91]. Benzer şekilde, özel hukuka tabi bir kişiden hizmet alınması ya da sözleşme kurulması, kişisel verilerin işlenmesi şartına tabi tutulmuşsa yine özgür iradeden bahsedilemez[92]. Zira veri sahibi rıza göstermezse bunun olumsuz sonuçlarına katlanmak zorunda hissediyorsa, ortada gerçekten özgür iradeye dayanan bir rıza beyanının bulunduğu söylenemez[93]. Fransız Veri Koruma Otoritesi Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonunun *(Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés)* Google hakkında 50 milyon Avroluk rekor tutarda cezaya hükmettiği kararda, veri işlemeye yönelik bilgilendirmeye kolaylıkla ulaşılmasını sağlayan global bir erişim sistemi tasarlanmamış olması nedeniyle kullanıcının rızasının açık bir beyana dayanan, özgür ve aydınlatılmış rıza niteliğinde olmadığı sonucuna varmıştır[94].

Sınırlı ehliyetsizler, kişisel verinin işlenmesi için rıza verebilirler[95]. Tam ehliyetsizler açısından ise konu daha tartışmalıdır. Veri sahibinin kişisel verileri üzerindeki hakları, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır[96]. Bir görüşe göre, ayırt etme gücü olmayan tam ehliyetsiz yerine yasal temsilcisi rıza verebilecektir[97]. Diğer bir görüş ise, yasal temsilcinin rızasının, tam ehli-

---

90 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, s. 7.

91 Avrupa Adalet Divanı bir kararında, pasaport almak için ilgili idareye başvuran vatandaşlardan parmak izi alınması talebi karşısında, vatandaşların pasaport alabilmek zorunlu olarak bu talebi kabul etmek zorunda kaldıklarını belirtmiştir. Divan'a göre, bu durumda özgür irade ile verilmiş rızadan bahsedilemez, bkz. Case C-291/12 Schwartz v Stadt Bochum (2013).

92 Kişisel Verilerin Korunması Kurulu Açık Rıza Rehberi, s. 6; LYNSKEY, s. 189 vd..

93 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, s. 5.

94 https://www.legifrance.gouv.fr/affichCnil.do?oldAction=rechExpCnil&id=CNILTEXT000038032552&fastReqId=2103387945&fastPos=1

95 DEVELİOĞLU, s. 57.

96 Öğretide bir görüşe göre kişisel verilerin işlenmesine rıza göstermenin mutlak surette kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilemeyeceğini; veri sahibinin işleme fiilini algılama kapasitesine sahip olmaması halinde yasal temsilcinin rıza beyanında bulunabileceğini belirten ÖZDEMİR, s. 168-169.

97 DEVELİOĞLU, s. 57.

yetsizin rızasının yerini tutmayacağı, ama rıza verilmesinin tam ehliyetsizin yararına olacağına yönelik bir karine teşkil edebileceğini belirtmektedir[98]. Kanaatimizce, kişisel verinin işlenmesine yönelik tam ehliyetsiz adına yasal temsilcinin rıza verebilmesi için, somut olayda, tam ehliyetsizin menfaatlerinin bunu gerektirmesi lazımdır[99]. Tam ehliyetsizler bakımından bu tip hakların yasal temsilci tarafından kullanabileceğini savunan bu görüşümüzün temel gerekçesi, ilgili hakkın büsbütün kullanılamamasının doğurduğu zarara karşı tam ehliyetsizin korunmasıdır. Ancak tam ehliyetsizin, kendisine ait verinin işlenmesinden ne gibi bir menfaat sağlayacağı tartışmaya açıktır. Özellikle sağlık, eğitim gibi hizmetler sunan kurumlar bakımından bu menfaatin bulunacağı kabul edilse de, çoğu zaman kişisel verilerin işlenmesindeki amaç, ekonomik ve sosyal eğilimler ile tüketim alışkanlıklarının tespit edilerek bunun bir ürün haline getirilmesidir[100]. Bu nedenle somut olay bazında değerlendirme yapılarak tam ehliyetsizin menfaatinin varlığın araştırılmalıdır.

Rızanın özgür iradeye dayanması şartı bağlamında, *rıza yorgunluğu (consent fatigue)* kavramına da değinilmelidir. Özellikle internet kullanıcıları, ziyaret ettikleri her internet sitesi için, kişisel verilerinin işlenmesini kabul ettiklerini beyan ettikleri *pop-up* olarak adlandırılan pencerelerdeki kutucukları işaretlemek veya onay butonuna basmak, bir süre sonra kullanıcı için anlamını kaybetmeye başlar[101]. Hatta bu taleplerin bazıları, onay verilmezse internet sitesinin sunduğu içeriğin görüntülenmesine ya da mobil uygulamanın sunduğu hizmetlerin kullanılmasına da izin vermemektedir

---

98 OĞUZMAN et al., s. 221.

99 DURAL / ÖĞÜZ., s. 82-83.

100 Özellikle internet üzerinden yapılan internet sitesi ziyaretlerinde bu izleme; cookies, flash cookies ya da device fingerprinting gibi takip amaçlı geliştirilen takip teknolojileri üzerinden yapılmaktadır. Bu izleme de tüketimin alışkanlıklarının takibi, ekonomik ve sosyal profil çıkarma gibi amaçlara hizmet etmekte; verinin analiz edilmesi sonucu elde edilen sonuca göre internet sitelerinde kullanıcıya göre reklam *(individually targeted advertisement* ya da *behavioral targeting)* sunulmaktadır, bkz. BORGESIUS Frederik J. Zuiderveen et al.: ''Tracking Walls, Take-it-or-leave-it Choices, the GDPR and the e-Privacy Regulation'', **European Data Protection Law Review**, 2017/3, s. 353-367, s. 354.

101 Hollanda'da yapılan bir çalışmada katılımcılar bu durumda internet sitesine ulaşmak için, veri takibi için izin isteyen kutucuklara onay vermek zorunda kaldıklarını belirtmişlerdir. Katılımcıların yüzde altmışı, bu şekilde sunulan ve veri takibini amaçlayan rıza talebinin ''adil olmadığı'' görüşündedir. Katılımcıların yüzde yirmisi adil olduğu yönünde görüş bildirmişken, diğer yüzde yirmi ise çekimser kalmıştır, bkz. BORGESIUS et al., s. 356-357.

(take-it-or-leave-it choices). Bu ise, veri sahibinin açık rızasının, muhakemesi sonucu oluşmuş iradesine dayanması esasıyla bağdaşmamaktadır. Genel Veri Koruma Tüzüğü, bu duruma karşı *tasarım gereği ve varsayılan ayarlarla veri koruması (data protection by desgin and by default)* esasını kabul etmiştir[102]. Bu esasla; teknik ayarlar yardımıyla kişisel verilerin işlenmesinin otomatik olarak kabul edilmesi ve veri işlenmesinin engellenmesi için kullanıcının aktif bir harekette bulunması zorunluluğunun dayatılmasının engellenmesi amaçlanır[103]. Bu kapsamda veri sorumlusu, proaktif hareket ederek kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini engelleyici teknik tedbirleri almalıdır[104].

f. Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin belirli bir amaca yönelik olması

Kişisel verinin işlenmesine ilişkin açık rızanın hukuka aykırılığı kaldırması için, veri sahibinin, verinin işlenmesiyle elde edilmek istenen amaç veya amaçlardan haberdar olması ve bu doğrultuda rıza vermesi *(purpose limitation)* gerekir[105]. Örneğin; bir satıcı, müşterisinden hem pazarlama faaliyetlerinin kendisine iletilmesi için iletişim bilgilerini kullanmaya hem de bu bilgileri dâhil olduğu şirketler grubundaki başka bir ticaret şirketine aktarmaya rıza vermesini talep edebilir. Bu durumda, veri sahibinin her iki işlem için de bilgilendirilmesi ve geçerli rızasının ayrı ayrı alınması gerekir[106]. Bu belirli amaç gerçekleştikten sonra veri sorumlusu, veriyi konu alan ve işleme olarak kabul edilebilecek faaliyetlere devam edemez[107].

---

102 *''Varsayılan ayarlarla koruma'' (privacy by default)* kavramı ile ifade eden Furkan Güven, **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul, 2017, s. 161.

103 İsviçre Veri Koruma Kanununda bu esası, GVKT ile uyumlu olarak genel kısımda açık hükümle düzenlemiştir, bkz. RUDIN, Beat, **Datenschutzreform in der Schweiz, digma - Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit**, s. 194-202, s. 194.

104 JASMONTAITE et al., s. 184.

105 MEILI, s. 269, p. 48; DEVELİOĞLU, s. 53; Genel olarak, hukuka aykırılığı kaldıran rıza beyanının, belirli veya belirlenebilir bir saldırıya karşı verilmiş olması gerektiği yönünde, JEANDIN, s. 262, p. 74.

106 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 10; Rehberdeki örneğe benzer şekilde, Kişisel Verileri Koruma Kurulu, özel nitelikli kişisel veri sayılan sağlığa ilişkin verinin, veri sorumlusu eczane tarafından, veri sahibinin açık rızası ya da diğer bir işleme şartı olmadan üçüncü kişiye aktarılmasının hukuka aykırı olduğu yönünde Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 05/12/2018 Tarihli ve 2018/143 Sayılı Kararı; Aynı hususta ayrıca bkz. Kişisel Verilerin Korunması Kurulu Açık Rıza Rehberi, s. 5.

107 SCUDIERO, s. 126.

g. Veri sorumlusunun bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmiş olması

Veri sahibinin rızasının geçerli olarak kabul edilmesi için özgür iradeye dayanması ve aydınlatılmış rıza niteliğinde olması zorunludur. Bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamının; veri sorumlusunun kimliği, rızanın talep edildiği her bir işleme faaliyetinin amacı, toplanan ve kullanılan verinin türü, veri sahibinin rızasını geri alma hakkının bulunduğu, otomatikleştirilmiş karar verme mekanizması için veri kullanımı hakkında bilgi, veri transferinin olası riskleri hakkında bilgi verilmesini içermektedir[108]. Veri sahibinin rıza beyanında bulunmanın bir seçenek olduğunu ve rıza verilmemiş olsaydı hukuka aykırı kabul edilecek bir işlem için meşruiyet sağlayacağının ayırdına varmış olması gerekir[109].

Veri sahibinin rıza verirken işleme kapsamındaki faaliyetlerin türünden ve işleme amacından haberdar olması gerekir. Veri sahibinin bu hususlardan, aktif bir hareketle, haberdar etmekle yükümlü olansa esasında veri sorumlusudur. Bu yükümlülüğün dayanağı ise veri sorumlusunun bilgilendirme ya da aydınlatma yükümlülüğüdür[110]. Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen KVKK m. 10 uyarınca;

''Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere;

a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,

b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,

c) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceği,

---

108 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 13.

109 BROWNSWORD, s. 101.

110 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 12'de ve Kanun Kapsamındaki Hak ve Yükümlülükler Rehberi, s. 3'te dile getirilen bu hususa ilişkin bkz. JEANDIN, s. 262, p. 74; BOROCZ, Istvan, ''Risk to the Right to the Protection of Personal Data: An Analysis through the Lenses of Hermagoras'', 2 **European Data Protection Law Review**, 2016/3, s. 467-480, s. 470; DEVELİOĞLU, s. 57; Çekin, s. 637; Özgür iradeye dayanan ve bilinçli verilmiş rızanın, karşı tarafın yeterli ölçüde bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlı olduğuna ilişkin, bkz. SEROZAN, s. 469. Bunun aynı zamanda, iradenin özgür ve aydınlatılmış bir muhakeme sürecine dayanarak oluşturulmasına katkı sağladığını belirten BU-PASHA, Shakila et al., ''EU Law Perspectives on Location Data Privacy in Smartphones and Informed Consent for Transparency'', **Eurıoean Data Protection Law** Review, 2016, s. 312 -323, s. 320.

ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,

d) 11 inci maddede sayılan diğer hakları konusunda bilgi vermekle yükümlüdür.''

Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü kapsamda, verinin işlenmesine yönelik amaç da, diğer bilgilerle beraber veri sahibine iletilecektir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından uyulması gereken prosedür, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından çıkarılan Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'de belirtilmiştir. Tebliğ'in 4. maddesinde yapılacak bildirimin asgari muhtevasının, m. 11'de bentler halinde sayılan hususları içermesi gerektiğini belirtmektedir. Yine Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun Açık Rıza Rehberi'nde, *''bilgilendirme yapılırken elde edilecek kişisel verilerin hangi amaçlarla kullanılacağı açıkça belirtilmeli, kişinin anlamayacağı terimler ya da yazılı bilgilendirme yapıldığında okumakta güçlük çekeceği oranda küçük puntolar kullanılmaması''* salık verilmiştir[111].

Tebliğ m. 5'te, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünün sözlü, yazılı, ses kaydı, çağrı merkezi gibi fiziksel veya elektronik ortamda yerine getirilebileceği belirtilmiştir. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi'nde bu maddeye ilişkin olarak örnek kabilinden, veri sorumlusu ya da yetkilendirdiği kişi tarafından sözlü olarak yüz yüze yapılan şifahi aydınlatma gibi, web sayfasında yer alan metin, bina girişinde duvara asılı levha, bir kameranın altında duvara monte edilmiş bilgi panosu, ses kaydı, çağrı merkezi operatörüyle görüşmeden önce bir ses dosyası dinletilmesi, web sayfasında yer alan bir belgede katmanlı aydınlatma yapılması, açılan pencere çıkması, mobil uygulamalar gibi örnekler verilmektedir[112]. Bu kapsamda, örneğin, bir mobil uygulamanın, akıllı telefon kullanıcısından bazı bilgi ve belgelerine erişim talep ettiğinde, kullanıcının uygulama geliştiricisinin ve veri sorumlusunun kimliği, verilerin işlenmesinin amacı ve işlenen verilerin alıcısının kimliği hususlarında bilgilendirilmelidir. Ayrıca kullanıcıya dilediği zaman veriye erişim ve yanlış veriyi düzeltme imkânı da verilmiş olmalıdır[113].

---

111 Kişisel Verileri Koruma Kurulu Açık Rıza Rehberi, s. 5.

112 Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi, s. 14.

113 BU-PASHA et al., s. 319.

h. Rızanın kişisel veri işlenmeden önce verilmiş olması

Kişisel verinin işlenmesine yönelik açık rıza, en geç verinin işlenmesi anında verilmiş olmalıdır[114]. Kişisel verinin işlenmesi anlamına gelecek herhangi bir faaliyetten sonra verilen rıza, işlemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Ancak kişiliğin korunması çerçevesinde, veri sahibi lehine kişilik hakkı ihlali dolayısıyla bir tazminata hükmedilmesi mevzu bahis ise, sonradan verilen rıza, bu tazminat bakımından bir indirim sebebi teşkil edebilir[115].

Fransız veri koruma otoritesi Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu, mobil uygulamanın elde edilen veriler ile daha sonra yapılacak işlemler için talep ettiği rıza beyanı talebine ilişkin kaydın, bahsi geçen işlemlere ilişkin yeterli bir açıklık içermediğinden bahisle geçersiz olduğuna hükmetmiştir[116].

i. Veri Sahibinin Rızasını Geri Alma Serbestisi

Veri sahibi, rızasını istediği an geri alabilir; ancak bu geri alma, geçmişe etkili sonuç doğurmaz[117]. O ana kadar yapılan işleme faaliyetler hukuka uygundur. Bu andan sonra yapılan işlemler bakımından ise veri sahibinin açık rızası şartı sağlanmamış kabul edilir[118]. Veri sorumlusu, veri sahibinin dilediği zaman ve aleyhine hiçbir sonuç doğmaksızın rızasını geri alabileceğini

---

114 JEANDIN, s. 22, p. 75; BOROCZ, s. 474; Konuya ilişkin Fransız Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonunun Görüşleri için bkz. Délibération 2016-405 du 15 décembre 2016 (https://www.legifrance.gouv.fr/affichCnil.do?oldAction=rechExpCnil&id=CNILTEXT000033738124&fastReqId=610498006&fastPos=2) ve Délibération 2016-406 du 15 décembre 2016 (https://www.legifrance.gouv.fr/affichCnil.do?oldAction=rechExpCnil&id=CNILTEXT000033738199&fastReqId=1859587492&fastPos=3).

115 DEVELİOĞLU, s. 57.

116 Décision MED-2018-022 du 25 juin 2018 (https://www.legifrance.gouv.fr/affichCnil.do?oldAction=rechExpCnil&id=CNILTEXT000037217051) ve Décision MED-2018-023 du 25 juin 2018 (https://www.legifrance.gouv.fr/affichCnil.do?oldAction=rechExpCnil&id=CNILTEXT000037217124&fastReqId=1928029948&fastPos=4).

117 FERRETTI, Federico: ''A European Perspective on Data Processing Consent through the Re-conceptualization of European Data Protection's Looking Glass after the Lisbon Treaty: Taking Rights Seriously'', **European Review of Private Law**, 2-2012, s. 473–506, s. 497; JEANDIN, s. 262, p. 75; BUCHLER, s. 128; MK m. 23/3'te organ nakli için öngörülmüş geri alma yetkisinin, kişilik hakkı kapsamındaki diğer değerlerin ihlaline verilen rıza kapsamında da uygulanabilir. Diğer taraftan, eğer rıza, karşı taraf bakımından uygun olmayan bir zamanda geri alınmışsa, rıza verenin, karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlü olduğu yönünde, bkz. SEROZAN, s. 470.

118 DEVELİOĞLU, s. 53.

belirtmelidir[119]. Ayrıca geri alma, veri sahibinin beyanın sunulması bakımından, en az rıza verilmesi kadar kolay olmalıdır[120]. Bununla beraber, özellikle verinin işlenmesi bir sözleşme dâhilinde öngörülmüşse, rızanın uygun olmayan bir zamanda geri alınması halinde veri sahibi, veri sorumlusunun bundan doğan zararını tazmin etmekle yükümlüdür[121].

j. KVKK'dan Önce Alınmış Rızanın Geçerliliği

Kişisel verilerin toplanması, analiz edilmesi, aktarılması, ekonomik faaliyetlere kabul edilmesi gibi KVKK kapsamında işleme kabul edilen birçok işlem; KVKK öncesi dönemde de yapılmaktaydı. KVKK Geçici m. 1/3 hükmünün 3. fıkrası da, kanunun yürürlük tarihi öncesinde alınmış rızalar bakımından ara döneme özgü bir düzenleme sevk etmiştir. Anılan hüküm uyarınca, *''Kanunun yayımı tarihinden önce hukuka uygun olarak alınmış rızalar, bir yıl içinde aksine bir irade beyanında bulunulmaması hâlinde, bu Kanuna uygun kabul edilir.''*

Genel Veri Korum Tüzüğü'nde de, Giriş bölümünün 171. paragrafında benzer bir geçiş rejimi öngörülmüştür. Buna göre, 95/46/EC sayılı Direktif döneminde alınan rızalar, Tüzük'ün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde, Tüzük'ün öngördüğü şartlara uygun hale getirilmelidir. Görüldüğü üzere Tüzük, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na göre, geçiş döneminde kişisel verilerin işlenmesi bakımından daha güvenceli bir koruma tesis etmiştir. Zira Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun öngördüğü şartlara uygun olmayan rıza, veri sahibinin sessiz kaldığı bir yılın sonunda geçerli hale gelecektir. Tüzük ise, veri sorumlusunun üzerine, yeni ve daha geniş kapsamlı koruma öngören bir rejime uygun davranma yönünde bir yükümlülük yüklemiştir[122].

---

119 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 10; Diğer yandan, Lynskey, veri sahibinin veri işlemeye yönelik rızasını geri alamayacağına yönelik beyanının içeren bir sözleşmesel kaydın geçerliliği tartışmaya açık olduğunu belirtmektedir. Yazar, veri sahibinin veri üzerindeki kontrole sahip olduğundan hareketle bu düzenlemenin geçerli sayılabileceğini belirtmekte; ancak veri sahibi ile veri sorumlusu arasındaki bilgi ve güç asimetrisinin çoğu zaman bu ''kontrolü'' zedeleyeceğine dikkat çekmektedir, bkz. LYNSKEY, s. 187.

120 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 21.

121 AEBİ-MULLER, Regina E., Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, ed. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo, 3. Auflage, 2016, s 102; **JEANDIN**, s. 22, p. 75.

122 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 30.

5. Rızanın Varlığını İspat Yükü

Kişisel veri sahibinin rıza göstermiş olduğunu ve bu rızanın onun özgür iradesine dayalı olduğunu ispat yükü, veri sorumlusundadır[123]. Bu husus, Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Giriş bölümünün 42. paragrafında, kişisel verinin işlenmesine ilişkin hukuka uygunluk sebebinin veri sahibinin rızası olduğu hallerde, veri sorumlusunun, veri sahibinin işlenmeye rıza göstermiş olduğunu ispatlayabilmesi gerektiği belirtilmiştir[124].

Veri sorumlusunun rızanın varlığını ispat yükü, veri sahibinin gerekli ve yeterli ölçüde bilgilendirildiğini ve rızanın hukuken geçerli sayılabilmesi için gerekli şartları sağladığını ispat edebilmeyi de kapsamaktadır[125].

6. Çocuklar Açısından Öngörülen Özel Koruma

95/46/EC sayılı Direktif ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda eşdeğer bir hüküm yer almamakla beraber; Genel Veri Koruma Tüzüğü, çocuklar açısından kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir hüküm sevk etmiştir. Buna göre, bilgi toplumu hizmetlerinin[126] sunulması ile bağlantılı olması ve çocuğun kişisel verilerin işlenmesine ilişkin usulüne uygun olarak alınmış açık rızasının bulunması halinde, bu verilerin işlenmesinin hukuka uygun olması için çocuğun en az 16 yaşında olması gerekmektedir[127].

Çocuğun 16 yaşından küçük olması halinde ise, rızanın bizzat çocuğun velisi tarafından verilmesi ya da çocuğun rızasının veli tarafından onaylanması gerekir. Buna paralel olarak, veri sahibinin 16 yaşından küçük olması halinde, veri sorumlusunun bilgilendirme yükümlülüğü de, küçük yerine rıza verecek olan veliye karşı yerine getirilmelidir[128].

---

123 DEVELİOĞLU, s. 57.

124 ''*Where processing is based on the data subject's consent, the controller should be able to demonstrate that the data subject has given consent to the processing operation.*''

125 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 21.

126 GVKT m. 4/b-25 uyarınca bilgi toplumu hizmetlerinin tanımı için 2015/1535 sayılı AB Direktifi m. 1/1'in (b) bendine atıf yapılmıştır. Buna göre, bilgi toplumu hizmeti; hizmet alanın bireysel talebi üzerine ve mutat olarak bir bedel karşılığı, elektronik araçlarla ve mesafeli olarak sağlanan hizmetlerdir *(any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services)*.

127 Tüzük, üye devletlere bu yaş sınırını 13'e kadar indirebilme yetkisi tanımıştır.

128 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 24.

Veri sahibinin yaşının tespiti bakımından veri sorumlusunun gerekli ve yeterli çabayı göstermesi gerekir (GVKT m. 8/2). Bu çabaya rağmen kullanıcı yaşını yanlış beyan etmişse bile, işlemenin hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir. Kullanıcının yaşının tespiti için bilgi talep edilmesi, örneğin, yaşının beyan eden bir form doldurması isteniyorsa, bu teyit işlemi için asgari düzeyde veri işleme faaliyeti gerçekleştirilmelidir[129].

7. Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi Bakımından Rıza

Kişisel veriler arasında konusu bakımından hassas nitelikte olması itibariyle ayrı önem atfedilmiş olan özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından da, KVKK m. 6/1 hükmüne göre, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi, kural olarak hukuka aykırıdır. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getirebilecek temel sebep, veri sahibinin açık rızasıdır.

Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından hukuka uygunluk sebepleri, AB mevzuatındaki paralel düzenlemesi ise Genel Veri Korum Tüzüğü m. 9/2'de bentler halinde sayılmıştır. Tüzük'ün 6. maddesindeki genel hüküm ile KVKK m. 5'teki genel hüküm arasındaki açık rızanın düzenleniş yeri arasındaki farklılık, özel nitelikli kişisel verinin işlenmesi bakımından hukuka uygunluk sebeplerinin sıralanışında da kendisini göstermiştir.

Özel nitelikli verilerin işlenmesi bakımından veri sahibinin açık rızasının aranmadığı istisnai haller ise f.3'te açıklanmıştır. Bu hükme göre,

''Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.''

İstisnai hallere ilişkin bu fıkrada, sağlık ve cinsel hayata ilişkin olmayan özel nitelikli veriler bakımından bizzat açık kanun hükmü; sağlık ve cinsel hayata ilişkin olanlar açısından ise, genel hükümler bağlamında MK m. 24/2'de ifade edilen şekliyle, kanunun verdiği yetkinin kullanılması sonucu hukuka aykırılık ortadan kalkmaktadır.

---

129 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 25.

8. Kişisel Verinin İşlenmesine İlişkin Rıza Talebinin Genel İşlem Koşulları Dâhilinde Talep Edilmesi

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin rıza; çoğu zaman, veri sorumlusunun başka bireylere de sunmak üzere önceden hazırladığı bir metin dâhilinde bilgilendirme yaptığı ve talebini sunduğu kayıtlar ile istenir. Bu metin, veri sahibi ile veri sorumlusu arasında hâlihazırda yapılacak olan bir sözleşme kapsamında ve bu sözleşmenin kurulması ve/veya ifasıyla ilişkili olarak da yer alabilir. Bu kapsamda veri sahibinin rızasının, genel işlem şartları dâhilinde bir metin içinde yer alması mümkündür[130]. Ancak veri sahibinin rızasının, rızayı talep eden tarafından önceden hazırlanmış ve gelecekte başka kişilere de sunulacak kayıtlardan oluşan bir metin yoluyla istenmesi için, veri sahibi ve veri sorumlusu arasında ayrı bir sözleşmesel ilişki bulunması gerekmez[131].

Rıza talebinin genel işlem şartları dâhilinde talep edilmesi halinde veri sahibine, yararlanmak istediği mal veya hizmete ulaşımı; ilgili ya da ilgisiz verilerine erişim ve bu verilerin işlenmesi şartına bağlı olarak sunulmaktadır. Veri sahibinin iki seçeneği vardır: ya kişisel verilerinin önceden belirlenen ve birçok kullanıcıya sunulan kayıtlar dâhilinde işlenmesini kabul edecek ya da işlemeye rıza vermeyerek mal ve hizmetten yararlanmaktan büsbütün vazgeçecektir *(take-it-or-leave-it choices)*.Bir internet sitesinin içeriğinin görüntülenmesi için veri takibi yapan programların *(tracking walls)* işlemesi için rıza talebi, sohbet veya e-posta hizmetlerinden yararlanabilmek amacıyla veri kullanımı politikalarına onay talep edilmesi, resim düzenlemeye izin veren bir mobil uygulamanın kullanıcının rehberine ya da sosyal medya hesaplarına erişimine yönelik de onay istemesi, bir akıllı televizyonunun kullanıcı tercihlerini öğrenebilmek için ortam dinlemesi yapmaya yönelik onay istemesi bu kapsamda düşünülebilir[132].

---

130 Genel işlem şartlarına genellikle sözleşme ilişkisi bağlamında rastlanmakla beraber tek taraflı hukuki işlemler bakımından da söz konusu olacağı hakkında ATAMER, Yeşim, ''Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları ve Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar'', **BATIDER**, 2012, s. 9 – 73, s. 13.

131 Bununla beraber, veri sahibinin rızasının sözleşme metni içinde yer alarak sözleşmesel düzlemdeki hak ve yükümlülükler kapsamında değerlendirilmesi ve hukuka aykırı bir fiili hukuka uygun hale getirmesi şeklinde farklı fonksiyonlara sahiptir, bkz. FERRETTI, s. 490-491.

132 BORGESIUS et al., s. 368.

Kişisel verilerin işlenmesine yönelik rızanın genel işlem koşulları teşkil eden kayıtlar dâhilinde talep edilmesi ve verilmesi halinde, rızanın geçerliliği ve hüküm doğurması, bu kayıtların TBK m. 20-25 arasında düzenlenen *genel işlem koşulları denetimini* geçmesine bağlıdır. Genel Veri Koruma Tüzüğü m. 29 Çalışma Grubunun Rızaya İlişkin Rehberinde ise, bu tür bir ''torba'' rızaların *(bundling consent)*, özgür iradeye dayanmasının muhtemel olmadığı belirtilmektedir[133]. Veri sahibinin global kabul niteliğindeki bu yönde beyanı, özgür iradeye dayanmadığından iradenin oluşumunda bir sakatlığından söz edilebilir. Bu nedenle, rıza talep edilen hususları ihtiva eden genel işlem koşullarının yürürlük denetimine takılacaktır[134]. Örneğin; bir banka müşteri, bankacılık hizmetlerinin kullanılmasını, kişisel verilerin işlenmesi şartına bağlıyorsa bu durumda rıza beyanının özgür şekilde verilmediği söylenebilir[135]. Bu nedenle, verilen rızanın geçersiz sayılması nedeniyle, bu tarz düzenlemelerin yürürlük denetimini geçemeyecektir.

Diğer yandan, Genel Veri Koruma Tüzüğü m. 7(4) ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 5/b.c'de, bir sözleşmenin ifası ya da hizmetin sunulması, kişisel verinin işlenmesi şartına tabi tutulmuşsa, açık rızanın varlığının azami dikkatle değerlendirileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda, eğer açık rıza bulunmadığı kanaatine varılırsa, sözleşmeden doğan borcun ifasını ya da ifaya yönelik hazırlıkları ilgilendirmeyen; mevzu bahis sözleşmesel ilişkiyi aşan ekonomik menfaatler güdülerek yapılmak istenen veri işleme faaliyetleri bakımından bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır[136],

SONUÇ

- Kişisel verilerin korunması hukukunun tarihsel gelişimi, tavsiye ve rehber niteliğindeki uluslararası metinlere dayanmaktadır. Doksanlı yıllardan itibaren ise ulusal ve uluslararası düzeyde bağlayıcı normlarla düzenlenen bir temelde gelişmiştir. Türk hukuku bakımından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hazırlanırken, 95/46/EC sayılı

---

133 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 8.

134 Yürürlük denetimi, genel işlem şartlarını hazırlayan bakımından karşı tarafı bunların varlığından haberdar etme içeriklerine ulaşma imkânı sağlaması, işlemin diğer tarafı bakımından ise kabul beyanında bulunması aşamalarını içermektedir. Detaylı açıklamalar için bkz. ATAMER, s. 27-29.

135 Article 29 Working Party's Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, s. 9.

136 BROWNSWORD, S. 488.

Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Direktif'in esas alındığı görülmektedir. Oysa Kanun Tasarısı hazırlanırken, o dönemde tasarı halinde olan ve daha güvenceli bir rejim öngören 2016 tarihli Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Tasarısı da yoğun şekilde tartışılmaktaydı.

- Kişisel verilerin korunması, hukuki niteliği ve hak teorisi itibariyle tartışmalı bir kurumdur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Adalet Divanı ve bizim Anayasa Mahkememiz; kişisel verilerin korunmasını, insan onuru ve özel hayatın gizliliği bağlamında ele almaktadır. Bu da, kişisel verilerin korunmasının hukuki niteliğini kişilik hakkı kapsamında bir değer olmaya yaklaştırmaktadır. İsviçre-Türk hukukunda da kabul gören görüş, kişisel verilerin korunmasının kişilik hakkı kapsamında bir değer olduğu ve özel hüküm bulunmayan hallerde kişiliğin korunmasına ilişkin genel düzenlemelerin uygulanacağıdır.
- Kişisel verilerin işlenmesi türü itibariyle çok geniş yelpazede faaliyetleri kapsamaktadır. Bu bakımdan, gerek Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gerekse 2016 tarihli Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde bu faaliyetler, örnekseme yoluyla sayılmıştır.
- Kişisel verilerin işlenmesi kural olarak hukuka aykırıdır. Bununla beraber, kişisel verilerin hukuka uygun surette işlenmesi için KVKK m. 5'te (özel nitelikli kişisel veriler bakımından KVKK m. 6'da) düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunması gerekmektedir. Veri sorumlusu, kişisel verileri işlerken dayandığı hukuka uygunluk sebebini, en geç verilerin işlenmesi anında veri sahibine bildirmelidir.
- Gerek mülga 95/46/EC sayılı AB Direktifi gerekse Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde, kişisel verilerin korunması bağlamında öngörülen bütün hukuka uygunluk sebepleri bentler halinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde diğer hukuka uygunluk sebepleri tek bir fıkrada sayılırken, kişisel verilerin işlenmesi bağlamında hukuka uygunluk sebeplerinden veri sahibinin rızası için ayrı ve bağımsız bir fıkra tahsis edilmiştir. Bu da, veri sahibinin açık rızasının, diğer hukuka uygunluk sebeplerine göre hiyerarşik olarak konumunun sorgulanmasına yol açmaktadır.

- Veri sahibinin açık rızasının, kişisel verilerin işlenmesi bakımından hukuka aykırılığı kaldırması için, hukuken geçerli olması gerekir. Bu kapsamda veri sahibi; özgür iradesine dayanan ve belirli bir amaca/ işleme faaliyetine yönelik açık rızasını, aktif bir harekete dayanarak rızasını vermelidir. Veri sahibinden alınan rızanın hukuka uygun olması için veri sorumlusuna da bazı yükümlülükler düşmektedir. Bu bakımdan veri sorumlusunun, veri sahibinin rızasının özgür bir muhakemeye dayanarak oluşturulabilmesi için, Kanunun öngördüğü hususlarda gerekli ve yeterli bilgilendirmeyi sağlamış olması gerekir.

KISALTMALAR LİSTESİ

95/46/EC sayılı AB Direktifi	:	1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Direktif
AB	:	Avrupa Birliği
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BATIDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Dergisi
BGE / ATF	:	Bundesgerichtsenscheidung Arrêt de Tribunal Fédéral
BK	:	818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	:	bakınız
dn.	:	dipnot
E.	:	esas
Ed.	:	editör
E.T.	:	Erişim Tarihi
f.	:	fıkra
GVKT	:	2016 tarihli Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
K.	:	karar
KVKK	:	6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
m.	:	Madde
MK	:	4721 sayılı Medeni Kanun
p.	:	paragraf
s.	:	sayfa
T.	:	tarih
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
vd.	:	ve devamı
Yarg.	:	Yargıtay

KAYNAKÇA

AEBİ-MULLER, Regina E.: **Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, ed. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo, 3. Auflage, 2016.

AKSOY, Hüseyin Can: **Kişisel Verilerin Korunması**, Çakmak Yayınları, Ankara, 2010.

ATAMER, Yeşim: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları ve Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar, **BATIDER**, 2012, s. 9 – 73.

BROWNSWORD, Roger: ''Consent in Data Protection Law: Privacy, Fair Processing and Confidentiality'', **Reinventing Data Protection Law?**, ed. Serge GutwirthYves PoulletPaul De HertCécile de TerwangneSjaak Nouwt, Springer Netherlands 2009, s. 83-110.

BORGESIUS Frederik J. Zuiderveen / KRUIKEMEIER, Sanne / BOERMAN, Sophie C. / HELBERGER, Natali: Tracking Walls, Take-it-or-leave-it Choices, **the GDPR and the e-Privacy Regulation, European Data Protection Law Review**, 2017/3, s. 353-367.

BOROCZ, Istvan: Risk to the Right to the Protection of Personal Data: An Analysis through the Lenses of Hermagoras, **2 European Data Protection Law Review**, 2016/3, s. 467-480.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: **Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması**, Yetkin, Ankara, 2016.

BU-PASHA, Shakila / ALEN-SAVIKKO, Anette / MAKINEN, Jenna / GUINNES, Robert / KORPISAARI, Paivi: EU Law Perspectives on Location Data Privacy in Smartphones and Informed Consent for Transparency, **Eurıoean Data Protection Law Review**, 2016, s. 312 -323.

ÇEKİN, Mesut Serdar: *''6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi''*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 74, s. 629-644.

DE HERT, PAUL: Data Protection as Bundles of Principles, General Rights, Concrete Subjective Rights and Rules: Piercing the Veil of Stability

Surrounding the Principles of Data Protection, **European Data Protection Law Review**, 2017/3, s. 160-179.

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: **6098 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, TUFAN: **Kişiler Hukuku**, 19. Baskı, Filiz, İstanbul, 2018.

EIJIK, Nico Van / HOOFNAGLE, Jay / KANNEKENS, Emilie: Unfair Commercial Practices: A Complementary Approach to Privacy Protection, **European Dava Protection Law Review**, 2017/3, s. 325-337.

FERRETTI, Federico: ''A European Perspective on Data Processing Consent through the Re-conceptualization of European Data Protection's Looking Glass after the Lisbon Treaty: Taking Rights Seriously'', **European Review of Private Law**, 2-2012, s. 473–506.

GONZALEZ FUSTER, Gloria: **The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU**, Brussels, 2014.

HELVACI, Serap / ERLÜLE, Fulya: Medeni Hukuk: **Medeni Hukuka Giriş – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku**, 5. Bası, Legal, İstanbul, 2018.

JASMONTAITE, Lina / KAMARA, Irene / ZANFIR-FORTUNA, Gabriela / LEUCCI, Stefano: Data Protection by Design and by Default: Framing Guiding Principles into Legal Obligations in the GDPR, **European Data Protection Law Review**, 2018/4, s. 168-189.

JEANDIN, Nicolas: Code Civil I: Art. 1-359 CC, **Commentaire Romand**, Bâle, 2010.

KAYA, Cemil: *''Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi''*, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 69 (1-2), s. 317-334. (Hassas Veriler)

KAYA, Cemil: **Assessing the Transfer of Personal Data in the European Union in the Light of the Data Protection Directive**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011. (Transfer of Personal Data)

KUNER, Christopher: ''The European Commission's Proposed Data Protection Regulation: A Copernican Revolution in European Data Protection Law'', **Bloomberg BNA Privacy and Security Law Report**, 6 Şubat 2012.

KÜZECİ, Elif: **Kişisel Verilerin Korunması,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

LÖW, PETRA: **Datenschutz im Interne: Eine strukturelle Untersuchung auf der Basis der neuen deutschen Medienordnung**, Tübingen, 2000.

LYNSKEY, Orla: **The Foundations of EU Data Protection Law**, Oxford University Press, 2015.

MEILI, Andreas: **Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB, Basler Kommentar**, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 4. Auflage, Basel, 2010.

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişileri**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 17. Baskı, Filiz, İstanbul, 2018.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**, Seçkin, Ankara, 2009.

PEARCE, Henry: Personality, Property and Other Provocations: Exploring the Conceptual Muddle of Data Protection Rgihts under EU Law, **European Data Protection Law Review**, 2018/4, s. 190-208.

RUDIN, Beat: Datenschutzreform in der Schweiz, **digma - Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit**, s. 194-202.

SAMUELSON, Pamela: Privacy as Intellectual Property, **Stanford Law Review**, Volume: 52, 1999, s. 1125-1173.

SAUVAIN, Monique Cossali / DUBOIS, Camille: Les Codes de Conduite dans le Projet de Révision de la Loi Fédérale sur la Protection des Données, **LeGes - Gesetzgebung & Evaluation**

SCHMID, Alain / SCHMIDT, Kirsten Johanna / ZECH Herbert: Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion, **sic! - Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht**, 2018, s. 627-639.

SCUDIERO, Lucio: Bringing Your Data Everywhere: A Legal Reading of the Right to Portability, **European Data Protection Law Review**, 2017/2, s. 119-127.

SEROZAN, Rona: **Medeni Hukuk: Genel Bölüm – Kişiler Hukuku**, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

YÜCEDAĞ, Nafiye: *''Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebep-*

leri'', **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 75 (2), s. 765-790.

TAŞTAN, Furkan Güven: **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

UNCULAR, Selen: **İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin, 2018.

VAN DER SLOOT, Bart: Privacy as Personality Right: Why the ECtHR's Focus on Ulterior Interests Might Prove Indispensable in the Age of 'Big Data', **Utrecht Journal of International and European Law**, Vol. 31, No. 80, 2015, pp. 25-50.

VICTOR, Jacob M.: The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy, The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy', **Yale Law Journal**, 123, 2013, 513-528.

WITZIG, Aurélien: Le droit de propriété a-t-il un avenir? Volume:2, **La Semaine Judiciaire**, ed. Bernard Corboz, 2018, s. 79-109.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

2016/679 SAYILI TÜZÜK ÇERÇEVESİNDE RIZAYA İLİŞKİN MADDE 29 ÇALIŞMA GRUBU REHBERİ.
https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051

KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURULU AÇIK RIZA REHBERİ
https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/66b2e9c4-223a-4230-b745-568f096fd7de.pdf

2016/679 SAYILI TÜZÜK ÇERÇEVESİNDE OTOMATİKLEŞTİRİLMİŞ KARAR VERİLMESİ VE PROFİL ÇIKARILMASINA İLİŞKİN MADDE 29 ÇALIŞMA GRUBU REHBERİ.
https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053

KİŞİSEL VERİ KAVRAMI HAKKINDA 4/2007 SAYILI MADDE 29 ÇALIŞMA GRUBU GÖRÜŞÜ.
https://www.clinicalstudydatarequest.com/Documents/Privacy-European-guidance.pdf

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, KİŞİSEL VERİ KORUMASINA İLİŞKİN BASIN BİLDİRİSİ, Şubat 2019.
https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf

AVRUPA VERİ KORUMA HUKUKU EL KİTABI, 2018. https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_02ENG.pdf https://www.legifrance.gouv.fr/

UBER, SÜRÜCÜ VE YOLCU ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ VE BU ÇERÇEVEDE UBER'İN VE SÜRÜCÜNÜN, TAŞIMA HİZMETİNİN GEREĞİ GİBİ İFA EDİLEMEMESİ NEDENİ İLE YOLCUYA KARŞI HUKUKİ SORUMLULUĞU

Arş. Gör. Yeliz YÜCEL*

Öz: Uber, Sürücü ve Yolcu Arasındaki Hukuki İlişki ve Bu Çerçevede Uber'in ve Sürücünün, Taşıma Hizmetinin Gereği Gibi İfa Edilmemesi Nedeni ile Yolcuya Karşı Hukuki Sorumluğu" ismini taşıyan bu çalışma üç ana kısımdan oluşmaktadır. İlk kısımda genel olarak Uber uygulaması ele alınmıştır. Ayrıca ilk bölümde, Uber'in faaliyetinin yasal olup olmadığı konusu ile Uber'in vergi ve sigorta politikaları hakkında bilgi verilmiştir. İkinci kısımda ise Uber'in, yolcu ve sürücü karşısındaki hukuki konumu incelenmiş ve bu çerçevede Uber ile yolcu ve Uber ile sürücü arasındaki hukuki ilişkinin niteliği tartışılmıştır. Üçüncü kısımda ise Uber ile sürücünün, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan sorumlulukları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler : Uber, Sürücü, Yolcu, Sorumluluk, Hukuki İlişki

* Makale gönderim tarihi: 15.04.2019. Makale kabul tarihi: 18.06.2019.
Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.
(ORCID kimlik no: 0000-0001-5374-9179; yeliz.yucel@bilgi.edu.tr)

LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN UBER, DRIVER AND PASSENGER AND IN THIS REGARD, UBER'S AND DRIVER'S LIABILITY TO PASSENGER ARISING FROM NOT PERFORMING TRANSPORT SERVICE PROPERLY

Abstract: This study, that is named as "Legal Relationship Between Uber, Driver and Passenger and In This Regard, Uber's and Driver's Liability to Passenger Arising From Not Peforming Transport Service Properly", consists of three main parts. In the first part, Uber application is generally discussed. Also, in the first part, the topic whether Uber's activity is legal or not and Uber's tax and insurance policies are explained. In the second part, the legal position of Uber in front of passenger and driver is examined and in this regard, the legal relationship between Uber and passenger and the legal relationship between Uber and driver are discussed. In the third part, liabilities of Uber and driver arising from not performing transport service properly are examined.

Key Words : Uber, Driver, Passenger, Liability, Legal Relationship

GİRİŞ

Bu çalışmada Uber uygulamasını kullanarak yolculuk yapan kişinin, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi sebebi ile kime veya kimlere ve hangi esaslara dayanarak başvurabileceği incelenmiştir. Bu çerçevede ilk olarak Uber ile yolcu ve Uber ile sürücü arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ele alınmış ve sürücülerin alt taşıyıcı mı yoksa işçi mi oldukları konusu, yurtdışında verilmiş olan mahkeme kararları da dikkate alınarak tartışılmıştır. Nitekim mahkemelere yansıyan olaylar göstermiştir ki Uber, sürücülerin kendi işçisi olmadığını, bağımsız çalışan olduklarını; sürücüler ise işçi olduklarını iddia etmektedir. Çalışmamızda, özellikle iş hukukundaki bağımlılık unsurundan hareketle bu konuya bir açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Ayrıca, Uber ile sürücülerin sorumlulukları, özellikle TKHK, TTK ve KTK çerçevesinde tartışılmış olup sürücülerin alt taşıyıcı veya işçi olarak kabul edilmeleri durumlarına göre ayrı ayrı değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Belirtmek isteriz ki her ne kadar Uber, Hollanda merkezli bir şirket olsa da ve çıkacak ihtilaflarda esasında yabancılık unsuru bulunmakta ise de çalışmamızda, uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu varsayımından hareket edilmiştir.

I. UBER'E GENEL BAKIŞ

1. Genel Olarak Uber Uygulaması

Uber, akıllı telefonlara yüklenen ve akıllı telefonlardaki GPS yardımı ile sürücülerle yolcuları bir araya getiren bir uygulamadır. Uber'i kullanabilmek için ilk olarak Uber uygulamasının akıllı telefona yüklenmesi, daha sonra Uber'in talep ettiği ad-soyad, e-mail, telefon numarası, kredi kartı bilgileri gibi bazı bilgilerin sisteme girilmesi gerekmektedir. Uberi'i kullanarak yolculuk etmek isteyen kişinin, yani yolcunun, talep ettiği ulaşım hizmetine ilişkin bilgileri sisteme girmesi durumunda bu talep yakın mesafede bulunan sürücülere iletilmektedir. Sürücünün talebi kabul etmesi durumunda ise yolcuya, gitmek istediği yere tahmini ulaşma süresi bildirilmektedir. Araç yaklaştığında sistem üzerinden yolcuya bir uyarı gönderilmektedir[1].

Uber'in yolcuya bazı avantajlar sunduğu da görülmektedir. Bu noktada yolcunun araç türü, plaka numarası ve sürücünün adı-soyadı, puanı, fotoğrafı gibi bilgileri edinme imkanına sahip olduğu, sürücüyü beğenmezse talebi iptal edebilme hakkı olduğu, araçta bir eşyasını unuttuğunda sonradan sürücü ile iletişime geçmesinin mümkün olduğu; tahmini varış süresini yolculuğun başında öğrenme, gitmek istediği güzergahı seçme, ödeyeceği ücretin ne kadar olacağını da baştan öğrenebilme imkanın olduğu görülmektedir. Ayrıca nakit ödeme yapılması zorunlu olmayıp sisteme kayıtlı kredi kartı üzerinden ücretin tahsil edilmesi mümkündür. Bu durumda yolcunun kredi kartından otomatik olarak tahsil edilen ücretin Uber'e ait kısmı kesildikten sonra kalan

---

1 Uber hakkında detaylı bilgi için bkz: https://help.uber.com/tr-TR/riders/article/uber-nasıl-çalışır?nodeId=738d1ff7-5fe0-4383-b34c-4a2480efd71e (Erişim Tarihi 05.03.2019); BALES, A.Richard/ WOO, Christian Patrick, "The Uber Million Dollar Question: Are Uber Drivers Employees or Independent Contractors?", **Mercer Law Review**, Volume: LXVIII, 2017, s.461 vd; DEMASI, A. Alexander "Uber: Europe's Backseat Driverforthe Sharing Economy", **Creighton International and Comparative Law Journal**, 2016, Volume: VII, Issue: 1, s. 74-75; ROGERTS, Brishen, "The Social Costs of Uber", **University of Chicago Law Review Online**, Volume: LXXXII, Issue:1, 2017, s.86 vd; CRESPO, Yanelys,"Uber v. Regulation: "Ride-Sharing" Creates a Legal Gray Area", **University of Miami Business Law Review**, Volume:XXV, s.,85-86; İNCİ, Eren, "Sarı Taksiler ve Gri Sulardaki Uber", **İktisat ve Toplum Dergisi**, S.90, Nisan 2018, s.36; KAYA, Aydın, "Araç Çevirme Uygulaması Üzerinden Gerçekleştirilen Yolcu Taşıma Faaliyetleri Kapsamında Uber, Yolcu ve Sürücü Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", **TBBD**, S.141, 2019, s.297; KAHYA, Yalçın, "Hizmet Sektöründe Yeni İş Uygulamaları", **Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi**, C.XVI, S.3, Eylül 2018, S.225-226.

kısım sürücüye ödenmektedir. Ulaşımın sağlanmasının ardından yolcu ve sürücü birbirlerine puan vermektedir ve belirli puanın altında kalan yolcu ve sürücülerin sistemden çıkarılma ihtimalleri olduğu için sürücülerin yolculara karşı nazik olmaları da gerekmektedir[2].

2. Türkiye'de Uber

Uber'in UberX, UberBLACK, UberSUV, UberPOOL, UberSELECT, UberXL, UberTAXI ve UberLUX gibi farklı hizmet seçenekleri bulunmaktadır. UberX profesyonel olmayan sürücüleri yolcularla buluşturan ve Avrupa'da UberPop olarak adlandırılan bir seçenektir[3]. UberPop İtalya, Hollanda, Fransa, Belçika, Almanya, Bulgaristan, Danimarka ve Macaristan'da yasaklanmıştır[4]. Türkiye'de ise UberPop yerine lisanslı araç sürücüleri ile yolcuları buluşturan UberXL faaliyete sokulmuştur.

Türkiye'de Uber uygulamasını 4 milyona yakın kişinin kullandığı açıklanmıştır[5]. Ülkemizde Uber, UberXL ve Uber TAXI olarak iki şekilde faaliyet göstermektedir. UberXL, D2 belgesine sahip lüks sınıftaki minibüslerle yapılan bir yolcu taşımacılığı türüdür. Burada Uber, sisteme dahil olan araçlardan %20 oranında komisyon bedeli almaktadır. Yolculara dinamik bir fiyatlandırma uygulanmaktadır. Yani günün saati, özel bir gün olup olmaması, hava durumu gibi koşullar fiyatlandırmaya etki etmektedir[6]. UberTAXI'de ise isteyen taksi sürücüleri sisteme dahil olmaktadır. Uber, şu an için taksicilerden komisyon almamaktadır. Yolculara ise resmi taksi ücret tarifeleri uygulanmaktadır[7].

Çalışmamızın konusu Uber'in Türkiye'de sunduğu hizmet seçeneklerinden olan UberXL olup, konumuz UberTAXI'yi ve Uber'in dünya üzerinde sunduğu diğer hizmetleri kapsamamaktadır.

---

2 BALES/WOO, s.463 vd; DEMASI, s.74; ROGERTS, s.6 vd; KAYA, s.297; İNCİ, s.36; https://www.star.com.tr/yasam/uber-nedir-nasil-kullanilir-son-dakika-uber-taksi-istanbul-saldirisinda-ne-oldu-haber-1333433/ (Erişim Tarihi 05.03.2019).

3 DEMASI, s. 76; BALES/WOO, s.461; CRESPO, s.86-87; KAYA, s.296.

4 DEMASI, s.76 vd; https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-43419887 ; https://listelist.com/uberin-yasaklandigi-ulkeler/ (Erişim Tarihi 07.03.2019)

5 https://www.sabah.com.tr/teknoloji/2018/10/28/uberin-turkiye-kullanici-sayisi-belli-oldu (Erişim Tarihi 07.03.2019)

6 İNCİ, s.36.

7 İNCİ, s.37.

3. Uber Yasal Mıdır?

Uber'in faaliyetinin yasal olup olmadığı tartışmalıdır. Uber, faaliyetinin tamamen yasal olduğunu savunurken, (sarı) taksi şoförleri Uber'in faaliyetini korsan taksicilik olarak nitelendirmektedir. Uber'in faaliyetinin yasal olup olmadığı tartışması esasen idare hukukuna ilişkin bir meseledir ve konumuzu doğrudan ilgilendirmemektedir. Ancak bazı temel noktalara değinmekte yarar vardır.

Uber, UberXL çerçevesinde faaliyette bulunmak isteyen sürücülerden ehliyet, araç ruhsatı gibi temel belgelerin yanında D2 belgesi, yol ve güzergah belgesi, şirket açılış belgesi, araç sigorta belgeleri ve trafik GBT'si talep etmektedir[8].

D2 belgesi, Karayolları Taşıma Yönetmeliği (KTY)'nin[9] 6.maddesinin 4.fıkrası uyarınca, *"Otobüsle tarifeli veya tarifesiz yurtiçi yolcu taşımacılığı veya hususi taşımacılık yapacak gerçek ve tüzel kişiler..."* den "*ticari ve tarifesiz olarak yapacaklara"* verilen yetki belgesidir. Anılan yönetmeliğin 4.maddesi uyarınca tarifesiz yolcu taşıma ise, *"Önceden bir taşıma hattı ve taşıma güzergâhı ile bir zaman ve ücret tarifesi belirlenmeksizin; grup yolcu durumuna göre arızi veya mekik sefer düzenlenerek yapılan düzensiz ve grup yolcu taşımaları"* olarak tanımlanmaktadır.

Taksicilik faaliyeti ise taksicilik taşıma ruhsatı ile yapılabilmektedir. Taksi taşımacılığı şehir içinde yapılan tarifeli bir taşımacılık olup yolculuk sonunda belgelendirilmektedir. D2 belgesine sahip araçlar ise taksi taşımacılığı yapamamaktadır. Ancak Uber, taksi taşımacılığı yapar biçimde hizmet vermektedir. Bu sebeple doktrinde Uber'in adeta *gri sularda dolandığı* ifade edilmektedir[10].

Belirtmek gerekir ki KTY'nin 30.maddesinin 4.fıkrasına yapılan ekleme ile D2 yetki belgesi sahiplerinin, taşıtlarını yetki belgesi kapsamı dışında ve/veya yetki belgesi olmayan kişilerin faaliyetleri için kullandırmaları yasaklanmıştır. Bu yasağın ihlali halinde yetki belgesi sahipleri için ağır yaptırımlar öngörülmüştür[11]. Yapılan bu değişiklik ve UKOME kararla-

---

8 https://www.uber.com/tr/drive/requirements/ (Erişim Tarihi 07.03.2019)

9 Resmî Gazete Sayı: 30295

10 İNCİ, s.37.

11 KTY-m.30/f.4 *"…Bu fıkraya uymayan yetki belgesi sahiplerine 50 uyarma verilir ve ihlalde*

rı çerçevesinde Uber'in taşıma belgeleri iptal edilmiştir[12]. Bunun üzerine konu yargıya taşınmış ve İstanbul 11.İdare Mahkemesi yürütmeyi durdurma kararı vermiştir[13].

İstanbul Otomobilciler Esnaf Odası ile Birleşik Taksiciler Derneği ise, Uber'e erişimin engellenmesi ve haksız rekabetin tespiti için dava açmıştır. Dava henüz sonuçlanmış olmamakla beraber, davada tartışılan konulardan biri de Uber'in sunduğu hizmetin taksi taşımacılığı ile ilgili olup olmadığı hususudur. Dosya şu an bilirkişi heyetinde bulunmaktadır[14].

Sonuç olarak diyebiliriz ki Uber mahkeme kararlarına dayanarak hizmet vermeye, polis ise taşıma belgeleri olmadığı için Uber sürücülerine ceza kesmeye devam etmektedir. Mahkemeler ise genellikle, cezaların yürütmesini durdurma kararı vermektedir[15]. Kısacası Uber'in yasal olup olmadığı henüz Türk hukuku bakımından netlik kazanmış değildir.

---

kullanılan taşıt/taşıtlar yetki belgesi eki taşıt belgesinden resen düşülür ve düşüm tarihinden itibaren 6 ay geçmeden yeniden herhangi bir yetki belgesi eki taşıt belgesine eklenemez. Bu fıkraya göre, 1 takvim yılı içerisinde düzenlenen uyarmalardan ilk tebliğ edilenin, tebliğ edildiği tarihten itibaren 30 gün sonrasından başlamak üzere, toplamda tebliğ tarihine bakılmaksızın beş kez uyarma düzenlenmesi halinde, taşıtın/taşıtların kayıtlı olduğu yetki belgesi iptal edilir. Bu fıkraya göre iptal edilen yetki belgesi sahiplerine, 6 ay geçmeden aynı tür yetki belgesi düzenlenmez."

12 *"Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından verilen D2 Yetki Belgesi ve İBB tarafından verilen Turizm Yolcu Taşımacılığı Belgesi amacı dışında kullanılarak mobil uygulamalar üzerinden gayri yasal taşımacılık yapıldığı tespit edilmiştir…Amacı dışında taşımacılık yapıldığı tespit edildiğinde; binici İhlal Turizm Yolcu Taşımacılığı Belgesi iptal edilir ve 6 ay boyunca yeni bir Turizm Yolcu Taşımacılığı Belgesi düzenlenmez. Toplu Taşıma Aracı Kullanım Belgesi 6 ay süreyle askıya alınır. İkinci ihlal Tüm Turizm Yolcu Taşımacılığı Belgeleri iptal edilir ve 2 yıl boyunca herhangi bir taşımacılık türünde yeni belge düzenlenmez. Toplu Taşıma Aracı Kullanım Belgesi 2 yıl süreyle askıya alınır. Ayrıca el değiştirmiş olsa dahi, amacı dışında kullanılan taşıtların şase numaraları belirlenerek İBB Toplu Ulaşım E-ruhsat sistemi üzerinden "Turizm Yolcu Taşımacılığı Belgesi düzenlenemez" ibaresi eklenir ve bu araçlar kara listeye alınır…"* Söz konusu UKOME kararı hakkında bkz: https://www.haberler.com/ukome-uber-hakkindaki-kararini-verdi-10904039-haberi/ (Erişim Tarihi 15.03..2019)

13 https://www.haberturk.com/turizm-tasima-izin-belgesi-iptalinde-yurutmeyi-durdurma-karari-verildi-2032141 (Erişim Tarihi 15.03.2019)

14 https://www.cnnturk.com/turkiye/taksicilerin-ubere-yonelik-davasi (Erişim Tarihi 15.03.2019)

15 https://www.ntv.com.tr/video/ekonomi/uber-yasal-mi-yasak-mi,fiec_s99YE6uVWMNV3e_JA (Erişim Tarihi 11.03.2019)

4. Vergi ve Sigorta Meselesi

UberXL genellikle bir turizm şirketine bağlı olan araçlar ile sunulan bir hizmet olduğu için vergiler, ilgili şirket adına kesilen faturalar üzerinden ödenmektedir. Uber, "Uber Turkey Yazılım ve Teknoloji Hizmetleri Limited Şirketi" ticaret unvanı ile İTO'ya kayıtlı olup bu sebeple tahakkuk eden vergilerini de ödemektedir. Problem, kredi kartı ödemelerinin başka ülkelerden yapılması durumunda bunun vergilendirilmesi noktasında çıkmaktadır. Zira bu durumda ülkemiz vergi kaybına uğrayabilmektedir[16]. Yine Uber'in kazançları vergilendirilebilse de sürücülerin kazançlarının vergilendirilmesi güçlük arz etmektedir[17].

Buna ek olarak Uber, almış olduğu %20'lik komisyon oranı için önceleri vergi ödemezken, yoğun eleştiriler üzerine Maslak Vergi Dairesi'ne kaydolarak gelir vergisi ödemeye başlamıştır[18]. Uber ayrıca, 24.09.2018 tarihinde resmi Twtitter hesaından *"iş ortaklarımıza ve yolcularımıza daha iyi bir deneyim sunmak için tüm mevcut UberXL sürücü ortaklarımızla birlikte e-Fatura sistemine geçmiş bulunuyoruz. Artık UberXL yolculuklarınız için kolayca e-Fatura alabilirsiniz."* açıklamasını yapmıştır[19]. E-fatura sayesinde taşıma hizmetinden elde edilen kazancın vergilendirilmesi daha kolay olacaktır.

Sigorta hususuna gelecek olursak Uber, sürücüleri işçi olarak istihdam ettiğini kabul etmediğinden sürücülerini SGK'ya bildirmemekte ve bu kişiler için sosyal sigorta primi ödememektedir. Ancak 06.12.2018'den itibaren AXA sigorta çerçevesinde Uber'in sürücüler için ferdi kaza sigortası yaptırmaya başladığı bilinmektedir[20]. Bunlara ek olarak Uber'in, ABD, Birleşik Krallık, Fransa başta olmak üzere internet sitesinde belirttiği ülkeler bakımından uyguladığı sigorta politikasına da kısaca değinmek gerekmektedir. Uber öncelikle, sürücülerden araç sorumluluk sigortası yaptırmalarını istemektedir. Ancak Uber, belirli şartlar altında ve belirli limitlere kadar, meydana gelen bir kaza sebebi ile gerçekleşen zararlar için sürücülerin, Uber'in

---

16 İNCİ, s.38.

17 KAHYA, s.226.

18 https://www.haberturk.com/uber-vergi-vermeye-basladi-2172550 (Erişim Tarihi 12.03.2019).

19 https://twitter.com/uber_turkiye/status/1044128924517769216 (Erişim Tarihi 15.03.2019).

20 https://www.uber.com/tr/drive/insurance/ (Erişim Tarihi 11.03.2019); https://www.dunya.com/sirketler/uber-tum-suruculerini-sigortalatti-haberi-434151(Erişim Tarihi 11.03.2019).

çalıştığı sigorta şirketlerine başvurabileceğini belirtmektedir. Söz konusu zararların kapsamına bedensel zararların yanında bir mala verilen zararlar da girmektedir. Belirtmek gerekir ki Uber sadece, sürücünün çevrimiçi olması ile yolculuk talebini kabul etmesi arasında gerçekleşen veya yolculuk sırasında (yolculuk talebinin kabul edilmesi ile başlayan ve yolcunun gideceği yere bırakılmasını izleyen 15 dakikanın bitimi ile sona eren süre) gerçekleşen kazalardan doğan sorumluluğu kabul etmektedir. Ancak Uber'in sunduğu sigorta imkanından yararlanılabilmesi için sürücünün sigortasının meydana gelen zararı hiç veya tam olarak karşılamıyor olması gerekmektedir[21].

II. UBER'İN YOLCU VE SÜRÜCÜ KARŞISINDAKİ HUKUKİ KONUMU

1. Uber ile Yolcu Arasındaki Hukuki İlişki

Uber uygulamasını kullanarak bir yerden bir başka yere gitmek isteyen kişi, yani yolcu, aşağıda daha detaylı ele alınacağı üzere, bir yolcu taşıma sözleşmesinin tarafı olmaktadır. Buradaki problem, bu sözleşmenin karşı tarafının kim olduğunu belirleme noktasında karşımıza çıkmaktadır. Zira Uber, sadece bir yazılım şirketi olduğunu, taşıma hizmeti sunmadığını, yolcular ile sürücülere sadece aracılık hizmeti sunduğunu, taşıma hizmetini sunan kişilerin sürücüler olduğunu, sunulan taşıma hizmetinden kaynaklanan herhangi bir sorumluluğu olmadığını ileri sürmektedir[22]. Bu durumda yolcu ile kurulan yolcu taşıma sözleşmesinin karşı tarafının Uber mi yoksa sürücü mü olduğu konusunda tereddütler oluşmaktadır.

---

21 https://help.uber.com/tr-TR/partners/article/insurance-?nodeId=a4afb2ed-75af-4db6-8fdb-dccecfcc3fd7(Erişim Tarihi 15.03.2019);https://www.uber.com/blog/updates-to-your-insurance-protection/(Erişim Tarihi 15.03.2019); https://www.uber.com/en-GB/drive/insurance/(Erişim Tarihi 15.03.2019) Ayrıca bkz: CRESPO, s.100 vd. Uber, kazaların kendisine internet üzerinden bildirilmesine olanak tanımaktadır. Bkz: https://help.uber.com/partners/article/accident-reporting?nodeId=ab1a5837-85ea-4680-9d63-df98e8036804 (Erişim Tarihi 15.03.2019). Uber'in sigorta poliçelerinin çoğu durumda, meydana gelen bir kazadan dolayı uğranılan zararı karşılaması ve sürücülerin işçi mi bağımsız çalışan mı olduğu hususunun netlik kazanmış olmaması sebebi ile ABD'de Uber'e karşı tazminat davası açılmasının yaygın olmadığı yönünde bkz: https://www.justia.com/car-accidents/types-of-car-accidents/uber-and-lyft-accidents/ (Erişim Tarihi 15.03.2019). ABD'nin Teksas eyaletinde Uber'e karşı açılan bir tazminat davası için bkz: https://gvilaw.com/wp-content/uploads/2018/05/Martinez-Lawsuit.pdf (Erişim Tarihi 10.05.2019) Uber'in internet sitesinde belirtilen ülkeler ve sigorta ile ilgili daha detaylı açıklamalar için bkz: https://www.uber.com/en-GB/drive/insurance/ (Erişim Tarihi 12.04.2019)

22 KAYA, s.300.

Aşağıda, ilk olarak genel hatları ile yolcu taşıma sözleşmelerine değinilecektir ve ardından, yolcu taşıma sözleşmesinde yolcunun karşısında yer alan tarafın Uber mi yoksa sürücü mü olduğu belirlenmeye çalışılacaktır.

A. Genel Olarak Yolcu Taşıma Sözleşmesi

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)[23]-m.850/f.3 uyarınca ticari işletme faaliyeti olarak sayılan taşıma işleri, Karayolu Taşıma Kanunu (KYTK)[24]-m.3'te *"Yolcunun taşıta bindiği veya eşyanın taşımacıya teslim edildiği yerden varış noktasına götürülmesi"* olarak tanımlanmıştır.

Taşıma sözleşmeleri ise TTK'da eşya ve yolcu taşımaları olarak iki ana başlık çerçevesinde düzenlenmektedir. Yolcu taşıma sözleşmelerine ilişkin hükümler ise TTK-m.906 ve devamında yer almaktadır. TTK-m.906 ve devamındaki hükümler incelendiğinde yolcu taşıma sözleşmesinin taraflarının yolcu ve taşıyıcı olduğu görülmektedir. Buna karşılık KYTK-m.3 uyarınca yolcu *"Taşıtı kullanan sürücü ile hizmetliler dışında taşıtta bulunan kişiler"* olarak tanımlanmıştır. Karayolları Trafik Kanunu (KTK)[25]-m.3'te de benzer yönde bir tanımlama yapılmaktadır. Buradan hareketle, sözleşmeye ismini veren taraf olan *yolcu bir yerden bir başka yere gitmek için taşıyıcı ile sözleşme yapan kişi* olarak tanımlanabilir ve yolcu ancak yaşayan gerçek bir kişi olabilir[26]. Konumuz bakımından ise bir yerden bir başka yere gitmek için Uber uygulamasını kullanan kişiler yolcu sıfatını taşımaktadır[27].

TTK-m.850/f.1'de taşıyıcı, *"taşıma sözleşmesiyle eşya veya yolcu taşıma işini veya ikisini birlikte üstlenen kişi"* olarak tanımlanmıştır. KYTK'nda ise taşıyıcı yerine *taşımacı* kavramı kullanılmıştır ve anılan kanunun 3.maddesinde taşımacı *"taşımacı yetki belgesine sahip olan ve kendi nam ve hesabına taşımayı bir ücret karşılığı üstlenen gerçek veya tüzel kişi"* olarak

---

23 Kanun Numarası : 6102 Kabul Tarihi : 13/1/2011, Yayımlandığı Resmî Gazete : Tarih : 14/2/2011 Sayı : 27846 Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 50

24 Kanun Numarası : 4925, Kabul Tarihi : 10/7/2003, Yayımlandığı R.Gazete : Tarih : 19/7/2003 Sayı : 25173
Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 42

25 Kanun Numarası : 2918, Kabul Tarihi : 13/10/1983, Yayımlandığı R. Gazete : Tarih : 18/10/1983 Sayı : 18195
Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 22 Sayfa : 687

26 ADIGÜZEL, Burak, **Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.38.

27 KAYA, s.302.

tanımlanmıştır. Bu çalışmada ise TTK'ya uygun olarak taşıyıcı kavramının kullanılması tercih edilmiştir[28].

TTK-m.850/f.2'de ise tarafların edimleri düzenlenmiştir. Buna göre taşıyıcı, yolcuyu varma yerine ulaştırmayı; yolcu ise taşıma ücreti ödemeyi borçlanmaktadır. Taşıma, ücret karşılığı yapılmıyorsa burada hatır taşıması söz konusu olur ve bu tür taşımalar, taşıma sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilmez[29].

Yolcu taşıma sözleşmesinin TTK'da tanımlanmadığı görülmektedir. Ancak hem taşımanın ve taşıyıcının tanımı hem de tarafların yüklendikleri edimlerden hareketle yolcu taşıma sözleşmesi *taşıyıcının yolcuyu bir yerden bir yere götürmeyi, yolcunun ise ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme* olarak tanımlanabilecektir.

B. Taşıyıcının Uber mi Yoksa Sürücü mü Olduğunun Belirlenmesi

Uber, kedisinin sadece aracılık hizmeti sunduğunu ve yolcu taşıma sözleşmesinin sürücü ile yolcu arasında kurulduğunu iddia etmektedir[30]. Bu iddialar ise yolcu taşıma sözleşmesinde taşıyıcı sıfatını Uber'in mi yoksa sürücünün mü taşıdığının belirlenmesini gerektirmektedir.

Öncelikle, Uber'in aracılık faaliyetinde bulunduğunu iddia etmesi, Uber'in simsarlık faaliyetinde bulunup bulunmadığı sorusunu akla getirmektedir. Simsarlık faaliyeti esasında vekaletin bir türüdür[31] ve nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)[32]-m.520/f.2'de de simsarlık sözleşmesine kural olarak vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Simsarlık faaliyeti TBK-m.520/f.1 uyarınca, taraflar arasında sözleşme kurulmasına imkan sağlamak veya sözleşmenin kurulmasına ara-

---

28 TTK'da taşıyıcı, KYTK'nda ise taşımacı kavramı kullanılmakla beraber bu iki kavram arasında pratik bir fark bulunmamaktadır. Bu hususta bkz: TOKAT, Hüseyin, "Karayolunda Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Akdi Sorumluluk", **AÜHFD**, S.65 (4), 2016, s.2922.

29 ADIGÜZEL, **Taşıma Hukuku**, s.28

30 https://help.uber.com/tr-TR/riders/article/uber-nasıl-çalışır?nodeId=738d1ff7-5fe0-4383-b34c-4a2480efd71e (Erişim Tarihi 19.03.2019) ; https://www.uber.com/tr/legal/terms/tr/ (Erişim Tarihi 19.03.2019); KAYA, s.303.

31 ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 18.Baskı, Sözkesen Matbaacılık, 2013, s.188; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.II, 3.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.208.

32 Kanun Numarası : 6098 Kabul Tarihi : 11/1/2011, Yayımlandığı Resmî Gazete : Tarih : 4/2/2011 Sayı: 27836 Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 50

cılık etmek olarak tanımlanmıştır. Ancak sözleşmesinin esaslı unsurlarını belirleme yetkisi simsara ait değildir[33]. Halbuki yolcu taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarının Uber ile yolcu arasında kararlaştırıldığı görülmektedir. Zira yolcu taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan taşıma edimini yolcu, gitmek istediği yeri sisteme girip talep oluşturarak; ücret edimini ise yolcunun gitmek istediği toplam mesafeyi göz önüne alarak Uber belirlemektedir. Sürücü ise yolcu taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarını belirleme noktasında söz sahibi olmayıp Uber'den alacağı ücret karşılığında Uber'in borçlandığı taşıma hizmetini fiilen yerine getirmektedir. Şu halde sürücünün yolcu ile arasında bir taşıma sözleşmesi kurulduğunu söylemek yerinde olmayacaktır[34].

Amerika'nın Kaliforniya eyaletinde görülen bir davada da Uber'in taşıyıcı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışılmıştır. Bu davada Uber, taşıma hizmeti için sadece aracılık faaliyetinde bulunduğunu, taşıyıcı olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Mahkeme ise, Kaliforniya Medeni Kanunu-paragraf 2186'e göre taşıyıcının, *kâr elde etme amacı ile halka açık olarak mal veya kişi taşıma hizmeti veren kişi* olmasından hareketle Uber'in de halka açık olarak ve ücret karşılığında taşıma hizmeti sunduğuna ve bu sebeple taşıyıcı olarak nitelendirilebileceğine karar vermiştir[35]. Yine, Maryland ve Pensilvanya'da da kamu hizmeti komisyonları tarafından Uber'in taşıyıcı olarak nitelendirildiği görülmektedir[36].

Sonuç olarak Uber'in, sunduğu hizmeti aracılık hizmeti olarak nitelendirmesi ve bu çerçevede simsarlık sözleşmesine işaret etmesi, açıklanan gerekçelerle yerinde değildir. Bu çerçevede Uber'in sunduğu hizmeti sadece mobil bir uygulama kapsamında sunulan aracılık hizmeti olarak nitelendirmemek gerekir[37]. Şu halde, mevcut olduğu tartışmasız olan yolcu taşıma sözleşmesinde yolcunun karşısındaki taraf olarak taşıyıcı sıfatını sürücü değil Uber taşımaktadır.

---

33 GÜMÜŞ, **Borçlar**, s.207-208.

34 Konu hakkında bkz: KAYA, s.304-305.

35 Jane Doe v. Uber - Case No. 15-cv-04670-SI, s.12 vd. Bkz: https://ia600204.us.archive.org/2/items/gov.uscourts.cand.291908/gov.uscourts.cand.291908.68.0.pdf (Erişim Tarihi 20.05.2019)

36 TIOPIANCO, Francis Paolo P. "Regulation: Uber and the Ride-Sharing Industry", **Philippines Law Journal**, Volume: LXXXIX, 2015, s.677.

37 Benzer yönde bkz: İNCİ, s.36.

2. Uber ile Sürücü Arasındaki Hukuki İlişki

A. Genel Bakış

TBK-m.83 uyarınca alacaklının, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde menfaati yoksa borçlu, borcunu bizzat ifa etmek zorunda olmayıp ifa yardımcılarından yararlanabilmektedir. Nitekim TTK'nın taşıma sözleşmelerine ilişkin hükümleri incelendiğinde de taşıyıcının, borcunu bizzat ifa etmesinin zorunlu olmadığı, ifa yardımcılarından yararlanabileceği görülmektedir. Şu halde Uber'in yolcu taşıma sözleşmesi ile üstlendiği taşıma borcunu, ifa yardımcıları vasıtasıyla, yani sürücülerden yararlanarak yerine getirmesi mümkündür ve burada herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.

Buradaki sorun, Uber ile sürücüler arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin tespiti noktasında kendisini göstermektedir. Zira yukarıda da değinildiği üzere Uber, sürücülerin kendi işçileri değil, bağımsız çalışanlar olduklarını ileri sürmektedir. Ancak, ilerleyen kısımlarda açıklanacağı üzere, sürücülerin de Uber'in işçileri olduklarını ileri sürerek işçilik alacaklarının tahsili için Uber'e karşı dava açtıkları görülmektedir. Bu noktada sürücülerin işçi sıfatını taşıyıp taşımadıklarını belirlemek gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki sürücülerin işçi veya bağımsız çalışan olarak kabul edilmeleri, yolcunun, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi sebebi ile kime veya kimlere ve hangi esaslar uyarınca başvurabileceğini etkileyebileceğinden dolayı, yolcu için oldukça önem arz etmektedir ve bu bakımdan konumuzu doğrudan ilgilendirmektedir. Bu sebeple aşağıda Uber ile sürücüler arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ele alınacaktır.

B. Sürücüler İşçi Olarak Mı Yoksa Bağımsız Çalışan Olarak Mı Kabul Edilmelidir?

a. Genel Hatlarıyla Alt Taşıma Sözleşmesi ile İş Sözleşmesi ve İş Sözleşmesinin Ayırıcı Unsuru Olan "Bağımlılık" Unsuru

Uber ile sürücüler arasında alt taşıma sözleşmesi mevcut ise sürücüler alt taşıyıcı sıfatıyla bağımsız çalışan olarak; Uber ile sürücüler arasında iş sözleşmesi mevcut ise sürücüler işçi olarak kabul edilecektir**.** Bu sebeple ilk olarak alt taşıma sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine kısaca değinmek gerekmektedir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki alt taşıma sözleşmesi, asıl taşıma sözleş-

mesinden farklı ve bağımsız bir sözleşmedir. Asıl taşıyıcı ile yolcu, yolcu taşıma sözleşmesi yapar; alt taşıma sözleşmesi ise asıl taşıyıcı ve alt taşıyıcı arasında yapılır. Şu halde alt taşıyıcı ve yolcu arasında aslında hukuki bir ilişki mevcut değildir[38]. Alt taşıma sözleşmesi *"Taşıyıcının, asıl taşıma sözleşmesi ile üstlendiği taşıma işini, kısmen veya tamamen üçüncü kişiye bıraktığı taşıma sözleşmeleri"*[39] olarak tanımlanmaktadır. Alt taşıyıcı ise esasında TTK'da yer alan *"fiili taşıyıcı"* kavramı içerisinde yer alan bir alt kavramdır[40] ve "*asıl taşıyıcının, taşıma işinin tamamı veya bir kısmını daha sonra kendilerine devrettiği kişiler*" olarak tarif edilmektedir[41].

İş sözleşmesi ise 4857 sayılı İş Kanunu (İK)-m.8/f.1'de *"bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme"* olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan hareketle iş sözleşmesinin iş görme, ücret ödeme ve bağımlılık olmak üzere üç ana unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir[42]. İşçi ve işveren kavramları ise İK-m.2/f.1'de tanımlanmıştır. Buna göre işçi *"bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi"*; işveren ise anılan hüküm uyarınca *"işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş"* olarak tanımlanmaktadır.

---

38 ADIGÜZEL, **Taşıma Hukuku**, s.35.

39 KAYA, s.311.

40 Fiili taşıyıcı, alt taşıyıcı ve müteakip taşıyıcı olarak iki farklı türe sahiptir. Fiili taşıyıcı *"gönderenle veya yolcu ile taşıma sözleşmesini akdeden akdi taşıyıcının, taşımanın bir kısmı ya da tamamı için taşıma işinin icrasını kendi aralarındaki bir sözleşme ya da başka bir sebebe binaen devrettiği, asıl taşıma sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişi niteliğindeki taşıyıcı"* olarak tanımlanmaktadır. Bkz: ADIGÜZEL, Burak, "Yeni Türk Ticaret Kanununda Fiili Taşıyıcı Kavramı ve Fiili Taşıyıcının Sorumluluğu", **İÜHFM**, C.LXXI, S.2, 2013, s..6. Detaylı bilgi için bkz: ADIGÜZEL, **Taşıma Hukuku**, s.33 vd; ADIGÜZEL, **Fiili Taşıyıcı**, s.4 vd; ADIGÜZEL, **Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu**, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.134 vd; ERDEM, Ercan, **CMR Konvansiyonu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Karayolu Taşıma Hukuku**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s.62 vd; YILMAZ, Oğuz, **CMR Hükümlerine Göre Müteakip Taşıma**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, s.7 vd.

41 ADIGÜZEL, Taşıma Hukuku, s.34; ADIGÜZEL, **Fiili Taşıyıcı**, s.6.

42 SÜZEK, Sarper, **Bireysel İş Hukuku**, 12.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.247 vd; EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, 8.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.58 vd; ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, 31.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.78 vd; SENYEN-KAPLAN, E.Tuncay, **Bireysel İş Hukuku**, 8.Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017, s.59 vd.

Uber ile sürücüler arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini belirleyebilmek için temel hareket noktamız iş sözleşmesinin ana unsurlarından olan ve iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırmak için bir ölçüt olarak kullanılan *bağımlılık* unsuru olacaktır. Zira eğer Uber ile sürücü arasında bağımlılık ilişkisi olduğunu kabul edersek Uber sürücülerini işçi olarak; bağımlılık unsuru olmadığını kabul edersek bu durumda sürücüleri alt taşıyıcı olarak kabul etmemiz gerekecektir.

Bağımlılık unsuru, işverenin otoritesi, yönetimi, denetimi ve gözetimi altında ve onun emir ve talimatları ile bağlı olarak iş görmeyi ifade eder. Bu çerçevede işverenin işin nasıl, nerede, ne şekilde, ne zaman görüleceğini belirleme yetkisi bulunmaktadır. Diğer iş görme sözleşmelerinde bir tarafın diğerine verdiği talimatlar sonucun gerçekleştirilmesine yönelik iken iş sözleşmelerinde bu talimatlar esasında süreci organize edici nitelik taşımaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki teknoloji geliştikçe çağrı üzerine çalışma, kısmi süreli çalışma, uzaktan çalışma gibi yeni istihdam modelleri ortaya çıkmakta, bu çerçevede çalışma saatleri esneklik kazanmakta ve hatta bizzat işçi tarafından belirlenebilmekte, işin görüleceği yer işyeri sınırları dışına çıkmakta ve böylece işverenin işçi üzerindeki yönetim, denetim ve gözetim yetkileri azalmaktadır. Bu durum ise iş sözleşmesindeki klasik bağımlılık unsurunu zayıflatmaktadır. Bu sebeple bağımlılık unsurunun varlığını tespit etmek için *işverenin iş organizasyonuna dahil olma* ölçütü kullanılmaya başlanmıştır. Bu ölçüt uyarınca çalışma süreleri, işin görüleceği yer gibi çalışma koşulları bakımından esnekliğe sahip olan kişilerin de iş sözleşmesi ile çalıştıkları kabul edilebilmektedir. Zira bu ölçüte göre, çerçevesi işveren tarafından çizilen ve işveren tarafından organize edilen bir işin, genel bir şekilde de olsa onun yönetimi altında yapılması, bağımlılık unsurunun varlığını göstermektedir[43].

Uber sürücüleri de esnek çalışma saatlerine sahiptir ve hatta çalışacakları zamanları kendileri belirlemektedir. Bunun yanında kendi araçlarını kullandıkları için vergi mükellefi kendileridir ve Uber tarafından SGK kapsamında sigortalanmamaktadırlar. Ancak bu hususların hiçbirisi burada bağımlılık unsuru olmadığını söylemek için yeterli olmaz. Zira Uber sürücülerinin durumu işverenin iş organizasyonuna dahil olma ölçütü çerçeve-

---

43 Detaylı bilgi için bkz: SÜZEK, s.249 vd; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.59-60; ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s.79 vd; SENYEN-KAPLAN, s.59-60.

sinde ele alındığında sürücülerin, Uber'in iş organizasyonuna dahil olmak sureti ile taşıma işini gerçekleştirdiklerini söylemek zor olmayacaktır. Şöyle ki, Uber'in sürücüler üzerinde, kullanılan puanlama yöntemi sayesinde bir denetim yetkisi vardır. Buna ek olarak yolcuları sürücülere Uber yönlendirmektedir ve yolcudan alınacak ücreti Uber belirlemektedir. Her ne kadar burada klasik bir mesai anlayışı söz konusu olmasa da ve çalışma saatleri oldukça esnek olsa da sürücülerin belli kurallara uymaları ve kendilerine yönlendirilen işi belli ölçüde kabul etme yükümlülükleri bulunmaktadır[44]. Uber ve sürücü arasındaki ilişkide klasik işçi-işveren ilişkisinden uzaklaşılsa da çağrı üzerine çalışma, kısmi süreli çalışma, uzaktan çalışma gibi Uber sürücülerinin çalışma biçimi de esneklik akımının istihdam modelleri üzerinde yarattığı yeniliklerden biri olarak görülmeli ve burada bağımlılık unsurunun bulunduğu kabul edilmelidir[45].

b. Çeşitli Ülkelerdeki Yargı Kararları

Uber ile sürücüler arasındaki hukuki ilişkin iş ilişkisi olup olmadığı esasında tüm dünyada tartışmalıdır. Bu hususu ortaya koyabilmek için bu kısımda bazı yabancı mahkeme kararlarına yer verilecektir.

2014 yılında İspanya'nın Barcelona kentinde bir profesyonel taksici şoförler birliği olan Elite Taksi, Uber'in haksız rekabet hükümlerini ihlal ettiğini ve bir taşıma şirketi olması sebebi ile mevzuatın gerektirdiği lisans ve izinleri alması gerektiğini iddia ederek Uber'e karşı dava açmıştır[46]. Yerel mahkeme ise Uber'in faaliyetinin taşımacılık hizmeti mi yoksa bilgi toplumu hizmeti mi[47] olduğuna dair ön karar vermesi için Avrupa Adalet Divanı'na başvurmuştur[48]. Olayın Avrupa Adalet Divanına taşınması üzerine ise Avru-

---

44 KAYA, s.312 vd.

45 Doktrinde bir görüşe göre bağımlılık unsurunun varlığını kabul etmek için sürücülerin Uber'in iş organizasyonuna dahil olduklarının kabulü yeterli değildir. Bkz: KAYA, s.317. Bir başka görüşe göre ise Uber, sürücülerle yolcular arasında aracılık yapmaktadır. Bkz: DEMASI, s.84 vd.

46 Case C-434/15 Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL-p.16 http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5519543 (Erişim Tarihi 20.03.2019)

47 98/34 sayılı AB Direktifi'nin 1(2) hükmüne göre bilgi toplu hizmetleri, *bir hizmet alıcısının talebi üzerine, elektronik yollarla ve ücret karşılığında mesafeli olarak sunulan hizmet* olarak tanımlanmaktadır. Bkz: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1998L0034:20070101:EN:PDF (Erişim Tarihi 20.03.2019)

48 Case C-434/15 Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL - p.18

pa Adalet Divanı, otel ve uçak rezervasyonu için oluşturulan platformlardan yola çıkarak sonuca varmıştır. Şöyle ki Divan, aracılık hizmeti ile uçuş ve otelcilik hizmetlerinin birbirinden bağımsız olduğunu, zira tacirlerin faaliyetlerini ayrı ayrı sürdürdüğünü belirtmiştir[49] ve Divan'a göre Uber sürücülerinin durumunun aksine, hem oteller hem de havayolları şirketleri, herhangi bir aracı platformdan tamamen bağımsız çalışan ve bu tür platformların hizmetlerini pazarlamanın birçok yoluna sahip olan teşebbüslerdir. Ayrıca, fiyatlar başta olmak üzere hizmetin verilme koşullarını belirleyenler, rezervasyon platformları değil oteller ve havayolları şirketlerinin kendileridir. Uber'in sürücülere yaptığının aksine, rezervasyon platformlarına faaliyete erişimle ilgili önceden herhangi bir kontrol de uygulanmamaktadır[50]. Eğer aracılık hizmetinin bağımsızlığına ilişkin bu koşullar sağlanabilirse aracılık hizmeti ayrı ve bağımsız bir faaliyet olarak kabul edilebilir; ancak elektronik yolla sunulan hizmetin sağlayıcısı aynı zamanda diğer hizmetin sağlanma koşulları üzerinde belirleyici bir etkiye sahipse iki hizmet ayrılmaz bir parça oluşturur[51]. Sonuç olarak Divan, Uber tarafından sunulan hizmetin, bir akıllı telefon uygulaması üzerinden sunulan, profesyonel olmayan bir sürücü ile yolcu arasında bağlantı kurmaktan oluşan bir aracılık hizmetinden daha fazlası olduğuna kanaat getirmiş ve bu aracılık hizmetinin sağlayıcısının (Uber'in), özellikle yazılım araçları aracılığıyla erişilebilir kıldığı ve şehir içi bir yolculuk yapmak isteyen kişiler yararına genel faaliyetlerini organize ettiği kentsel ulaşım hizmetlerini eşzamanlı olarak sunduğunu belirtmiştir. Bu nedenle aracılık hizmetinin, ana bileşeni taşıma hizmeti olan genel hizmetin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu belirten Divan, bu hizmetin *"bilgi toplumu hizmeti"* olarak değil, *"ulaşım alanında hizmet"* olarak sınıflandırılması gerektiğini ifade etmiştir[52].

Fransa ise 2014 yılında Uber'ın taşımacılık faaliyetini yasaklama kararı almıştır. Olayın Avrupa Adalet Divanı önüne gelmesi üzerine Divan, yukarıda bahsedilen İspanya kararına atıfta bulunmuş ve Fransa'da sunulan hizmetin de İspanya'da sunulan hizmetle özdeş olduğuna değinmiştir[53].

---

49 Case C 434/15 Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL - p.34

50 Case C 434/15 Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL - p.59

51 Case C 434/15 Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL - p.35

52 https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-12/cp170136en.pdf (Erişim Tarihi 20.03.2019)

53 https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-04/cp180039en.pdf (Erişim Tarihi 20.03.2019)

Doğu Pennsylvania Bölge Mahkemesi'nin önüne gelen bir davada ise Uber'in limuzin sürücüleri, Uber'in fazla mesai ve asgari ücrete ilişkin FLSA (Fair Labor Standards Act) hükümlerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Söz konusu kararda Uber'in limuzin sürücülerinin Uber'in işçileri mi yoksa bağımsız çalışanlar mı olduğu tartışılmıştır. Dava sonucunda, FLSA uyarınca işverenin işçiye ücret ödemesi gerektiği halde, sürücülerin müşterilerden para alarak gelir elde ettikleri, Uber'in sürücüler üzerinde işveren olmaya yetecek derecede kontrol uygulamadığı; nitekim sürücülerin istedikleri zaman istedikleri yerde çalışabildikleri ve gün içerisinde kişisel işlerini halledebilecek esnekliğe sahip oldukları belirtilmiş; buna karşın davacı sürücülerin de işçi oldukları iddiasını destekleyen ve Uber'in işveren olarak sorumlu tutulmasını gerektirebilecek yeterli kanıt sunamamaları nedeni ile dava reddedilmiştir[54].

New York İşsizlik Sigortası Kurulu ise Uber sürücülerinin işçi olarak çalıştığını, zira Uber'in müşteri geri bildirim sistemi gibi sürücüler üzerinde denetim ve yönetim araçları kullandığını belirtmiştir[55].

İngiltere'de ise Uber sürücülerinin işçi olarak çalıştığına dair önemli bir karar verilmiştir. Sürücüler, asgari ücret ve ücretli izin ile ilgili olarak mevzuata aykırı davranıldığı iddiası ile Uber'e karşı dava açmıştır. Ancak Uber, sürücülerin işçi statüsünde olmadığını iddia etmiştir[56]. Mahkeme ise Uber'in, sürücülerin uygulamayı aktifleştirme ve kendilerine yönlendirilen yolcu taleplerini kabul etme zorunlulukları olmadığını iddia etmesine karşın, uygulamayı aktif hale getiren ve kendisine yönlendirilen talebi kabul eden sürücülerin, Uber için çalışan işçi statüsündeki kişiler olduğunu belirtmiş ve Uber'in, taşıma hizmetinin sağlayıcısı konumunda olduğunu ve aslında bir ürün yelpazesi pazarladığını, zira Uber uygulamasının ismi üzerinden taşıma hizmetinin de pazarlandığını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca Uber'in, sürü-

---

54 https://www.isdc.ch/media/1591/14-razak-v-uber.pdf (Erişim Tarihi 20.03.2019); ayrıca bkz: https://www.natlawreview.com/article/philadelphia-u-s-district-court-determines-uber-drivers-are-independent-contractors (Erişim Tarihi 20.03.2019); https://www.theverge.com/2018/4/12/17231060/uber-drivers-freelancers-employees-judge-ruling (Erişim Tarihi 20.03.2019)

55 http://fortune.com/2018/07/21/uber-drivers-employees-new-york-unemployment/ (Erişim Tarihi 20.03.2019).

56 Uber BV & Ors v Aslam & Ors /Case Nos: 2202550/2015& Others, p.7-8. http://www.gov-up.com/wp-content/uploads/2017/07/Sentencia_Uber_R.pdf (Erişim Tarihi 20.03.2019).

cülerin işlerini büyütmelerine yardımcı olduğu iddiasının yerinde olmadığını, zira buradaki büyümenin direksiyon başında daha fazla zaman geçirmekten öteye gitmediğini, ayrıca sürücüleri Uber'in seçtiğini ve yolcunun adı, iletişim bilgileri ve talep edilen güzergah gibi önemli bilgileri Uber'in kendi kontrolü altında tuttuğunu, Uber'in sürücülerden, kendilerine yönlendirilen talepleri kabul etmelerini istediğini ve bu isteğe uymayanları sistemlerini kapatmaya zorladığını; gidilecek rota ve yolcudan alınacak ücretin Uber tarafından belirlendiğini ve sürücünün bunu aşan veya bunun altında kalan bir miktar talep edemediğini, Uber'in sürücülere bazı şartları dayattığını ve işin yapılmasına ilişkin talimat verebildiğini, çeşitli yollarla sürücülerin performanslarını kontrol ettiğini, para iadesi ile ilgili koşulları belirlediğini, zarar riskini üstlendiğini, yolcuların şikayetlerini ve özellikle de sürücülerle ilgili olanları ele aldığını, tek taraflı olarak sürücülerin sahip olduğu şartları değiştirebildiğini belirterek sürücülerin Uber için çalıştığına ve bu çerçevede sürücülerin Uber'in iş organizasyonunun bir bileşeni olduğuna kanaat getirmiş ve sürücülerin işçi statüsünde olduğuna hükmetmiştir[57].

ABD'nin Kaliforniya eyaletinde verilmiş olan bir kararda ise Uber sürücüleri, Uber'in işçisi olarak kabul edilmiştir. Burada bir Uber sürücüsü olan Barbara Berwick, ödenmemiş ücret gibi bazı işçilik alacaklarının ödenmesi için Uber'e karşı dava açmıştır. Uber ise sürücülerin bağımsız çalışanlar olduğunu, kendisinin sadece bir yazılım şirketi olarak aracılık hizmetinde bulunduğunu, sürücülere kontrol uygulamadığını ileri sürmüştür[58]. Mahkeme ise 180 gün aktif olmayan sürücülerin uygulamalarının pasif hale getirildiğini ve ancak sürücünün başvurusu ile tekrar aktive edildiğini, iş ilişkisinden bahsetmek için ortada tam bir kontrolün bulunmasına gerek olmadığını, örneğin pizza teslimatında çalışan kişilerin de kendi araçlarını kullansalar bile işçi statüsünde olduklarının kabul edildiğini, sürücülerin işlerinin Uber'in faaliyetinin bir bileşeni olduğunu, sürücülerin faaliyeti olmasa Uber'in de faaliyetinin var olamayacağını, bu sebeple aslında Uber'in taşımacılık sektöründe faaliyette bulunduğunu ve Uber'in, yapılan işi kontrolü altında bulundurduğunu, sürücülerin Uber'in kontrolünden geçmeden sisteme dahil olamadığını ve Uber'in, sürücülerin kullandığı araçları kontrol ettiğini; örneğin

---

57 Uber BV & Ors v Aslam & Ors, p.85-97.

58 Order of California Labor Commission, Uber Technologies, Inc. v Barbara Berwick (Case No. 11-46739-Docket No. CGC15546378, s. 1, 5, 6, 8, 9 https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=historical (Erişim Tarihi 20.03.2019)

hiçbir aracın 10 yaşından büyük olamayacağı gibi koşullar getirdiğini, belli bir puanın altında kalan sürücüleri sistemden çıkardığını, yolcuların sürücüye Uber tarafından belirlenmiş bir ücret ödediğini ve sürücülerin bu ücret üzerinde pazarlık edemediklerini, sürücülerin emek ve arabaları dışında bu işe bir yatırımlarının olmadığını, buna karşın Uber'in bu işin temelini oluşturan uygulamayı oluşturduğunu ve Uber uygulaması olmasa sürücülerin aynı şekilde çalışmaya devam edemeyeceğini belirtmiş ve açıklanan bu sebeplerle Berwick'in Uber'in işçisi sayılacağına hükmetmiştir[59].

Kaliforniya'da verilmiş bir başka karara dada değinecek olursak yine Uber sürücüleri tarafından Uber'e karşı açılan bir davada sürücüler Uber'in işçileri olduklarını Uber ise bu kişilerin bağımsız çalışanlar olduğunu, kendisinin sadece bir yazılım şirketi olduğunu ileri sürmüştür[60]. Mahkeme ise Uber'in, taşıma hizmetinin pazarlanmasında ve sürücülerin seçiminde büyük rol oynadığını, sürücüler üzerinde ve yolculardan alınacak ücret üzerinde kontrol yetkisine sahip olduğunu, sürücülerin yolcularla ücret konusunda pazarlık edemediğini ve Uber'in, sürücüler üzerinde sınırlı bir kontrolü olduğunu ileri sürmesine rağmen kontrol yetkisinin işin her detayını kapsayacak şekilde geniş olmak zorunda olmadığını, Uber'in kendisini sadece bir yazılım şirketi olarak tanımlamasına rağmen aslında geliştirdiği yazılımın daha büyük işlerde kullanılmak üzere tasarlanmış bir araç olduğunu ve bu çerçevede Uber'in sadece yazılım değil aynı zamanda taşıma hizmeti sattığını, sürücüler olmadan Uber'in faaliyette bulunamayacağını, Uber'in gelirinin yazılımdan değil sürücülerin faaliyetlerinden kaynaklandığını ve Uber'in sadece, sürücülerinin yolcu taşıması durumunda para kazanabildiği belirterek Uber sürücülerinin işçi statüsünde sayılabileceklerine karar vermiştir[61].

c. Değerlendirme

Yukarıda belirtilen kararlarda da ifade edildiği üzere, Uber uygulaması olmaksızın Uber sürücülerinin taşıma hizmetini aynı biçimde sürdürmeleri ve yolcuların da bu hizmete aynı biçimde ulaşmaları mümkün olmaz. Yani Uber sürücülerinin sunacağı hizmet, Uber uygulamasına bağlı durumda olup Uber uygulaması kullanılmadan ulaşılabilen bağımsız bir hizmet söz konu-

---

59 Uber Technologies, Inc. v Barbara Berwick, s.6-11

60 O'Connor v. Uber Technologies, No. C-13-3826 EMC, s. 4-5 https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1935&context=historical (Erişim Tarihi 20.03.2019)

61 O'Connor v. Uber Technologies, s.6 vd

su değildir. Ayrıca Uber'in, taşıma hizmetine ilişkin kontrol yetkisinin olduğu da göz ardı edilmemelidir[62]. Nitekim taşıma hizmetinin bedeli Uber tarafından belirlenmektedir ve yolcunun kredi kartından çekilen parayı Uber tahsil etmektedir. Uber, bu paradan kendi payını kestikten sonra sürücülere ödeme yapmaktadır. Sürücülerin, yolcudan alınacak ücret üzeründe pazarlık etmeleri ise söz konusu değildir. Ayrıca puanlama sistemi sayesinde sürücülerin sistem dışında kalması da gündeme gelebilmektedir. Bu açılardan bakıldığından Uber'in, hizmet bedeli, kullanılacak araç, şoförlerin davranışları gibi esaslı noktalarda hakimiyeti olduğu görülmektedir. Uber'in, sürücülerle yolcuların birbirlerine ulaştıkları uygulamayı geliştirdiği, gidilecek rotayı belirlediği, harita ve rota bilgisi gibi bilgileri güncellediği, yolcu tedarikini sağladığı, taşıma bedelinden %20 oranında pay aldığı, kişisel verileri aldığı, depoladığı ve gerektiğinde ilgili mercilerle paylaştığı düşünüldüğünde, taşıma hizmeti üzerindeki kontrolü daha da net biçimde ortaya çıkmaktadır[63].

Özetle burada, taşıma hizmetinin Uber'in kontrolünde gerçekleştirildiğini ve Uber'in sürücüler üzerinde de kontrol yetkisini haiz olduğunu ve daha evvel de ifade ettiğimiz üzere her ne kadar klasik işçi-işveren ilişkisi gibi olmasa da esneklik akımı çerçevesinde ele alınabilecek Uber sisteminde, Uber ve sürücü arasında bir bağımlılık ilişkisi olduğunu düşünmekteyiz. Sonuç olarak kanaatimizce Uber sürücüleri, işçi olarak kabul edilebilirler.

Son olarak belirtmek gerekir ki Uber ile sürücü arasında iş sözleşmesi var ise yolcu ile kurulan yolcu taşıma sözleşmesinin karşı tarafı olarak Uber'i zikretmekte hiçbir sorun kalmayacaktır. Zira *bağımlı* olarak iş gördüğü için işçinin kendi adına bu sözleşmenin tarafı olması söz konusu değildir. Sürücülerin bağımsız çalışan sıfatını taşıdıkları; Uber ile aralarında alt taşıma sözleşmesi olduğu kabul edilirse, ortada tek taşıma işi ancak iki bağımsız taşıma sözleşmesi söz konusu olacaktır. Ancak burada alt taşıma sözleşmesinin olduğu kabul edilse dahi Uber ile yolcu arasında kurulmuş olan taşıma sözleşmesinde Uber'in taşıyıcı sıfatı etkilenmemektedir; ancak sürücü, Uber ile arasındaki alt taşıma sözleşmesi sebebi ile alt taşıyıcı sıfatını taşıyacaktır. Şu halde her iki durumda da yolcu ile kurulan yolcu taşıma sözleşmesinin karşı tarafı Uber olup, Uber ile sürücü arasındaki ilişkinin niteliği, sürücülerin taşıyıcı sıfatını haiz olup olmadıkları hususunu etkileyecektir. Özetle,

---

62 Aslam & Farrar v. Uber, p. 90, 91.

63 KAYA, s.308-309

eğer Uber ile sürücüler arasında iş sözleşmesi var ise sürücülerin bir yolcu taşıma sözleşmesinin tarafı olmaları söz konusu olmazken; alt taşıma sözleşmesi var ise sürücüler, alt taşıyıcı olmaları sebebi ile taşıyıcı sıfatını haiz olacaklardır[64]. Bu nitelendirme ise taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi sebebi ile kimin veya kimlerin ve hangi esaslar uyarınca sorumlu olacaklarını etkileyebilecektir.

III. UBER'İN VE SÜRÜCÜLERİN, TAŞIMA HİZMETİNİN GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUKLARI

Aşağıda açıklanacağı üzere Uber uygulamasını kullanarak yolculuk yapan kişinin *tüketici* sıfatını taşımasından dolayı[65], Uber'in ve sürücülerin taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi nedeni ile TTK'nın yolcu taşıma sözleşmelerine ilişkin hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilmelerinin yanı sıra 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)[66] uyarınca sorumlu tutulabilmeleri de mümkündür. Taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi sebebi ile TBK'nın borca aykırılığa ilişkin hükümleri (TBK-m.112 vd) de elbette ki uygulama alanı bulabilir. Ayrıca, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi nedeni ile KTK uyarınca Uber'in ve sürücülerin akit dışı sorumlulukları da gündeme gelecektir.

Yolcunun, *tüketici* sıfatını taşıması ve bu sebeple Uber'in ve sürücülerin TKHK uyarınca sorumluluklarının gündeme gelmesi nedeni ile bu kısımda ilk olarak tüketici hukukuna ilişkin kavramsal açıklamalarda bulunulacak ve bu doğrultuda TKHK uyarınca tarafların hukuki statüleri ile taşıma sözleşmesinin hukuki niteliği ve ayıplı hizmet kavramı açıklanacaktır[67].

Daha sonra ise Uber'in ve sürücülerin taşıma hizmetinin gereği gibi

---

64 KAYA, s.312.

65 Bkz: III, 1, A

66 Kanun Numarası : 6502, Kabul Tarihi : 7/11/2013, Yayımlandığı R.Gazete : Tarih : 28/11/2013 Sayı : 28835

Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 54

67 Bu noktada belirtmek gerekir ki Uber ile kurulan taşıma sözleşmeleri her ne kadar TKHK-m.48 çerçevesinde mesafeli sözleşme olarak nitelenebilecek olsa da yolcu taşıma hizmetleri, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği-m.2/h ve 2011/83EU sayılı Tüketici Hakları Direktif-m.3/f.3/k uyarınca kapsam dışında bırakıldığı için burada mesafeli sözleşmeler kapsamında açıklama yapılmamıştır.

ifa edilmemesinden doğan sorumlulukları incelenecektir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Uber sürücülerini alt taşıyıcı veya işçi olarak kabul etmemiz, Uber ile yolcu arasındaki hukuki ilişkiyi etkilememektedir. Ancak Uber ile sürücü arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, yolcunun bu sebeple doğacak haklarını kime veya kimlere ve hangi esaslar çerçevesinde ileri sürebileceğini etkileyebilecektir. Bu nedenle burada sürücülerin alt taşıyıcı veya işçi olarak kabul edilmeleri durumlarına göre ayrı ayrı değerlendirme yapılacaktır.

Son olarak belirtmek isteriz ki TBK'daki düzenlemeler genel nitelikte olduğu için ve TTK ile TKHK, TBK'ya göre özel kanun niteliğinde olup öncelikle uygulama alanı bulacakları için burada TBK ve borçlar hukukunun genel hükümleri çerçevesinde ayrıntılı açıklamalara yer verilmemiştir.

1. TKHK Çerçevesinde Tarafların Hukuki Statüleri, Taşıma Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Ayıplı Hizmet Kavramı

A. TKHK Çerçevesinde Uber, Sürücü ve Yolcunun Hukuki Statüleri ve Taşıma Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Tüketici, TKHK-m.3/k uyarınca *"Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi"* olarak tanımlanmıştır[68]. Ticari faaliyette kazanç sağlama amacı ile hareket edilmektedir. Mesleki faaliyetten söz edebilmek için ise faaliyetin sürekli, bağımsız ve ivazlı olması gerekir[69]. Bu açıklamalardan hareketle yolcunun, tüketici sıfatını haiz olduğunu söyleyebiliriz. Zira yolcu, Uber uygulamasını kullanarak bir yerden bir başka yere gitme amacıyla hareket etmekte olup, bu amacın ticari bir amaç olduğu veya yolcunun bu işi meslek edindiği söylenemez.

---

68 *"Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmek"* ten kastedilenin, edinilen mal ya da hizmetin maliyetinin ticari hayata geri dönmemesi olduğu, bu sebeple tüketicinin, ödemiş olduğu bedele kendisinin katlandığı, bu bedeli geri kazanamadığı hakkında ve tüketicinin *"dağıtım zincirinin en sonunda bulunan, mal ve hizmeti kendi tüketimi, kişisel kullanımı için alan kişi"* olduğu yönünde bkz: ŞAHİN, Eda, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı Hizmetin Hukuki Niteliği, Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk ve Tüketicilerin Seçimlik Hakları", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XX, Sa.1-2, Haziran 2016, s.89.

69 BAHTİYAR, Mehmet/ BİÇER, Levent, "Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", **MÜHF-HAD**, C.XXII, Prof.Dr.Cevdet Yavuz'a Armağan (C.I, Özel Sayı), S.3, 2016, s.410 vd.

Yolcunun TKHK çerçevesinde hukuki statüsünü belirledikten sonra Uber'in statüsüne bakmak gerekecektir. Tüketici işlemlerinde tüketicinin karşısında yer alan taraf, duruma göre satıcı veya sağlayıcıdır. Satıcı ve sağlayıcı kavramları tüketiciye sunulan edimin niteliğine göre birbirinden ayrılmaktadır. Tüketicinin karşısında yer alan taraf, eğer tüketiciye sunulan edim bir mal ise *satıcı*; tüketiciye sunulan edim bir hizmet ise *sağlayıcı* sıfatının taşımaktadır.

TKHK-m.3/h'de *mal* kavramı *"Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar"* olarak, TKHK-m.3/d uyarınca *hizmet* kavramı ise *"Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu"* olarak tanımlanmıştır. Bu hükümde geçen *"mal sağlama dışındaki faaliyetler"* bedeni ve/veya fikri bir emeğe dayanan bir edimin sunulması anlamına gelmektedir[70]. Şu durumda yolcuya taşıma faaliyetinin sunulması bir malın değil bir hizmetin sunulması niteliğindedir. Zira burada bedeni emeğe dayanan bir faaliyetin sunulması söz konusudur. Buradan hareketle, taşıma faaliyetinin sunulması bir hizmetin sunulması niteliğinde olduğu için yolcunun karşısında yer alan taraf satıcı değil, sağlayıcı sıfatını taşıyacaktır. Sağlayıcı kavramı ise TKHK-m.3/ı'da *"Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi"* olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım uyarınca yolcu ile kurulan taşıma sözleşmesinin diğer tarafı olan Uber'in, sağlayıcı sıfatını taşıdığını söyleyebiliriz. Zira Uber, ticari amaçla, yani sunduğu uygulama vasıtası ile yolcu taşıma sözleşmesi kurulmasını sağlamak ve sürücüler vasıtası ile taşıma hizmeti sunup bu hizmet karşılığında ücret almak ve böylece kzanaç elde etmek amacı ile hareket etmektedir. Nitekim TTK-m.850/f.3'te taşıma işlerinin, ticari işletme faaliyeti niteliğinde olduğu da belirtilmiştir. Ayrıca Uber'in sunduğu uygulama vasıtası ile taşıma sözleşmesi yapmayı sürekli bir faaliyet olarak bağımsız şekilde ve ücret karşılığında sürdürmesi sebebi ile bu işi meslek edinmiş olduğu da söylenebilecektir.

TKHK-m.3/l uyarınca tüketici işlemi ise *"Mal veya hizmet piyasala-*

---

70 ŞAHİN, s.93; ÇAĞLAYAN, Hasan Can, "Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk ve Seçimlik Haklar", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.7, 2016, s.354.

rında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi" olarak tarif edilmiştir. Bu çerçevede taşıma sözleşmesinin bir tüketici işlemi olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak yolcuyu *tüketici* olarak, Uber'i ise *sağlayıcı* olarak; Uber'in sunduğu taşıma faaliyetini bir *hizmet* olarak; Uber ile yolcu arasında kurulan taşıma sözleşmesini ise *tüketici işlemi* olarak nitelemek gerekecektir.

Burada sorun arz eden husus ise sürücülerin TKHK çerçevesindeki hukuki statüsünü tespit etmektir. Sürücülerin alt taşıyıcı olarak kabul edilmeleri halinde TKHK-m.3/ı uyarınca *sağlayıcı* olarak kabul edilmesi gerekir. Zira sürücü, yolcu ile arasında doğrudan akdi bir ilişki olmasa da artık alt taşıyıcı sıfatı ile taşıma hizmetini yolcuya fiilen sunan kişi konumundadır. Ayrıca bu durumda sürücüler, sunulan taşıma hizmeti karşılığında ücret alarak kazanç elde etme amacı ile yani ticari amaçla hareket ederler ve taşıma işini bağımsız, sürekli ve ücret karşılığı yaptıkları için bu işi meslek edinmiş olurlar.

Sürücüleri işçi olarak kabul ettiğimiz takdirde ise sürücülerin TKHK-m.3/ı'da belirtilen *"hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi"* olup olmadıklarını incelemek gerekecektir. İşveren ile işçi arasında iş ilişkisi söz konusudur ve iş hukukunda işveren vekilleri dışındaki kişilerin işveren adına ve hesabına hareket etme yetkisi bulunmamaktadır. İşveren vekili ise İK-m.2/f.5 *"İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimseler"* olarak tanımlanmıştır. Uber sürücüleri ise işletme yönetiminde görev almadıkları için işveren vekili sıfatını taşımamaktadırlar. Bu sebeple kanaatimizce Uber sürücüleri işçi olarak kabul edildiklerinde sağlayıcı sıfatını taşımayacaklardır.

B. Ayıplı Hizmet Kavramı

Ayıplı hizmet kısaca, hizmetin ifasındaki sübjektif veya objektif eksiklikler olarak tanımlanabilir. Sübjektif ayıp, hizmetin, tarafların sözleşmede kararlaştırdığı veya sağlayıcının tek taraflı olarak beyan ettiği özellikleri taşımaması; objektif ayıp ise hizmetin dürüstlük kuralı uyarınca taşıması ge-

reken özellikleri taşımaması olarak tarif edilebilir[71]. TKHK-m.13/f.1'de ise ayıplı hizmet *"sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmet"* olarak tanımlanmıştır. Şu halde hizmetin, taraflarca kararlaştırılan (sübjektif ayıp/zikir veya vaad edilen özellikleri taşımama) veya objektif olarak taşıması gereken özellikleri taşımaması (objektif ayıp/lüzumlu vasıflarda eksiklik), hizmeti ayıplı hale getirecektir. Buna ek olarak her ne kadar ayıp, gereği gibi ifa etmeme hallerinden birisi olsa da TKHK-m.13/f.1 çerçevesinde geç ifanın yani temerrüt halinin de ayıp olarak ele alındığı görülmektedir[72].

TKHK-m.13/f.2 ise *"Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır."* hükmüne yer vererek ayıplı hizmeti daha somut hale getirmiştir[73]. Burada ise *"hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımama"* durumu sübjektif ayıp (zikir veya vaad edilen özellikleri taşımama); *"yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltma veya ortadan kaldırma"* durumu ise objektif ayıp (lüzumlu vasıflarda eksiklik) olarak karşımıza çıkmaktadır[74].

---

71 ŞAHİN, s.103, 100.

72 İNCEOĞLU, M. Murat, "Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu", **Yeni Tüketici Hukuk Konferansı: Makaleler-Tartışmalar**, Der.: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2015,s.209; Bu hususlar ve subjektif-objektif ayıp kavramları hakkında detaylı açıklamalar içib bkz: ŞAHİN, s.100 vd.

73 İNCEOĞLU, s.211. Maddi ayıplar, hizmetin somut bir nesne üzerinde gerçekleşmesi halinde söz konusu olur ve hizmetin fiziksel niteliğindeki bir eksikliği ifade etmektedir. Hukuki ayıp ise hizmetten yararlanma veya tasarruf imkanını kaldıran kamu hukuku kaynaklı kısıtlamalardır. Ekonomik ayıp ise hizmetten beklenen verimin elde edilememesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz: EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2017, s.104-105; ŞAHİN, s.103-105; ASLAN, İbrahim Yılmaz, **Tüketici Hukuku Dersleri**, 6.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s.94 vd; DOĞAN, Gül, "Satıcının Ayıplı Mallardan ve Sağlayıcının Ayıplı Hizmetlerden Sorumluluğu", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.V, S.1, 2008, s.200-201; ÇAĞLAYAN, s.360-361.

74 ŞAHİN, s.102.

Sonuç olarak ayıplı hizmeti *ifada gecikme* ya da *hizmetin, sağlayıcının zikir veya vaad ettiği ya da lüzumlu olan vasıfları taşımaması* olarak ifade edilebiliriz. Bu noktada KYTK ile TTK'ya da değinmek gerekmektedir. KYTK-m.6/f.3, KYTK-m.7/f.1 ve TTK-m.914 /f.1'de taşıyıcının, yolcuların güvenli, sağlıklı ve rahat biçimde yolculuk etmelerini sağlama ve yolcu ile eşyasını taahhüt ettiği yere kadar götürme borcu olduğu ifade edilmiştir. Bu borca aykırı olarak sunulan taşıma hizmeti, ayıplı hizmet kavramı çerçevesinde ele alınabilecektir.

Tüm bu açıklamalardan hareketle, ayıplı hizmet kavramı çerçevesinde değerlendirilebilecek taşıma hizmetine örnek olarak uygulama üzerinde belirtilen süre içerisinde aracın yolcuyu almaya gönderilmemesi; gönderilen aracın, uygulama üzerinde gösterilen nitelikleri gerçekte taşımaması veya aracın, taşıma hizmetinin sunulması için ortalama bir konfora sahip olmaması gösterilebilir. TTK ve KYTK'nın yukarıda belirtilen hükümleri de dikkate alındığında taşıma hizmetinin ifası sırasında gerçekleşen bir kaza sonucu yolcunun bedensel bir zarara uğraması veya eşyasının zarar görmesi yahut yolculuk sırasında yaşanan aksaklıklar sebebi ile gideceği yere gecikmesi de ayıplı hizmet kavramı çerçevesinde ele alınabilecektir.

2. Taşıma Hizmetinin Gereği Gibi İfa Edilmemesinden Doğan Sorumluk

Yolcu ile Uber arasında bir yolcu taşıma sözleşmesi kurulduğu için Uber, sürücülerin alt taşıyıcı veya işçi olarak kabul edilmeleri durumundan etkilenmeksizin, TTK çerçevesinde taşıyıcı sıfatına, TKHK çerçevesinde ise sağlayıcı sıfatına sahip olacaktır. Şu halde Uber, sürücülerin alt taşıyıcı veya işçi olarak kabul edilmelerinden bağımsız olarak, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesinden her durumda sorumlu olacaktır. Ancak sürücülerin alt taşıyıcı veya işçi olarak kabul edilmeleri, sürücülerin de taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesinden sorumlu tutulup tutulamayacakları noktasında bizi farklı sonuçlara ulaştırabilecektir. Bu sebeple bu kısımda ilk olarak Uber'in; daha sonra ise sürücülerin, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan sorumlulukları, sürücülerin alt taşıyıcı veya işçi olarak kabul edilmelerine göre ikili bir ayrıma gidilerek ele alınacaktır.

A. Uber'in, Taşıma Hizmetinin Gereği Gibi İfa Edilmemesinden Doğan Sorumluluğu

a. Genel Bakış

Uber TKHK çerçevesinde *sağlayıcı*, TTK çerçevesinde *taşıyıcı*, KYTK uyarınca ise *taşımacı* sıfatını taşımaktadır. TKHK-m.14/f.1 uyarınca sağlayıcı, hizmeti sözleşmeye uygun olarak ifa etmekle yükümlüdür. TTK-m.914/f.1 ve KYTK-m.6/f.3, KYTK-m.7/f.1 çerçevesinde ise taşıyıcının/taşımacının yolcuların güvenli, sağlıklı ve rahat biçimde yolculuk etmelerini sağlama ve yolcu ile eşyasını taahhüt ettiği yere kadar götürme borcu vardır. Bu hükümler de taşıyıcının/taşımacının, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesinden sorumlu olacağını göstermektedir.

Bu temel hükümlerden hareketle Uber'in taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan sorumluluğu ilk olarak Uber'in taşıyıcı/taşımacı sıfatı bakımından incelenecektir. Ardından Uber'in KTK uyarınca akit dışı sorumluluğuna değinilecektir. Daha sonra ise Uber'in sağlayıcı sıfatı ile sorumluluğu ele alınacaktır.

b. Uber'in Taşıyıcı Sıfatı ile Sorumluluğu

aa. Genel Bakış

Taşıyıcının veya KYTK'da öngörülen ismi ile taşımacının sorumluluğunu düzenleyen temel hükümler, daha evvel de değinildiği üzere, TTK-m.914/f.1, KYTK-m.6/f.3 ve KYTK-m.7/f.1'dir. Bunun yanında TTK'da yolcunun ölmesi, yaralanması veya eşyasının zarara uğraması ile yolcunun gecikmesi durumları bakımından taşıyıcının sorumluluğu detaylı biçimde düzenlenmiştir. Bu durumların her biri taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Bu sebeple aşağıda, konumuzu ilgilendirdiği kadarı ile taşıyıcının sorumluluğu üzerinde durulacaktır.

TTK'da taşıyıcının sorumluluğu yolcunun ölmesi, yaralanması veya eşyasının zarara uğraması ve yolcunun gecikmesi çerçevesinde ele alınmıştır. Bu sebeple biz de aşağıda bu sistematik uyarınca taşıyıcının sorumluluğunu ele alacağız.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki TTK-m.854 uyarınca taşıyıcının sorumluluğunun önceden hafifletilmesi veya kaldırılması geçersiz kabul edilmektedir. Bu hükümlerin, işletme tüzüklerinde, genel işlem şartlarında,

biletlerde, tarifelerde veya benzer diğer belgelerde öngörülmüş olmaları halinde de durum değişmemektedir. Bu sebeple doktrinde, taşıyıcının akdi sorumluluğunun ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu olduğu ifade edilmektedir[75].

ab. Yolcunun Ölmesi

TTK-m.914/f.1 ve KYTK-m.6/f.3, KYTK-m.7/f.1 ile zamanaşımını düzenleyen TTK-m.855/f.1'de yer alan *"…yolcunun bir kaza sonucu ölmesi… hâlinde istem hakları on yılda…zamanaşımına uğrar."* hükümleri yolcunun, taşıma sırasında gerçekleşen bir kaza sonucu ölmesinden dolayı taşıyıcının sorumlu olacağını ortaya koymaktadır. TTK-m.914/f.2 ise taşıyıcının, yolcunun taşıma sırasında gerçekleşen bir kaza sonucunda ölmesinden sorumlu olacağını açık bir biçimde düzenlemiştir ve yolcunun ölümü halinde onun yardımından yoksun kalan kişilerin taşıyıcıdan, uğradıkları zararın tazminini talep edebileceklerini belirtmiştir. Anılan hüküm taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasını ise *kazanın kendisinin veya yardımcılarının en yüksek özeni göstermelerine rağmen, kaçınamayacakları ve sonuçlarını önleyemeyecekleri bir sebepten* ileri geldiğini ispat etmesine bağlamıştır. Bu durum ise meydana gelen kazada taşıyıcının kusurlu olmasa bile yolcuya karşı sorumlu tutulabileceğini göstermektedir.

TTK-m.914/f.3 uyarınca araçta ilk yardım malzemesi ve ilacı bulundurmamak da taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi olarak değerlendirilebilecektir. Anılan hüküm, taşıyıcının araçta durumun gerektirdiği ilk yardım malzemeleri ile ilaçları bulundurması gerektiğini belirtmiştir. Eğer bu malzemeler araçta bulundurulmazsa veya yolcuya bunlardan derhal yararlanma imkanı tanınmazsa taşıyıcı, TTK-m.914/f.3'teki atıf gereğince TTK-m.914/f.2 uyarınca sorumlu olacaktır ve herhangi bir zarar ispat edilemese dahi taşıyıcı TTK-m.914/f.3'te belirtilen bilet parasının üç katı tutarındaki götürü tazminatı ödeyecektir. Şu halde taşıma sırasında gerçekleşen kaza sebebi ile yolcu öldüğünde, yolcunun yardımından yoksun kalan kişiler TTK-m.914/f.3'teki atıf sebebi ile, uğradıkları zararı ispat edemeseler bile bu götürü tazminatı talep edebileceklerdir.

Yolcunun ölmesi durumunda meydana gelecek zararların neler olduğuna ilişkin ayrıca bir hüküm olmadığından dolayı burada TBK-m.53 uygulama alanı bulacaktır[76].

---

75 TOKAT, s.2956.

76 TBK-m.53 uyarınca *"Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:*
1. Cenaze giderleri

ac. Yolcunun Yaralanması

TTK-m.914/f.1-2 ve KYTK-m.6/f.3, KTYK-m.7/f.1 ile zamanaşımını düzenleyen TTK-m.855/f.1'de yer alan *"…yolcunun… bedensel bütünlüğü zedeleyen bir zarara uğraması …hâlinde istem hakları on yılda…zamanaşımına uğrar."* hükümleri taşıyıcının, yolcunun taşıma sırasında bir kaza sonucu yaralanmasından sorumlu olacağını ortaya koymaktadır. TTK-m.914/f.2 uyarınca taşıyıcının sorumluluktan kurtulması ise *kazanın kendisinin veya yardımcılarının en yüksek özeni göstermelerine rağmen, kaçınamayacakları ve sonuçlarını önleyemeyecekleri bir sebepten ileri geldiğini ispat etmesi* halinde mümkün olacaktır. TTK-m.914/f.3 uyarınca ilk yardım malzemeleri ve ilaçları bulundurmamak veya yolcuya bunlardan derhal yararlanma imkanı sunmamaktan doğan sorumluluk burada da gündeme gelecektir.

Yolcunun yaralanması durumunda meydana gelecek zararların neler olduğuna ilişkin ayrıca bir hüküm olmadığından burada TBK-m.54 uygulama alanı bulacaktır[77].

ad. Yolcunun Gecikmesi

Yolcunun gecikmesi durumu *seferin yapılamaması*, *seferin gecikmesi* veya *seferin duraksamasın*dan kaynaklanmış olabilir. Bu konu ile ilgili TTK-m.907 ve devamında detaylı düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu hükümlere kısaca değinecek olursak, ilk olarak TTK-m.907 uyarınca *seferin yapılamaması* durumu açıklanmalıdır. TTK-m.907 uyarınca sefer, taşıma sözleşmesinin yapılmasından sonra, ancak hareketten önce ortaya çıkan bir sebeple yapılamamışsa ve bu sebep taşıyıcının fiil veya ihmalinden ileri gelmiş ise taşıyıcı bundan sorumlu olur. Seferin ölüm, hastalık gibi bir mücbir nedenle ya da taşıyıcının kusuru olmaksızın taşıma aracından kaynaklanan bir sebeple veya iki tarafın da kusurundan ileri gelen ve yolculuğu engelleyen veya tehlikeli hale getiren bir sebeple yapılamaması durumunda

---

2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar

3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar."

77 TBK-m.54 uyarınca *"Bedensel zararlar özellikle şunlardır:*

1. Tedavi giderleri.

2. Kazanç kaybı.

3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar."

taşıma sözleşmesi, taraflar için tazminat yükümlülüğü doğurmaksızın kendiliğinden geçersiz sayılmaktadır.

Seferin gecikmesi ise, hareketin gecikmesinden veya sefer sırasında meydana gelen bir başka bir sebepten ileri gelebilir. İlk olarak hareketin gecikmesi incelenecek olursa, TTK-m.908 uyarınca yolcu, hareketin durum ve şartlara göre katlanması beklenemeyecek bir süre gecikmesi halinde sözleşmeden cayarak ödediği ücreti ve varsa zararının tazminini talep edebilir. Yolcunun hareket yerinden ayrılması ise cayma olarak kabul edilmektedir. Yolcunun sözleşmeden caymayıp gecikmeye rağmen yolculuğa devam etmesi durumunda ise yolcu, artık sadece gecikme sebebi ile uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir. Ancak sözleşmeden caysa da caymasa da ve gecikme nedeni ile herhangi bir zarara uğradığını ispat edemese de yolcu, mahkeme tarafından hükmedilecek, bilet parasının üç katı tutarındaki götürü tazminata hak kazanacaktır. Sefer sırasında gerçekleşen nedenlerle seferin gecikmesi ise TTK'da yol değiştirme ve zorunlu sebepler olarak iki başlık altında düzenlenmiştir. TTK-m.909 uyarınca, sözleşme ile aksi kararlaştırılmış olmadıkça taşıyıcının sözleşmede kararlaştırılmış olmayan bir yerde durması, nedensiz şekilde olağan yol dışında bir yola girmesi ya da bunlar gibi kendi fiillerinden kaynaklanan nedenlerle gidilecek yere geç varması durumunda yolcu, sözleşmeden cayarak tazminat isteyebilir. Son olarak belirtmek gerekir ki, TTK-m.910 uyarınca seferin gecikmesi hükümet emri, idari bir tasarruf, aracın onarılması zorunluluğunun doğması veya yolculuğa devam edilmesini tehlikeli hale sokan ani bir durum gibi zorunlu sebeplerden ileri gelmiş ise ve aksine sözleşme yok ise yolcu, gidilen yol ile orantılı olarak taşıma ücretini ödeyerek sözleşmeden cayabileceği gibi aracın hareket etmesini de bekleyebilir. İkinci durumda yolcu sadece, sözleşmede kararlaştırılmış ücreti ödeyecektir.

Seferin duraksaması ise TTK-m.911/f.1 uyarınca taşıma sözleşmesinin kurulması ve hareketin başlamasından sonra yolculuğun yapılamaması halidir. Seferin duraksaması halinde TTK-m.911/f.1 uyarınca, sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça aşağıdaki hükümler uygulanacaktır:

a) Yolcu kendi isteği ile yol üzerinde bulunan bir yerde yolculuktan vazgeçerse ücretin tamamını öder.

b) Taşıyıcı, sefere devamdan vazgeçer veya taşıyıcının kusuru sebebiyle yolcu yol üzerinde bulunan bir yerde inmek zorunda kalırsa, taşıma

ücreti ödenmez; ödenmişse yolcu tamamını geri alır. Yolcunun tazminat hakkı saklıdır.

c) Sefer, yolcunun kendisini veya taşıma aracını ilgilendiren ve taşıyıcı için kusur oluşturmayan bir sebepten duraklarsa, ücret, gidilen yol ile orantılı olarak ödenir. Bu halde taraflardan hiçbiri diğerine tazminat ödemez.

Son olarak KYTK-m.7/f.3'e de değinmek gerekmektedir. Anılan hüküm, taşımacıyı *"Karayolları alt yapısı, işletilmesi, trafiği, doğal afetler, meteorolojik şartlar ile arıza ve kaza hali dahil, beklenmeyen sebeplerle ilgili olarak ortaya çıkan ve taşımanın devamına engel olan sebeplerin, belirsiz bir beklemeyi mecburî kılması veya varış noktasına kadar gerekli zamanın bir katından daha fazla beklemeyi gerektirmesi halinde, imkân olduğu takdirde … bir başka güzergâhı izleyerek taşımayı tamamlamak, aksi halde yolcuyu güzergâh üzerinde yolcunun dilediği bir yere kadar götürmek veya yolcu ve eşyayı hareket noktasına geri getirmek"* ile yükümlü kılmıştır ve taşımacının ek ücret talep edemeyeceğini de belirtmiştir. Burada taşımacı, kendi fiilleri dışında gerçekleşen sebepler dolayısı ile bile olsa, yolcunun gecikmesi söz konusu olabilecekse bu durumun engellenmesi için başka bir güzergah üzerinden taşıma hizmetine devam etmek ya da yolcuyu güzergah üzerinde dilediği bir yere veya hareket noktasına geri götürmekle yükümlü kılınmış olup bu yükümlülüğe aykırılık da taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

ae. Bagajın Zarara Uğraması

Yolcunun yanında bulundurduğu eşya için TTK'da *bagaj* kavramı kullanılmaktadır. TTK-m.912/f.1'de yapılan atıftan dolayı burada eşya taşımalarına ilişkin TTK-m.875-886 arasındaki hükümler uygulanacaktır.

Konumuzu ilgilendirdiği kadarıyla bu hükümlere değinecek olursak, TTK-m.875/f.1 uyarınca taşıyıcının *"eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içinde, eşyanın zıyaından, hasarından veya teslimindeki gecikmeden doğan zararlar"* dan sorumlu tutulduğu görülmektedir. Şu halde taşıyıcı, taşıma sırasında yolcunun bagajına gelen zarardan sorumlu olacaktır. Bagaja gelen zarar ise bagajın zıyaı, bagajın hasarı veya bagajın gecikmesi şeklinde karşımıza çıkabilir[78].

---

78 Bagajın zıyaı, taşıyıcının eşyayı yolcuya teslim edemeyecek durumda olması; hasar, bagajın

TTK-m.875/f.3 uyarınca, taşımanın gecikmesi durumunda ise, herhangi bir zarar doğmasa bile, gecikme süresi ile orantılı olarak taşıma ücreti indirilir. Ancak taşıyıcı, her türlü özeni gösterdiğini ispat ederek indirime engel olabilir.

TTK-m.876 uyarınca taşıyıcı, zıya, hasar veya gecikmenin en yüksek özeni göstermiş olmasına rağmen kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden ileri geldiğini ispat edebilirse sorumluluktan kurtulabilecektir. Ancak TTK-m.877 uyarınca taşıyıcı, araçtaki arızaya veya aracı kiraladığı kişinin, onun temsilci veya çalışanlarının kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. TTK-m.878 ise taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasına olanak veren özel halleri düzenlemektedir.

TTK-m.882 ve TTK-m.884 ise taşıyıcının sorumluluğunun sınırını düzenlemektedir. Bu hükümler uyarınca taşıyıcının sorumluluğunun belli bir miktarla sınırlı olduğu görülmektedir.

TTK-m.885/f.1 uyarınca bagajın zıyaı, hasarı veya gecikmesi nedeni ile taşıyıcıya yöneltilebilecek akit dışı talepler için de yukarıda anılan kurtuluş imkanları ve sorumluluk sınırları geçerlidir. Nitekim akit dışı talepler bakımından TTK-m.887 uyarınca taşıyıcının yardımcıları da bu imkan ve sınırlara dayanabilecektir. Ancak TTK-m.886 ve TTK-m.887'nin son cümlesi uyarınca zarara *kasten ya da pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilinin veya ihmalinin sebebiyet verdiği* ispat edilirse taşıyıcı da TTK-m.879'da belirtilen kişiler de akit dışı talepler bakımından kurtuluş imkanlarından da sorumluluk sınırlamalarından da yararlanamayacaklardır.

c. Uber'in KTK Uyarınca Akit Dışı Sorumluluğu

KTK-m.3 uyarınca işleten *"Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır."* olarak; teşebbüs sahibi ise KTK-

---

değerini düşüren maddi kötüleşmeler; bagajın gecikmesi ise taşıma hizmetinin zamanında yapılamaması nedeni ile bagajın varma yerine zamanında ulaşamamasıdır. Detaylı bilgi için bkz: ADIGÜZEL, **Karayolu**, s.71 vd; ERDEM, s. 198 vd, TOKAT, s.2961 vd

m.85/f.1 uyarınca *"…motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi…"* olarak tanımlanmıştır.

Bu tanımlardan hareketle sürücülerin işleten, Uber'in ise teşebbüs sahibi sıfatını taşıyacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Zira taşıma hizmetinde kullanılan araçlar Uber'e değil, sürücülere ait olduğu için sürücüler, ister alt taşıyıcı isterse de işçi olarak nitelendirilsin, "araç sahibi" oldukları için *işleten* olarak değerlendirilmelidir[79]. Uber ise her ne kadar teşebbüs sahibi tanımında yer aldığı şekilde yolculara bilet kesmese de, tahsilat işlemi Uber tarafından ve Uber'in kestiği makbuzla yapıldığı için ve yolcular, Uber uygulaması vasıtası ile araçlara ve sürücülere eriştikleri için Uber, *teşebbüs sahibi* sıfatını taşıyacaktır.

İşletenin ve bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu ise aracın işletilme halinde olup olmamasına göre değişmektedir. KTK-m.85/f.1 *"Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar."* diyerek işletilme halinde olan motorlu aracın sebep olduğu zararlardan doğan sorumluluğu düzenlemektedir. Burada tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluk hali düzenlenmektedir. Bu hükmün uygulama alanı ise karayolunda[80] işletilme halinde olan motorlu bir aracın sebep olduğu, bir kimsenin ölmesi veya yaralanmasından doğan maddi zararlar ile bir mala verilen zararlarla sınırlıdır[81]. Bu durumlar, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi kavramı çerçevesinde ele alınabilecektir. Şu halde karayolunda ve işletilme halinde

---

79 Sürücülerin taşıması gereken nitelikler ve bu çerçevede Uber sürücüsü olabilmek için araç sahibi olmak gerektiği hususunda bkz: https://www.uber.com/tr/drive/requirements/ (Erişim Tarihi 27.03.2019)

80 Karayolu, KTK-m.3'te *"Trafik için, kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, köprüler ve alanlar"* olarak tanımlanmıştır.

81 İşletilme halinde olmaktan ne anlaşılması gerektiği ise tartışmalıdır. Bu hususlar için bkz: OĞUZMAN, M.Kemal /ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 191-195; KARACAN ÇETİN, Hatice, **Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı)**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.57-59.

olan Uber aracının karıştığı bir kaza söz konusu olduğunda yolcu, uğradığı bedensel zararlar ve eşyasına gelen zaralar bakımından teşebbüs sahibi olarak Uber'in akit dışı sorumluluğuna gidebilecektir.

KTK-m.85/f.3 ise *"İşletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir."* diyerek işletilme halinde olmayan bir aracın sebep olduğu zarardan sorumluluğu düzenlemektedir. Burada da yine karayolunda meydana gelen zararlardan sorumluluk düzenlenmektedir. İşletenin sorumluğu burada, kusur sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak araçtaki bozukluktan doğan sorumluluk, tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir[82].

KTK-m.85/f.5 ise *"İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur."* demektedir. Bu nedenle Uber, işletilme halinde olmayan aracın doğurduğu zararlar bakımından sürücülerin kusurundan sorumlu olacaktır.

Özetle, araç her ne kadar işletilme halinde olmasa da taşıma faaliyeti sırasında gerçekleştiği takdirde yolcunun uğradığı zararlar da taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi kavramı çerçevesinde değerlendirilebilecek ve KTK-m.85/f.3 uyarınca işletilme halinde olmayan Uber aracının, sürücünün kusuru sebebi ile yolcuyu zarara uğratması söz konusu olursa yolcu, teşebbüs sahibi olarak Uber'in akit dışı sorumluluğuna başvurabilecektir.

KTK-m.86 ise işleten ve bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurtulmasını veya sorumluluğun azaltılmasını düzenlemektedir. Anılan maddenin 1.fıkrası uyarınca işleten veya bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi,*"…kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse"* sorumluluktan kurtulabilecektir. Anılan maddenin 2.fıkrası ise sorumluluktan kurtulamayan işleten veya bağlı olduğu teşebbüs sahibinin, zarar görenin kusurunun kazanın oluşumunda etkili

---

82 OĞUZMAN/ÖZ, **C.II**, s.207-208; KARACAN ÇETİN, s.59 vd.

olduğunu ispat etmesi halinde hakime, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirme yetkisi tanımaktadır.

Son olarak belirtilmelidir ki KTK-m.111/f.1 uyarınca sorumluluğu sınırlandıran veya daraltan anlaşmalar geçerli sayılmamaktadır.

d. Uber'in Sağlayıcı Sıfatı ile Sorumluluğu

aa. Genel Bakış

Ayıplı hizmet ile ilgili düzenlemeler TKHK'un 13.ve16.maddeleri arasında yer almaktadır. Daha evvel de ifade edildiği üzere Uber, TKHK çerçevesinde sağlayıcı sıfatını taşımaktadır ve taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesinden TKHK-m.14 uyarınca sorumlu olacaktır[83].

Aşağıda tüketici sıfatını taşıyan yolcunun, TKHK çerçevesinde Uber'e karşı sahip olduğu seçimlik hakları ele alınacaktır.

ab. Yolcunun TKHK'dan Doğan Seçimlik Hakları

TKHK-m.14/f.1 uyarınca sağlayıcı, hizmeti sözleşmeye uygun olarak ifa etmekle yükümlüdür. Eğer ayıplı hizmet kavramı çerçevesinde değerlendirilebilecek bir borca aykırılık söz konusu olursa tüketici, TKHK-m.15'te belirtilen seçimlik haklarından birini kullanabilecektir. Bu seçimlik haklar TKHK-m.15/f.1'da *hizmetin yeniden görülmesi*, hizmet sonucu ortaya çıkan *eserin ücretsiz onarımı*, ayıp oranında *bedelden indirim* ve *sözleşmeden dönme* olarak belirtilmiştir. Bu seçimlik haklar yenilik doğuran hak mahiyetindedir ve bu hakların dava yolu ile kullanılmaları gerekmemektedir[84]. Tüketici bu seçimlik haklardan dilediği herhangi birini kullanmakta serbest olmakla beraber, hangi hakkı kullanmak istediğini sağlayıcıya bildirdikten sonra seçimini geri alamamaktadır[85]. TKHK-m.15/f.1, bu seçimlik haklara ek olarak TBK çerçevesinde tazminat talep edilmesine de olanak vermektedir.

---

83 TKHK-m.14 uyarınca *"(1) Sağlayıcı, hizmeti sözleşmeye uygun olarak ifa etmekle yükümlüdür. (2) Sağlayıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin hizmet sözleşmesinin kurulduğu tarihte düzeltilmiş olduğunu veya hizmet sözleşmesinin kurulması kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içermediğini ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağlı olmaz."*

84 YAVUZ, Nihat, **Ayıplı İfa**, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.170; ASLAN, s.126.

85 ŞAHİN, s.112.

Sağlayıcı, yani Uber, TKHK-m.15/f.1 uyarınca yolcunun tercih ettiği seçimlik hakkını yerine getirmek zorunda olup bu hakkın yol açtığı tüm masraflara da katlanmak durumundadır.

TKHK-m.15/f.2'de ücretsiz onarım ve hizmetin yeniden görülmesi haklarının sağlayıcı için orantısız güçlükler doğuracak olması halinde bu hakların kullanılamayacağı belirtilmiş ve orantısızlığın tespitinde dikkate alınacak hususlara değinilmiştir. TKHK-m.15/f.4'te ise ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesi hakları seçildiğinde bu taleplerin ne kadar bir süre içerisinde yerine getirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak aşağıda ele alınacağı üzere, her iki hakkın da taşıma sözleşmeleri bakımından kullanılması fiilen mümkün durmadığından bu hususlarla ilgili detaylı açıklama yapılmamıştır.

TKHK-m.15/f.3 ise tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçmesi halinde, ödemiş olduğu bedelin tümünün veya bedelden indirim yapılan tutarın tüketiciye derhal iade edileceğini belirtmiştir[86].

ac. Tüketicinin Seçimlik Haklarını Kullanmasının Koşulları

Tüketicinin, yani konumuz bakımından yolcunun seçimlik haklarını kullanılmasının koşulları şöyle özetlenebilir:

1- Öncelikle, hizmetin ifasında gecikme veya hizmetin, sağlayıcı tarafından zikir ya da vaad edilen veya objektif olarak taşıması gereken özelliklerinde bir eksiklik bulunması gerekmektedir; yani hizmette bir *ayıp* söz konusu olmalıdır. Ayıbın, hizmetin tüketiciye sunulması anında mevcut olması gerektiği doktrinde belirtilmektedir[87].

2- Ayıbın önemli bir ayıp olmasının gerekip gerekmediği ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre ayıplı hizmetten dolayı sağlayıcının sorumlu tutulabilmesi için ayıbın önemli bir ayıp olması gerekir[88]. Diğer bir görüşe göre ise ayıplı mal bakımından TBK-m.219'da ayıbın önemli olması şartı aranmıştır; ancak ayıplı hizmet bakımından TKHK-m.13-16 arasındaki

---

86 Tüketicinin ayıp oranında bedelde indirim istemesi halinde hizmetin ayıplı ve ayıpsız değerleri arasındaki oranın kararlaştırılmış hizmet bedeline uygulanacağı yönünde bkz: ÇAĞLAYAN, s.368; ŞAHİN, s.114-115.

87 ŞAHİN, s.108.

88 DOĞAN, s.201; GÜMÜŞ, M. Alper, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Cilt 1 (Madde: 1-46), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.90.

hükümlerde böyle bir koşula rastlanmamaktadır. Bu sebeple ayıbın önemli olması koşulu burada aranmayacaktır[89]. Kanaatimizce de TTK-m.13-16 arasındaki hükümlerde ayıbın önemli olması şartına yer verilmediği için kanun koyucunun burada bilinçli bir boşluk bıraktığı sonucuna ulaşılmalı ve ayıbın önemli olması koşulu aranmamalıdır.

3- Tüketicinin taşıma sözleşmesi kurulurken hizmetin ayıplı olarak ifa edileceğini bilmemesi ve ayıbı kabul etmiş olmaması gerekir[90]. Esasen bu koşul TKHK-m.10'da ve TBK-m.222'de ayıplı mallar için aranmış olup ayıplı hizmetlerde böyle bir koşul aranmamıştır. Ancak doktrinde de belirtildiği üzere TKHK-m.10 burada kıyasen uygulama alanı bulabilir[91]. Zira Uber'in sunacağı taşıma hizmetinin ayıplı hizmet niteliğinde olacağını, örneğin taşıma hizmetinde gecikme söz konusu olacağını bile bile taşıma sözleşmesinin tarafı olan yolcunun, daha sonra, hizmetin ayıplı olarak ifası nedeni ile uğradığı zararları tazmin ettirmeye çalışması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Sonuç olarak tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu anda, hizmetin ayıplı olarak ifa edileceğini bilmiyor olması gerekir.

4- Sorumluluğu sınırlandıran veya kaldıran bir anlaşma olmaması gerekir. Esasında bu husus tartışmalıdır. Şöyle ki eski TKHK-m.4/A'nın 4.fıkrasında sağlayıcının sorumluluğunun genişletebileceğine dair hüküm bulunmakta iken yeni TKHK'da bu hususa yer verilmemesi farklı görüşler ortaya çıkarmıştır[92]. Bir görüşe göre ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin kurallar tüketici lehine nisbî emredicidir ve sağlayıcının sorumluluğu daraltılamaz. Bu nedenle sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüz olacaktır[93]. Bir diğer görüşe göre ise sağlayıcının sorumluluğunu sınırlayan veya kaldıran sözleşme hükümleri üzerinde hiçbir müzakere söz konusu olmamışsa, sağlayıcı bu kayıtları sözleşmeye tek taraflı olarak koymuşsa bu kayıtlar TKHK-m.5/f.1 uyarınca haksız şart olarak kabul edilecek ve geçersiz sayılacaktır. Eğer

---

89 İNCEOĞLU, s.211; BAŞ SÜZEL, Ece, "Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa ", **MÜHF-HAD**, C.XXIV, S.2, Aralık 2018, s.984-985. Şahin ise bu durumda tüketicinin hangi seçimlik hakkını kullanabileceğinin somut olayda TMK-m.2 uyarınca belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz: ŞAHİN, s.107.

90 DOĞAN, s.201.

91 ÇAĞLAYAN, s.363.

92 ÇAĞLAYAN, s.364-365.

93 DOĞAN, s.201; BAŞ SÜZEL, s.985; İNCEOĞLU, s.211; ŞAHİN, s.111; YAVUZ, s.167.

bu kayıtlar müzakere edilmişse, sağlayıcının sorumluluğun arttırılmasının mümkün olması karşısında sorumluluğun sınırlanması ile ilgili TKHK'da açık bir hüküm olmaması bilinçli boşluk kabul edilerek bu kayıtların bağlayıcı olmadığı ileri sürülebilir. Ancak burada bu boşluğun bilinçli olmadığı ve TBK'nın genel düzenlemelerinden ayrılmak için yeterli bir neden olmadığı ve sonuç olarak sorumsuzluk kayıtlarının geçerli olduğu kabul edilmelidir[94].

Kanaatimizce TKHK'un temel amacı zayıf konumda olduğu kabul edilen tüketiciyi korumak olduğuna göre sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olduğunu kabul etmek kanunun amacı ile çelişecektir. Ayrıca ayıplı hizmetten doğan sorumlulukta zamanaşımını düzenleyen TKHK-m.16'in 1.fıkrası, sorumluluk süresinin uzatılabileceğini belirtmiş olmasına karşın bu sürenin kısaltılabileceğinden söz etmemiştir. Şu halde burada gerçekten de bilinçli bir boşluk olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple haksız şart hükümlerine gitmeye gerek olmaksızın, sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersiz sayılmalıdır.

Bu hakların kullanılması için ayıbın sağlayıcıya ihbar edilmesi ise gerekmemektedir. Nitekim eski TKHK-m.4/A'nın 2.fıkrasında yer alan hizmetin ifasından itibaren otuz gün içerisinde ayıbı sağlayıcıya bildirme yükümlülüğüne TKHK'da yer verilmemiştir[95]. Ancak tüketicinin seçimlik haklarını, TKHK-m.16/f.1'de belirtilen zamanaşımı süresi (ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile hizmetin ifasından itibaren 2 yıl) içerisinde kullanması gerekmektedir[96]. Sağlayıcının ayıbı ağır kusurla veya hile ile gizlemesi durumunda ise TKHK-m.16/f.2 uyarınca zamanaşımı hükümleri uygulanmayacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki tüketicinin seçimlik haklarını kullanması için sağlayıcının ayıbı bilmesi veya kusurlu olması gerekmemektedir[97]. Şu halde, sunulan taşıma hizmetinin ayıplı hizmet kavramı çerçevesinde değerlendirilebildiği durumlarda Uber, kusuru olmasa bile TKHK çerçevesinde yolcuya karşı sorumlu olacaktır.

---

94 ÇAĞLAYAN, s.364-365.

95 İNCEOĞLU, s.211; ŞAHİN, s.110

96 ŞAHİN, s.110.

97 ASLAN, s.97; DOĞAN, s.201.

ad. Yolcu Taşıma Sözleşmesi Çerçevesinde Tüketicinin Seçimlik Haklarının Değerlendirilmesi

Sunulan taşıma hizmetinin ayıplı hizmet kavramı çerçevesinde değerlendirilebildiği durumlarda yolcu, TKHK-m.15'ten doğan toplam dört tane seçimlik hakka sahip olsa da bu seçimlik hakların tamamının yolcu taşıma sözleşmelerinde uygulama alanı bulabileceğini söylemek güçtür. Bir kere, hizmetin yeniden görülmesini talep etmek anlamsız olacaktır. Zira yolcu belli bir zaman kesitinde bir yerden bir başka yere ulaşma amacı taşımaktadır. Bu sebeple taşıma hizmetinin yeniden görülmesini istemek anlamsız olacaktır. Örneğin 10.05.2019'da saat 19.00'da Beşiktaş'ta bir etkinliğe katılacak kişinin, Uber uygulamasında öngörülen tahmini varış süresi içerisinde Beşiktaş'a varamaması durumunda, hizmetin yeniden görülmesinin istenmesinde pratik bir yarar yoktur.

Ücretsiz onarım hakkı da burada anlamsız kalır. Zira öncelikle ortada, görülen hizmet sonucunda açığa çıkan bir varlık olmalıdır ki onarılması mümkün olsun. Örneğin eser sözleşmelerinde ücretsiz onarım hakkı kullanılabilir. Ancak işin mahiyeti gereği taşıma sözleşmelerinde ücretsiz onarım hakkının kullanılması mümkün durmamaktadır.

Yolcu, sözleşmeden dönmeyi seçtiğinde ve tasfiye süreci başladığında Uber'in taşıma hizmetinin bedelini iade etmesinde bir sorun olmamakla beraber, taşıma ediminin alacaklısı konumunda olan yolcunun bu edimi iade etmesi fiilen mümkün olmadığına göre burada dönme yerine fesih hakkı mı söz konusu olmalıdır yoksa yolcu, taşıma edimini iade edemeyeceği için hizmetten yararlandığı oranda Uber'e ödeme mi yapmalıdır sorusu akla gelmektedir. Ancak bu sefer de her iki durumun pratik sonucun, ayıp oranında bedelde indirim yapılmasından ne ölçüde farklı olacağı sorunu ile karşılaşılmaktadır[98].

Sonuç olarak yolcu, her ne kadar kağıt üzerinde dört farklı seçimlik hakkı olsa da, pratikte ayıp oranında bedelin indirilmesini talep edebilecektir diyebiliriz. Bu durum ise sunulan taşıma hizmetininin ayıplı hizmet kavramı çerçevesinde değerlendirilebileceği durumlarda TKHK düzenlemelerinin yetersiz kaldığını göstermektedir. Bu sorunların kaynağı ise TKHK

---

98 Ayıplı hizmetlerde sözleşmeden dönmenin değil sözleşmenin feshinin söz konusu olacağı hakkında bkz: GÜMÜŞ, **Borçlar**, s.140. Aksi yönde bkz: İNCEOĞLU, s.215.

hükümlerinin taşıma sözleşmelerine özel olarak düzenlenmiş olmamasında yatmaktadır.

Hem bu sorunun çözümü adına hem de Uber'in sorumluluğu bakımından dayanılabilecek birden çok kanun bulunması nedeni ile aşağıda, yolcu taşıma hizmetlerinde sağlayıcının/taşıyıcının sorumluluğuna hangi hükümlerin uygulanması gerektiği konusu ele alınacaktır.

e. Uber'in Sorumluluğu Bakımından Hangi Hükümler Uygulanmalıdır?

TTK, KYTK, KTK ve TKHK'nda Uber'in, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan sorumluluğuna uygulanabilecek hükümler yer almaktadır. Görüleceği üzere Uber, birden çok kanun uyarınca sorumlu tutulabilmektedir. Bu kanunlara bir de genel kanun olan TBK'yı eklemek gerekir. Nitekim hizmetin gereği gibi ifa edilmemesi bir kötü ifa hali olup sözleşmeye aykırılık oluşturur ve TBK-m.112 ve devamı, burada da uygulama alanı bulabilir. Yine koşulları varsa tüketicinin TBK uyarınca yanılma veya aldatmaya ilişkin hükümlere dayanması da mümkündür (TBK-m.30 vd)[99]. Uber'in sorumlu tutulabileceği birden çok kanun olduğuna göre burada söz konusu düzenlemelerden hangisinin uygulanacağını belirlemek gerekecektir.

Yukarıda izah edildiği üzere TKHK hükümleri, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmediği durumlarda yetersiz kalmaktadır. Buna karşın TTK'da ise taşıma sözleşmeleri ve taşıyıcının sorumluluğu detaylı şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple doktrinde, her ne kadar TKHK, TTK'dan daha sonra yürürlüğe girmiş olsa da TKHK'un, TTK'da yer alan taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümleri ortadan kaldırma amacı olmadığı, zira TKHK'da daha genel kurallar getirildiği, buna karşın TTK'da daha detaylı düzenlemelere yer verildiği, TTK'daki hükümlerin tüketici için daha lehe olduğu ve bu sebeple öncelikli olarak TKHK'nın değil TTK'nın uygulanması gerektiği belirtilmektedir[100]. Nitekim Yargıtay da bir kararında TTK yerine TKHK'un uygulanmasını bozma sebebi saymıştır[101].

---

99 Detaylı bilgi için bkz: ASLAN, s.132 vd.

100 BAŞ SÜZEL, s.973-974.

101 Yarg.11.HD, 2016/890 E., 2017/586 K., 06.02.2017 T. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi 12.03.2019)

Yine benzer yöndeki bir görüşe göre TKHK, TBK ve TTK'ya göre özel kanun niteliği taşımaktadır. Ancak TKHK, TTK karşısında tüm hükümleri ile özel kanun sayılamaz. Nitekim aksi halde ticari ihtiyaç ve gelişmelere paralel olarak TTK'ya konulmuş özel hükümler uygulama alanı bulamayabilir. Bu sebeple taşıma sözleşmelerinde olduğu gibi özel hükümlerle düzenlenmiş sözleşmeler söz konusu olduğunda hangi kanunun uygulanacağı belirlenirken özel-genel kanun ilişkisi çerçevesinde değil özel-genel hüküm ilişkisi çerçevesinde düşünülmelidir. TKHK'un ayıplı hizmete ilişkin hükümleri, yukarıda da izah edildiği üzere, taşıma hukukundan kaynaklanan sorunları çözmek için yeterli gözükmemektedir ve taşıyıcının sorumluluğu TTK'da özel ve emredici hükümlerle düzenlendiği için TKHK yerine TTK uygulanmalıdır[102].

Kanaatimizce de TKHK'nun ayıplı hizmete ilişkin hükümleri yolcu taşıma sözleşmeleri için özel olarak düzenlenmediği için taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmediği durumlar bakımından yetersiz kalmaktadır. Buna karşılık TTK ise taşıyıcının sorumluluğunu oldukça kapsamlı biçimde düzenlemiştir. TKHK, TTK'ya göre özel kanun niteliği taşımakla beraber, doktrinde de ifade edildiği gibi burada özel-genel kanun ilişkisinden değil, özel-genel hüküm ilişkisinden hareket edilmelidir. Bu çerçevede TTK'da yer alan taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümler, TKHK'un ayıplı hizmet hükümlerine göre özel hüküm niteliği taşımaktadır ve bu sebeple TKHK'a göre öncelikle uygulanması gerekir.

TBK ise gerek TTK gerekse de TKHK'a göre genel kanun niteliğinde olduğu için ancak TTK veya TKHK'da boşluk olduğu durumlarda uygulama alanı bulabilmelidir. Bu noktada TKHK-m.15/f.1'in, seçimlik haklara ek olarak TBK çerçevesinde tazminat talep edilmesine de olanak verdiği hatırlatılmalıdır. Şu halde tüketici, TKHK-m.15/f.1'de yer alan seçimlik haklarından birini kullandığında TBK uyarınca tazminat isteme hakkını kaybetmemektedir. Ancak TKHK'daki ayıplı hizmet hükümleri yerine TTK'da yer alan taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümlerin öncelikli olarak uygulanması gerektiğini belirttiğimiz için kanaatimizce tazminat talepleri de esasen TTK'da çerçevesinde çözümlenmelidir.

---

102 BAHTİYAR/ BİÇER, s.417-418; AKSOY, Sami, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.XXXI, S.2, Haziran 2015, s.323 vd.

Belirtmek gerekir ki taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi, hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil ediyorsa burada sorumluluk sebeplerinin yarışması (TBK-m.60) gündeme gelir. Bu çerçevede karayolunda gerçekleşen bir kaza söz konusu olduğunda ve KTK-m.85 uygulama alanı bulabildiğinde, tazminat talepleri bakımından KTK ile TTK hükümlerinin yarışacağı söylenebilecektir[103]. Ancak KTK'nın özel düzenleme olması nedeni ile burada KTK ile TTK arasında yarışma olmayacağı da doktrinde ifade edilmektedir[104].

KYTK'nda yer alan taşımacının sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler (m.6/f.3, m.7/f.1) ise, TTK-m.994/f.1 hükmü ile paralel ve genel düzenlemelere yer vermektedir. Bu sebeple KYTK'nun anılan hükümlerinin, taşıyıcının sorumluluğu bakımından TTK-m.914/f.1 ile beraber uygulanacağını söylemek yerinde olacaktır.

Burada son olarak görevli mahkemeye de değinmek gerekmektedir. TKHK-m.73/f.1 *"Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir."* demektedir. TKHK-m.83/f.2 ise *"Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez."* hükmüne yer vermektedir. Şu halde her ne kadar Uber'in sorumluluğu TKHK'a göre değil, taşıyıcının sorumluluğunu özel olarak ele alan TTK'ya göre belirlenecekse de, davanın tüketici mahkemelerinde açılması gerekecektir [105].

f. Uber'in Sorumsuzluk Kayıtlarının Değerlendirilmesi

Uber'in internet sitesinde yer alan şartları incelendiğinde Uber'in, bazı sorumsuzluk kayıtlarına yer verdiği görülmektedir[106]. Acaba Uber'in tek ta-

---

103 TOKAT, s.2966.

104 KARACAN ÇETİN, s.52-54.

105 Görevli mahkeme hakkında detaylı açıklamalar ve taşıma hukukuna ilişkin davaların asliye ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiği hakkında bkz: AKSOY, **Taşıma**, s.326 vd; AKSOY, Sami, "Yargıtay 20.Hukuk Dairesi'nin Taşıma Sözleşmesinden Doğan Davalarda Görevli Mahkemeye Dair Yargı Yeri Belirleme Kararının Değerlendirilmesi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.XXXIII, S.1, Mart 2017, 300 vd.

106 "**5. Feragatler; Sorumluluğun Sınırlanması; Teminat.**

FERAGAT.

HİZMETLER BU ŞEKİLDE VE OLDUĞU GİBİ SAĞLANIR. UBER İMA EDİLEN PA-

raflı olarak düzenlediği bu sorumsuzluk kayıtları geçerli olacak mıdır?

ZARLANABİLİRLİK GÜVENCELERİ DÂHİL, BELİRLİ BİR AMACA UYGUN OLAN VE İHLALE SEBEP OLMAYAN BU HÜKÜMLERDE AÇIKÇA BELİRTİLMEYEN AÇIK, İMA EDİLEN VEYA KANUNİ TÜM İFADELERİ VE İZİNLERİ REDDEDER. UBER AYRICA, HİZMETLERİN KULLANIMIYLA ELDE EDİLEN HİZMETİN, HERHANGİ BİR HİZMETİN VEYA MALIN GÜVENİLİRLİĞİNİ, DAKİKLİĞİNİ, KALİTESİNİ, UYGUNLUĞUNU VEYA MEVCUDİYETİNİ YA DA HİZMETİN KESİNTİSİZ VE HATASIZ OLACAĞINI İFADE ETMEZ, KEFİL OLMAZ YA DA GARANTİ ETMEZ. UBER, ÜÇÜNCÜ ŞAHIS SAĞLAYICILARIN KALİTESİNİ, UYGUNLUĞUNU, GÜVENLİĞİNİ VEYA YETENEĞİNİ GARANTİ ETMEZ. HİZMETLERİ VEYA ONLARLA BAĞLANTILI OLARAK TALEP EDİLEN HERHANGİ BİR HİZMETİ YA DA MALI KULLANIMINIZDAN DOĞACAK TÜM RİSKİN, YÜRÜRLÜKTEKİ KANUNUN İZİN VERDİĞİ AZAMİ ÖLÇÜDE SİZE AİT OLACAĞINI KABUL ETMEKTESİNİZ.

SORUMLULUĞUN SINIRLANMASI.

UBER BU TÜR HASARLARIN OLMA OLASILIĞINA KARŞI UYARMIŞ OLSA BİLE HİZMETLERİN KULLANIMIYLA BAĞLANTILI VEYA HERHANGİ BİR ŞEKİLDE BUNUN SONUCU OLAN KÂR KAYBI, VERİ KAYBI, KİŞİSEL YARALANMA VE MAL HASARI DÂHİL HİÇBİR DOLAYLI, TESADÜFİ, HUSUSİ, EMSAL NİTELİĞİNDE, CEZA GEREKTİREN VE SONUCU OLAN HASARLARDAN YÜKÜMLÜ DEĞİLDİR. UBER BU TÜR HASARLARIN OLMA OLASILIĞINA KARŞI UYARMIŞ OLSA BİLE AŞAĞIDAKİLERDEN KAYNAKLANAN HERHANGİ BİR HASARDAN, YÜKÜMLÜLÜKTEN VEYA KAYIPTAN SORUMLU TUTULAMAZ: (i) HİZMETLERİ KULLANIMINIZ, HİZMETLERLE ALÂKANIZ YA DA HİZMETLERE ERİŞİMİNİZİN VEYA KULLANIMINIZIN AKSAMASI; (ii) SİZİNLE ÜÇÜNCÜ ŞAHIS SAĞLAYICI ARASINDAKİ HERHANGİ BİR İŞLEM YA DA İLİŞKİ. UBER'İN MAKUL KONTROLÜNÜN DIŞINDAKİ SEBEPLERDEN KAYNAKLANAN PERFORMANS GECİKMELERİNDEN YA DA BAŞARISIZLIKLARINDAN UBER YÜKÜMLÜ DEĞİLDİR. BAZI İSTEK MARKALARIYLA TALEP EDİLEN TAŞIMACILIK HİZMETLERİNİ VEREN ÜÇÜNCÜ ŞAHIS TAŞIMACILIK SAĞLAYICILARININ ORTAK ARAÇ KULLANIMI VE KİŞİLER ARASI TAŞIMACILIK TEKLİF EDEBİLECEĞİNİ, AYRICA PROFESYONEL OLARAK LİSANSLI YA DA İZİNLİ OLMAYABİLECEĞİNİ KABUL EDERSİNİZ. HİÇBİR ŞEKİLDE UBER'İN HİZMETLERLE İLGİLİ TÜM HASAR, KAYIP VE HUKUKİ SEBEPLER İÇİN SİZE KARŞI OLAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ BEŞ YÜZ EURO (500)'YU GEÇEMEZ.

UBER HİZMETLERİNİ ÜÇÜNCÜ ŞAHIS SAĞLAYICILARDAN TAŞIMACILIK, MAL VEYA LOJİSTİK HİZMETLERİ TALEP ETMEK VE PLANLAMAK İÇİN KULLANABİLİRSİNİZ ANCAK UBER'İN, İŞBU HÜKÜMLERDE AÇIKÇA BELİRTİLENLER DIŞINDA, ÜÇÜNCÜ ŞAHIS SAĞLAYICILAR TARAFINDAN VERİLEN TAŞIMACILIK, MAL VEYA LOJİSTİK HİZMETLERİ İÇİN SİZE KARŞI HİÇBİR YÜKÜMLÜLÜĞÜ BULUNMADIĞINI KABUL ETMEKTESİNİZ.

İŞBU BÖLÜM 5'TEKİ SINIRLAMALAR VE FERAGAT, BİR MÜŞTERİ OLARAK, YÜRÜRLÜKTEKİ KANUNEN HARİÇ TUTULAMAYAN HAKLARINIZI DEĞİŞTİRMEYİ VEYA YÜKÜMLÜLÜĞÜ KISITLAMAYI AMAÇLAMAZ." Bkz: https://www.uber.com/tr/legal/terms/tr/ (Erişim Tarihi 20.04.2019)

TBK-m.115/f.1 uyarınca borçlunun ağır kusurundan doğan sorumluluğu önceden yapılacak bir anlaşma ile ortadan kaldırılamamaktadır. Ancak borçlunun hafif kusurundan kaynaklanan sorumluluğu, TBK-m.115/f.2 ve f.3'te belirtilen istisnalar dışında kaldırılabilmektedir. TBK-m.116/f.2 uyarınca ise ifa yardımcılarının fiillerinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşma ile kısmen veya tamamen kaldırılabilmektedir.

Genel kurallar bu şekilde olmakla beraber TTK-m.854, hafif veya ağır kusur ayrımı yapmaksızın taşıyıcının sorumluluğunun önceden hafifletilmesi veya kaldırılmasını yasaklamıştır. Bu çerçevede taşıyıcı olarak Uber, taşıma ediminin ifasını sürücülere devretmesine rağmen taşımadan kaynaklana sorumluluğunu hafifletemeyecek veya kaldıramayacaktır. KTK-m.111/f.1 uyarınca da KTK'dan doğan sorumluluğun hafifletilmesi veya kaldırılması mümkün değildir. TKHK'da açık hüküm olmamakla beraber katıldığımız görüş uyarınca ayıplı hizmetler bakımından sağlayıcının sorumluluğu genişletilebilir; ancak hafifletilemez veya kaldırılamaz. Bu sebeple Uber'in, taşıma hizmetinden kaynaklanan sorumluluğunu kaldırdığına dair beyanı geçerli değildir. Ayrıca tüketici ile müzakere edilmeyen ve Uber'in tek taraflı iradesine dayanan bu sorumsuzluk kayıtları TKHK-m.5 çerçevesinde haksız şart olarak değerlendirilebilecek ve bu doğrultuda da geçersiz sayılabilecektir.

g. Uber'in, Sürücülerin Fiillerinden Doğan Sorumluluğu

Uber, daha evvel de izah edildiği üzere, yolcu ile kurulan yolcu taşıma sözleşmesinin tarafıdır ve gerek TTK ve KYTK uyarınca taşıyıcı/taşımacı sıfatı ile gerekse de TKHK uyarınca sağlayıcı sıfatı ile taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesinden sorumlu olacaktır. Bunun yanı sıra Uber'in, KTK uyarınca akit dışı sorumluluğuna gidilmesi de mümkündür.

Burada ise Uber'in, sürücülerin fiilleri yüzünden taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan sorumluluğu ele alınacaktır. Zira Uber, her ne kadar yolcu taşıma sözleşmesinin tarafı kendisi olsa da, yüklenmiş olduğu taşıma borcunu sürücüler vasıtası ile ifa edebilmektedir. Sürücülerin taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesine neden olan fiillerinden dolayı Uber'in sorumlu olup olmayacağını belirlemek için ise sürücülerin alt taşıyıcı ya da işçi olarak kabul edilmelerine göre ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekecektir.

KTK uyarınca Uber'in sorumluluğu ise sürücülerin alt taşıyıcı veya işçi olarak kabul edilmelerinden etkilenmeyeceği için tekrardan kaçınmak adına

Uber'in KTK'dan doğan sorumluluğu kısaca, ayrı bir başlık çerçevesinde ele alınacaktır.

aa. Sürücülerin Alt Taşıyıcı Olarak Kabul Edilmeleri Durumu

İlk olarak belirtilmelidir ki taşıyıcının, taşıma sözleşmesi uyarınca üstlendiği taşıma borcunu kısmen ya da tamamen alt taşıyıcıya devretmesi mümkündür; ancak taşıyıcı, devrettiği taşıma işinden doğan sorumluluktan kurtulamaz ve taşımanın tamamından sorumlu olmaya devam eder[107]. Sürücülerin alt taşıyıcı sayılmaları durumunda Uber, TTK-m.888/f.3 uyarınca alt taşıyıcı ile yani sürücü ile müteselsilen sorumlu olacaktır. Şu halde örneğin sürücü nedensiz yere yol değiştirir ve yolcunun gecikmesine neden olursa yolcu, gecikmeden doğan zararları için Uber'e de sürücüye de başvurma imkanına sahip olacaktır[108].

Belirtmek gerekir ki sürücünün fiillerinin, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesine neden olması durumunda TBK-m.116 hükmü de uygulama alanı bulabilir. Zira Uber, yolcu ile yaptığı taşıma sözleşmesinden doğan borcunun ifasını alt taşıma sözleşmesi ile sürücülere bırakmış olur ve sürücüler ifa yardımcısı[109] sıfatını taşırlar. Bu sebeple Uber, TBK-m.116 uyarınca sürücülerin taşıma borcuna aykırı davranışlarla yolcuya verdikleri zarardan sorumlu olur. TBK-m.116 akdi ve kusursuz bir sorumluluk halini düzenlemektedir[110]. Kanaatimizce TTK-m.888/f.3'a göre genel hüküm niteliği taşıdığı için TBK-m.116, TTK-m.888/f.3'ün uygulama alanı bulamadığı durumlarda uygulanmalıdır.

---

107 ADIGÜZEL, **Fiili Taşıyıcı**, s.6-7.

108 Esasında TTK-m.888/f.3 hükmü eşya taşımalarına ilişkin hükümler içerisinde yer almaktadır; ancak yolcu taşımalarında da alt taşıma sözleşmeleri kurulabileceği ve yolcu taşımaları ile ilgili hükümler içerisinde alt taşıyıcının sorumluluğu ile ilgili özel bir düzenleme olmadığı için kanaatimizce TTK-m.888/f.3 kıyasen yolcu taşımalarına da uygulanabilir.

109 TBK-m.116 uyarınca *"borçlunun birlikte yaşadığı ya da yanında çalışanlar gibi"* olarak ifade edilen ifa yardımcısının, borçluya bir sözleşme ile bağlı olması veya onun emri altında çalışması gerekmemektedir. Bir kişinin ifa yardımcısı olarak kabul edilmesi için borcun ifasına borçlunun rızası ile katılmış olması gerekli ve yeterlidir. Daha detaylı bilgi için bkz: OĞUZMAN, M.Kemal /ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.460 vd; SEROZAN, Rona, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s.288-291; HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4.Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.288-291; EREN, s.1100-1105.

110 OĞUZMAN/ÖZ, **C.II**, s.131, 135; OĞUZMAN/ÖZ, **C.I**, s.469; EREN, s.644.

Eşya taşımalarına ilişkin bir hüküm olan TTK-m.879 taşıyıcının, *"… taşımanın yerine getirilmesi için yararlandığı kişilerin, görevlerini yerine getirmeleri sırasındaki fiil ve ihmallerinden, kendi fiil ve ihmali gibi"* sorumlu olacağını düzenlemektedir. Bu hükümde geçen *"taşıyıcının yararlandığı kişiler"* kavramı, taşıyıcının taşıma sözleşmesinin ifası için kullandığı, kendi adamları dışında kalan kişileri ifade eder[111]. Şu halde yolcunun bagajına gelen zarardan sorumluluğu düzenleyen TTK-m.912/f.1'de yapılan atıf uyarınca bu hüküm yolcu taşımalarına da uygulanacaktır ve taşıma sırasında sürücünün kusuru ile yolcunun bagajına gelen zararlar için Uber, TTK-m.879'e göre sorumlu olacaktır[112].

Sürücülerin alt taşıyıcı oldukları kabul edildiğinde sürücüleri bağımsız çalışanlar olarak kabul edeceğimiz için burada Uber'in TBK-m.66 çerçevesinde sorumluluğu gidilmesi ise söz konusu olmayacaktır[113].

ab. Sürücülerin İşçi Olarak Kabul Edilmeleri Durumu

Uber sürücülerinin işçi oldukları kabul edilirse artık sürücüler, alt taşıyıcı olarak kabul edilmedikleri için TTK-m.888/f.3 uygulama alanı bulamayacaktır. Buna karşılık yolcunun bagajı bakımından TTK-m.879'in uygulanması mümkündür; zira anılan madde taşıyıcının kendi adamlarının fiil ve ihmallerinden sorumlu olacağını da düzenlemektedir. Buradaki *"kendi adamları"* ifadesinden, taşıyıcıya bağlı olarak iş gören kişileri, yani taşıyıcının işçilerini anlamak gerekmektedir[114].

Uber sürücülerini işçi olarak kabul ettiğimizde, TBK-m.116 da uygulama alanı bulabilecektir. Bu çerçevede yolcu, sürücülerin taşıma borcuna aykırı davranışları sebebi ile Uber'e başvurma imkanına sahiptir.

Burada, TBK-m.66 çerçevesinde Uber'in sorumluluğuna gidilmesi ise mümkün olacaktır. Buna göre Uber, sürücülerin taşıma hizmeti sırasında işledikleri haksız fiiller ile yolculara verdikleri zararlardan, kusuru olmasa bile sorumlu olacaktır. Ancak sürücülerin, taşıma hizmeti ile fonksiyonel

---

111 ADIGÜZEL, **Karayolu**, s.133.

112 TTK-m.879 uyarınca taşıyıcının sorumlu tutulması için, yardımcılarının kusurlu olması gerekmez. Bkz: ADIGÜZEL, **Karayolu**, s.139; ERDEM, s.341-343.

113 TBK-m.66 uyarınca adam çalıştıranın sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için zarar veren kişinin, sorumlu tutulmak istenen kişinin işe aldığı ve onun emri altında, ona bağlı olarak çalışan bir kişi olması gerekmektedir. Bkz: OĞUZMAN/ÖZ, **C.II**, s.140-141.

114 ADIGÜZEL, **Karayolu**, s.131.

bağı olmayan, tamamen şahsi kusurlarına dayanan fiilleri ile yolculara verdikleri zararlardan Uber'in sorumlu tutulamayacağı kabul edilmelidir. Nitekim TBK-m.66 uyarınca adam çalıştıranın sorumluluğuna gidilebilmesi için çalışana verilen iş ile zarar verici fiil arasında fonksiyonel bir bağ olması gerekmektedir[115]. Bu noktada 25.03.2018'de İstinye'de gerçekleşen bir olayı da örnek olarak verebiliriz. Atatürk Havalimanı'na gitmek için Uber uygulamasını kullanan yolcu B.E. ile sürücü M.Ü. arasında ücretin miktarından kaynaklanan bir tartışma çıkmış ve iddiaya göre M.Ü, B.E.'yi kolundan tutarak bariyerlere fırlatmış ve tekmelemiştir[116]. B.E. bu olay sebebi ile sürücü ile Uber'e karşı 1 milyon TL'lik manevi tazminat davası açmıştır. Dava henüz sonuçlanmış olmamakla beraber, bu olayda yapılan iş ile verilen zarar arasında fonksiyonel bir bağ bulunmadığı açık olduğundan kanaatimizce Uber'in sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.

Belirtmek gerekir ki sürücülerin taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesine yol açan fiilleri aynı anda hem borca aykırılık hem de haksız fiil teşkil ediyorsa burada TBK-m.66 ile TBK-m.116 yarışması gündeme gelecektir[117].

ac. KTK Uyarınca Sorumluluk

Daha evvel de açıklandığı üzere Uber sürücüleri ister alt taşıyıcı isterse de işçi olarak kabul edilsinler, KTK uyarınca işleten sıfatını taşıyacaklardır.

---

115 OĞUZMAN/ÖZ, **C.II**, s.141-142.

116 https://www.cnnturk.com/turkiye/uber-ve-soforden-1-milyon-lira-tazminat-istedi (Erişim Tarihi 12.05.2019)

Kaliforniya'da yaşanan bir olayı burada kısaca anlatmak istemekteyiz. Jane Doe isimli bir kadın, Uber sürücüsü tarafından taciz edildiği iddiası ile sürücü ve Uber'e karşı dava açmıştır. Mahkeme, Uber sürücülerinin işçi olarak kabul edilebileceğine hükmetmiş ve Kaliforniya yasalarına göre işçinin uygunsuz davranışlarından dolayı işverenin, işçinin işe alınması, eğitimi ve denetlenmesinde ihmali varsa sorumlu tutulabildiğini belirterek sürücünün sabıka geçmişi olduğunu ve Uber'in bunu denetlemesi gerektiğine karar vermiş ve Uber'in bu sebeple sorumlu tutulabileceğine hükmetmiştir. Bkz: Jane Doe v. Uber - Case No. 15-cv-04670-SI, s.5 vd. Bkz: https://ia600204.us.archive.org/2/items/gov.uscourts.cand.291908/gov.uscourts.cand.291908.68.0.pdf (Erişim Tarihi 18.04.2019).

ABD'de başta olmak üzere dünya genelinde yaşanan benzer olaylar için bkz: CRESPO, s.102-103; DYER, Emily L., "Need a Ride: Uber: The Trendy Choice That Could Turn Threatening", **Nevada Law Journal**, Volume: XVII, 2016, s.15-17; MITCHELL, Erin, "Uber's Loophole in the Regulatory System", **HLRe: Off Rec.**, S.75, 2015-2016, s.78-79.

117 OĞUZMAN, ÖZ, s.137; EREN, s.646.

Uber ise KTK uyarınca teşebbüs sahibi sıfatını taşıyacaktır. KTK-m.85/f.1 çerçevesinde işletilme halinde olan aracın verdiği zararlar bakımından Uber ile sürücü müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır. KTK-m.85/f.5 uyarınca Uber, işletilme halinde olmayana aracın verdiği zararlar bakımından ise işletenin yani sürücünün kusurundan kendi kusuru gibi sorumlu olacaktır[118].

B. Sürücülerin, Taşıma Hizmetinin Gereği Gibi İfa Edilmemesinden Doğan Sorumluluğu

Sürücülerin, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesine neden olmalarından doğan sorumlulukları, sürücülerin alt taşıyıcı veya işçi olarak kabul edilmelerine göre değişebileceği için burada her iki ihtimale göre ayrı ayrı değerlendirme yapılacaktır. Ancak KTK uyarınca sürücülerin sorumluluğu her iki durumda da aynı olacağı için sürücülerin KTK'dan doğan sorumluluğu ayrı bir başlık çerçevesinde ele alınacaktır.

a. Sürücülerin Alt Taşıyıcı Olarak Kabul Edilmeleri Durumu

Eşya taşımalarına ilişkin hükümler arasında yer alan TTK-m.888, fiili taşıyıcının sorumluluğunu düzenlemektedir. Fikrimizce, her ne kadar eşya taşımalarına ilişkin hükümler içerisinde yer alsa da, yolcu taşımalarında bu konu için ayrı bir düzenleme olmadığından TTK-m.888 burada kıyasen uygulanabilmelidir.

TTK-m.888/f.1 fiili taşıyıcının asıl taşıyıcı gibi sorumlu olacağını belirtmektedir. Şu halde Uber sürücüleri, tıpkı asıl taşıyıcı olan Uber gibi sorumlu olacaktır ve TTK'da yer alan taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümler sürücüler için de uygulama alanı bulacaktır.

TTK-m.888/f.1 **"…** *Asıl taşıyıcının gönderen veya gönderilen ile, sorumluluğun genişletilmesi için yaptığı sözleşmeler, fiilî taşıyıcıya karşı, bunları yazılı olarak kabul etmesi şartıyla geçerlidir."* diyerek alt taşıyıcıyı koruyucu bir hükme yer vermektedir. Buna göre, sürücüler her ne kadar Uber gibi sorumlu olacaksa da Uber'in yolculara karşı sorumluluğunu genişleten sözleşmeler sürücülere karşı, sürücüler bu sözleşmeleri yazılı olarak kabul etmiş olmadıkça ileri sürülemeyecektir.

TTK-m.888/f.2 de sürücüler lehine bir düzenleme getirmektedir. Buna göre sürücüler, Uber'in yolcu ile yaptığı yolcu taşıma sözleşmesinden doğan tüm def'ilerini ileri sürebilme imkanına sahiptir.

---

118 Uber'in KTK uyarınca sorumluluğu hakkında bkz: III, 2, A, c.

TTK-m.888/f.3 uyarınca asıl taşıyıcı ve alt taşıyıcı müteselsilen sorumlu olacaklardır. Şu halde yolcu dilerse Uber'e ve/veya sürücüye başvurabilecektir.

Uber sürücüleri alt taşıyıcı olarak kabul edildiklerinde, daha evvel de belirtmiş olduğumuz üzere TKHK anlamında sağlayıcı sıfatını taşıyacaklardır. Bu durumda Uber ve sürücü *sağlayıcı* sıfatı ile müteselsilen sorumlu olacaklardır[119]. Şu halde yolcu, ayıplı hizmet kavramı çerçevesinde değerlendirilebilecek taşıma hizmeti sebebi ile TKHK'dan doğan seçimlik haklarını sürücüye karşı da kullanabilmelidir.

b. Sürücülerin İşçi Olarak Kabul Edilmeleri Durumu

Sürücülerin işçi olarak kabul edilmesi durumunda sürücüler artık *taşıyıcı* sıfatını taşımadıkları için taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde sorumlukları söz konusu olmayacaktır. Sürücüler işçi olarak kabul edildiklerinde, TKHK çerçevesinde sağlayıcı sıfatını da taşımayacaklardır ve bu nedenle sürücülerin TKHK kapsamında da sorumlulukları gündeme gelmeyecektir. Şu durumda taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı yolcunun başvurabileceği kişi Uber olacaktır. Ancak sürücüler kişisel kusurları sebebi ile elbette ki yolcuya karşı sorumlu olacaktır.

c. KTK Uyarınca Sorumluluk

KTK uyarınca ise sürücülerin işleten sıfatını taşıdıkları daha evvel belirtilmişti. Bu sebeple taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi sebebi ile zarara uğrayan yolcu, zararının tazmini için KTK-m.85/f.1 uyarınca aranan diğer şartlar da gerçekleşmişse, bu hüküm uyarınca Uber ile sürücüler müştereken ve müteselsilen sorumlu olacakları için doğrudan sürücüye başvurabilecektir. KTK-m.85/f.3 ise işletilme halinde olmayan aracın doğurduğu zararları düzenlemektedir. Bu hükümde ise işletenin sorumluluğu ele alınmıştır. Burada işletenin sorumluluğu, araçtaki bozukluk halleri hariç kusur sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır.

SONUÇ

Uber uygulamasını kullanarak yolculuk yapan bir kişinin, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi karşısında kime veya kimlere ve hangi

---

119 ŞAHİN, s.105.

esaslar çerçevesinde başvurabileceğini belirlemek önem arz etmektedir. Çalışmamız çerçevesinde bu soruya cevap aranmıştır. Bu kapsamda Uber ile yolcu ve Uber ile sürücü arasındaki hukuki ilişki incelenmiştir.

Şüphesiz ki gün geçtikçe gelişen teknoloji, iş ilişkilerinin klasik yapısını değiştirmekte, yeni istihadam modelleri yaratmakta ve iş sözleşmesinin temel unsurlarından olan bağımlılık unusurunu yeniden şekillendirmektedir. Uber, belki de bu durumun en güzel örneklerindendir. Zira her ne kadar Uber, sürücülerin bağımsız çalışanlar olduğunu iddia etse de, Uber'in sürücüler üzerinde sahip olduğu kontrol yetkisi, klasik anlamda olmasa bile burada bağımlılık unsurunun varlığını ortaya koymaktadır. Bu sebeple kanaatimizce Uber ile sürücüler arasında iş ilişkisi bulunmakta olup sürücüler işçi sıfatını taşımaktadır.

Uber her ne kadar kendisinin sadece aracılık faaliyetinde bulunduğunu iddia ederek yolcu taşıma sözleşmesinin sürücü ile yolcu arasında kurulduğunu iddia etse de yolcu taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarını sürücüler değil Uber belirlemektedir. Bu sebeple yolcu taşıma sözleşmesi sürücü ile yolcu arasında değil, Uber ile yolcu arasında kurulmaktadır. Bu çerçevede taşıyıcı sıfatını taşıyan da sürücü değil Uber olarak karşımıza çıkmaktadır.

Her ne kadar sürücülerin işçi sayılmaları gerektiğini düşünsek de ayıplı hizmet kavramı çerçevesinde değerlendirilebilecek taşıma hizmeti karşısında yolcunun kime veya kimlere ve hangi esaslar çerçevesinde başvurabileceği, sürücülerin işçi veya bağımsız çalışan sayılmaları durumuna göre ayrı ayrı ele alınmıştır. Uber ise her durumda yolcu taşıma sözleşmesinin tarafı olarak kabul edilmiştir. Zira sürücüler bağımsız çalışanlar olarak kabul edildiklerinde alt taşıyıcı sıfatını taşıyacakları için Uber'in taşıyıcı sıfatında bir değişiklik olmayacaktır. Bu sebeple Uber ile sürücü arasındaki ilişkinin ne şekilde nitelendirildiği kural olarak Uber'in sorumluluğunu etkilememekle beraber, taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi durumu sürücülerin fiillerinden kaynaklanmışsa, yapılacak nitelendirme Uber'in sorumluluğuna gidilmesini sağlayacak hükümleri değiştirebilecektir. Sürücülerin bağımsız çalışan veya işçi sayılmaları, sürücülerin sorumluluğunu ise doğrudan doğruya etkiyecektir. Nitekim sürücüler bağımsız çalışan sayıldıklarında taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesinden TTK uyarınca alt taşıyıcı, TKHK uyarınca ise sağlayıcı sıfatı ile sorumlu olacaklardır. Buna karşın sürücüler işçi sayılırlarsa taşıma hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesi sebebi ile yolcuya karşı sorumlu tutulmaları mümkün olmayacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
Bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
Der.	: Derleyen
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İMK	: 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KTK	: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu
KTY	: Karayolları Taşıma Yönetmeliği
KYTK	: 4925 Karayolu Taşıma Kanunu
m.	: Madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
p.	: Paragraf
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UKOME	: Ulaşım Koordinasyon Müdürlüğü
Vd	: Ve devamı/ Ve diğerleri
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL, Burak, **Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 (Söz konusu eser "Taşıma" kısaltması ile anılmıştır.)

ADIGÜZEL, Burak, "Yeni Türk Ticaret Kanununda Fiili Taşıyıcı Kavramı ve Fiili Taşıyıcının Sorumluluğu", **İÜHFM**, C.LXXI, S.2, 2013, s.3-19. (Söz konusu eser "Fiili Taşıyıcı" kısaltması ile anılmıştır.)

ADIGÜZEL, **Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu**, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012 (Söz konusu eser "Karayolu" kısaltması ile anılmıştır.)

BAŞ SÜZEL, Ece, "Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa ", **MÜHF-HAD**, C.XXIV, S.2, Aralık 2018, s.966-998.

AKSOY, Sami, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.XXXI, S.2, Haziran 2015, s.305-336. (Söz konusu eser "Taşıma" kısaltması ile anılmıştır.)

AKSOY, Sami, "Yargıtay 20.Hukuk Dairesi'nin Taşıma Sözleşmesinden Doğan Davalarda Görevli Mahkemeye Dair Yargı Yeri Belirleme Kararının Değerlendirilmesi", B**anka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.XXXIII, S.1, Mart 2017, s.295-301.

ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 18.Baskı, Sözkesen Matbaacılık, 2013

ASLAN, İbrahim Yılmaz, **Tüketici Hukuku Dersleri**, 6.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016

BAHTİYAR, Mehmet/ BİÇER, Levent, "Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", **MÜHF-HAD**, C.XXII, Prof.Dr.Cevdet Yavuz'a Armağan (C.I, Özel Sayı), S.3, 2016, s.395-436.

BALES, A.Richard/ WOO, Christian Patrick, "The Uber Million Dollar Question: Are Uber Drivers Employees or Independent Contractors?", **Mercer Law Review**, Volume: LXVIII, 2017, s.461-488.

CRESPO, Yanelys,"Uber v. Regulation: "Ride-Sharing" Creates a Legal Gray Area", **University of Miami Business Law Review**, Volume:XXV, s.79-110.

ÇAĞLAYAN, Hasan Can, "Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk ve Seçimlik Haklar", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.7, 2016, s.351-372.

ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, 31.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

DEMASI, A. Alexander "Uber: Europe's Backseat Driverforthe Sharing Economy", **Creighton International and Comparative Law Journal**, 2016, Volume: VII, Issue: 1, s.73-85.

DYER, Emily L., "Need a Ride: Uber: The Trendy Choice That Could Turn Threatening", **Nevada Law Journal**, Volume: XVII, 2016, s.239-272.

DOĞAN, Gül, "Satıcının Ayıplı Mallardan ve Sağlayıcının Ayıplı Hizmetlerden Sorumluluğu", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.V, S.1, 2008, s.185-204.

ERDEM, Ercan, **CMR Konvansiyonu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Karayolu Taşıma Hukuku**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2017

EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, 8.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017

GÜMÜŞ, M. Alper, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Cilt 1 (Madde: 1-46), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.II, 3.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Söz konusu eser "Borçlar" kısaltması ile anılmıştır.)

HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4.Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017

İNCEOĞLU, M. Murat, "Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu", **Yeni Tüketici Hukuk Konferansı: Makaleler-Tartışmalar**, Der.: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2015, s.153-238.

İNCİ, Eren, "Sarı Taksiler ve Gri Sulardaki Uber", **İktisat ve Toplum Dergisi**, S.90, Nisan 2018, s.33-39.

KAHYA, Yalçın, "Hizmet Sektöründe Yeni İş Uygulamaları", **Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi**, C.XVI, S.3, Eylül 2018, s.219-238.

KARACAN ÇETİN, Hatice, **Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı)**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016

KAYA, Aydın, "Araç Çevirme Uygulaması Üzerinden Gerçekleştirilen Yolcu Taşıma Faaliyetleri Kapsamında Uber, Yolcu ve Sürücü Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", **TBBD**, S.141, 2019, s.289-322.

MITCHELL, Erin, "Uber's Loophole in the Regulatory System", **HLRe: Off Rec.**, S.75, 2015-2016, s.76-97.

OĞUZMAN, M.Kemal /ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012 (Söz konusu eser "C.I" kısaltması ile anılmıştır.)

OĞUZMAN, M.Kemal /ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012 (Söz konusu eser "C.II" kısaltması ile anılmıştır.)

ROGERTS, Brishen, "The Social Costs of Uber", **University of Chicago Law Review Online**, Volume: LXXXII, Issue:1, 2017, s.85-102.

SENYEN-KAPLAN, E.Tuncay, **Bireysel İş Hukuku**, 8.Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017

SEROZAN, Rona, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016

TIOPIANCO, Francis Paolo P. "Regulation: Uber and the Ride-Sharing Industry", **Philippines Law Journal**, Volume: LXXXIX, 2015, s.666-686.

TOKAT, Hüseyin, "Karayolunda Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Akdi Sorumluluk", **AÜHFD**, S.65 (4), 2016, s.2909-2975.

SÜZEK, Sarper, **Bireysel İş Hukuku**, 12.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016

ŞAHİN, Eda, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı Hizmetin Hukuki Niteliği, Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk ve Tüketicilerin Seçimlik Hakları", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XX, Sa.1-2, Haziran 2016, s.85-124.

YAVUZ, Nihat, **Ayıplı İfa**, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014

YILMAZ, Oğuz, **CMR Hükümlerine Göre Müteakip Taşıma**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008

Diğer Kaynaklar

https://help.uber.com/tr-TR/riders/article/uber-nasıl-çalışır?nodeId=738d1ff7-5fe0-4383-b34c-4a2480efd71e

https://www.star.com.tr/yasam/uber-nedir-nasil-kullanilir-son-dakika-uber-taksi-istanbul-saldirisinda-ne-oldu-haber-1333433/

https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-43419887

https://listelist.com/uberin-yasaklandigi-ulkeler/

https://www.sabah.com.tr/teknoloji/2018/10/28/uberin-turkiye-kullanici-sayisi-belli-oldu

https://www.uber.com/tr/drive/requirements/

https://www.haberler.com/ukome-uber-hakkindaki-kararini-verdi-10904039-haberi/

https://www.haberturk.com/turizm-tasima-izin-belgesi-iptalinde-yurutmeyi-durdurma-karari-verildi-2032141

https://www.cnnturk.com/turkiye/taksicilerin-ubere-yonelik-davasi

https://www.ntv.com.tr/video/ekonomi/uber-yasal-mi-yasakmi,fiec_s99YE-6uVWMNV3e_JA

https://www.haberturk.com/uber-vergi-vermeye-basladi-2172550

https://twitter.com/uber_turkiye/status/1044128924517769216

https://www.uber.com/tr/drive/insurance/

https://www.dunya.com/sirketler/uber-tum-suruculerini-sigortalatti-haberi-434151

https://help.uber.com/tr-TR/partners/article/insurance-?nodeId=a4afb2ed-75af-4db6-8fdb-dccecfcc3fd7

https://www.uber.com/blog/updates-to-your-insurance-protection/; https://www.uber.com/en-GB/drive/insurance/

https://www.justia.com/car-accidents/types-of-car-accidents/uber-and-lyft-accidents/

https://gvilaw.com/wp-content/uploads/2018/05/Martinez-Lawsuit.pdf

https://help.uber.com/tr-TR/riders/article/uber-nasıl-çalışır?nodeId=738d1ff7-5fe0-4383-b34c-4a2480efd71e;

https://www.uber.com/tr/legal/terms/tr/

https://ia600204.us.archive.org/2/items/gov.uscourts.cand.291908/gov.uscourts.cand.291908.68.0.pdf

http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5519543

https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1998L0034:20070101:EN:PDF

https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-12/cp170136en.pdf

https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-04/cp180039en.pdf

https://www.isdc.ch/media/1591/14-razak-v-uber.pdf

https://www.natlawreview.com/article/philadelphia-u-s-district-court-determines-uber-drivers-are-independent-contractors

https://www.theverge.com/2018/4/12/17231060/uber-drivers-freelancers-employees-judge-ruling

http://fortune.com/2018/07/21/uber-drivers-employees-new-york-unemployment/

http://www.gov-up.com/wp-content/uploads/2017/07/Sentencia_Uber_R.pdf

https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=historical

https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1935&context=historical

https://www.uber.com/tr/legal/terms/tr/

https://www.uber.com/tr/drive/requirements/

https://www.cnnturk.com/turkiye/uber-ve-soforden-1-milyon-lira-tazminat-istedi

https://ia600204.us.archive.org/2/items/gov.uscourts.cand.291908/gov.uscourts.cand.291908.68.0.pdf

https://www.uber.com/en-GB/drive/insurance/

www.kazanci.com

6502 SAYILI KANUN UYARINCA MESAFELİ SÖZLEŞMELERİN UNSURLARI, SATICI / SAĞLAYICININ ÖN BİLGİLENDİRME YÜKÜMÜ VE TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKI

Av. Gülce EREK*

Öz: Teknolojinin gelişmesiyle insanların sahip olmak istedikleri mal ve almak istedikleri hizmetlere ulaşımını kolaylaştıran mesafeli sözleşmeler de yaygınlaştı. Ancak sözleşmenin satın alınacak mal veya hizmet hakkında yeterince bilgi sahibi olmadan yapılması, mesafeli sözleşme yapmayı tercih eden tüketicilerin bazı problemler yaşamasını kaçınılmaz kıldı ve bu sebeple devletler bu alanı hukuki düzenlemeye bağlama gereksinimi duydu. Bu düzenlemeler daha çok tüketiciyi korumaya yönelik olup en önemlileri satıcı/sağlayıcıya sattığı mal veya verdiği hizmet hakkında bilgilendirme yükümlülüğü yüklenmesi ve tüketiciye sözleşmeden koşulsuz cayma hakkı tanınmasıydı. Biz de bu çalışmada, tüketici hukukunun konularından birini oluşturan mesafeli sözleşmeler hususunda Türk hukukundaki düzenlemeleri açıklamaya çalışacak; incelemeyi yalnızca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48. maddesi çerçevesinde yapacağız.

Anahtar Kelimeler: Mesafeli sözleşmeler, tüketici, tüketici hukuku, satıcı, sağlayıcı.

---

* Makale gönderim tarihi: 15.04.2019. Makale kabul tarihi: 07.06.2019.

Avukat, İstanbul Barosu; İstanbul Aydın Üniversitesi Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi.

(ORCID kimlik no: 0000-0001-5678-4148; gülce.erek@gmail.com)

THE ELEMENTS OF DISTANCE CONTRACTS, SELLER / SUPPLIER'S OBLIGATION TO INFORM AND CONSUMER'S RIGHT OF WITHDRAWAL ACCORDING TO ACT 6502

Abstract: With technological improvements, distance contracts, which is an easy way of making people reach to what they desire, has became prevalent. It has facilitated life of everyone however buying goods without phisically seeing and touching cause some difficulties to the consumers inevitably. Therefore governments started to regulate distance contracts within consumer law. Amoung these regulations, the most important instruments for protecting consumers are seller's or supplier's obligation to inform and the consumer's right of withdrawal. In this study, we are going to examine the regulations of distance contracts in Turkey and the examination is going to be done under only Article 48 of the Turkish Consumer Protection Act.

Keywords: Distance contracts, consumer, consumer law, seller, supplier.

Giriş

Sözleşme serbestisi ilkesi ile taraflara gerek sözleşmenin içeriği gerekse de kurulma şekli hususunda kanunda aksi hükümler bulunmadığı hallerde serbestçe sözleşme yapma yetkisi tanınmış; yıllar içinde teknolojinin gelişmesi ve farklı iletişim araçları ve reklam tekniklerinin ortaya çıkması ile kişiler, kanunun sağladığı sözleşme serbestisine dayanarak yüz yüze gelmeksizin bu imkanlardan faydalanarak işlem yapmaya, sözleşme kurmaya başlamışlardır.

İnsanlar, bir mal veya hizmetin en iyisinin yanı başındaki olmadığını, dünyanın dört bir yanında aynı mal/hizmetin farklı çeşitlerinin farklı koşullarda pazarlandığını, dünyanın küreselleşmesi sayesinde görmeye başlamışlardır. Doğal olarak her insanda bulunan ihtiyaç duyduğu mal yahut hizmetin en iyisine sahip olma isteği ve insanın ulaşılması güç olana duyduğu merak mesafeleri yok etme çabasına girmesine yol açmış; insanoğlunun bu istekleri, mesafeli sözleşmelerin ortaya çıkışını kaçınılmaz hale getirmiştir. Ancak, duyulan ihtiyaç ve meraka rağmen, mesafeli sözleşmenin konusu mal veya hizmet, çoğunlukla özellikleri hakkında yeterince bilgi sahibi olunmadan ve karşı tarafa yeterince güven doğmadan satın alındığından, sonucunun hüsran

olma olasılığı her zaman vardır; ve hatta bu, çoğu zaman yüksek bir ihtimaldir. Bu sebeple zamanla bu sözleşmeleri kuran tüketiciyi koruyan hükümler hem dünyada hem de bu girişimlerden etkilenilerek hukukumuzda ihdas edilmiştir. Bu kapsamda, öncelikle 1995 yılında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş; daha sonra günümüz şartlarına daha iyi uyum sağlayan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK.) yürürlüğe girerek bu Kanunu ilga etmiştir. Eski Kanun zamanında olduğu gibi, yeni Kanunun da uygulanmasını gösteren bir Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği çıkarılmıştır. İncelememiz, bu iki düzenleyici metin çevresinde yapılacaktır.

Çalışmada; mesafeli sözleşmelerin tanımı, unsurları, tarafların hakları ve yükümlülükleri, mesafeli sözleşmelerde tüketiciyi korumak için özel olarak düzenlenmiş hükümler ve bu sözleşmelerin sona ermesi incelenecektir.

I. 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'A GÖRE MESAFELİ SÖZLEŞMELER

1. Mesafeli Sözleşmenin Tanımı ve Hukuki Niteliği

Mesafeli sözleşmeler, TKHK. m.48'de, *"Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir."* şeklinde tanımlanmıştır ve aynı tanım Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde de yinelenmiştir[1]. Kanunun tanımlamasından da açıkça anlaşılacağı üzere mesafeli sözleşmeler içerik itibariyle yeni bir sözleşme tipi olmayıp; esasen sözleşmenin yapılış şekline göre[2] isimlendirilen ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde bu şekilde yapılması yasaklanmış türler dışında tüm sözleşme türlerine uygulanabilen bir sözleşme

---

1 ASLAN İ.Yılmaz, **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 5.Baskı, Ankara, 2015, s.556.

2 ATASOY Ömer Adil / ACAR Hakan / TAŞKIN Mustafa, **Tüketiciyi Koruma Hukuku**, Eskişehir, 2014, s.192; BOZBEL Savaş, "Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler - 97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, S. 3 - 4, 2003, s.784.

tipidir[3]. Öte yandan, bu sözleşme tipinin, borçlar kanununda anılan mesafeli satışla karıştırılmaması gerektiği unutulmamalıdır[4].

Mesafeli sözleşmeler, hem tüketiciye hem de sözleşmenin karşı tarafını oluşturan satıcı/sağlayıcıya ileride tekrar değinilecek olan birtakım yükümlülükler yüklemekte[5] ve bu sebeple doktrinde tam iki taraflı yahut *"karşılıklı"*[6] ve *"sinallagmatik"*[7] sözleşme olarak adlandırılmaktadır.

Madde metni incelendiğinde bir sözleşmenin "mesafeli sözleşme" olarak adlandırılabilmesi için gereken şartların düzenlendiği görülecektir. Bu şartların incelenmesi hangi sözleşmenin mesafeli sözleşme olduğunu ve dolayısıyla tüketicinin kendisine sağlanan haklardan yararlanıp yararlanamayacağını belirlemekte zorluk yaşanmaması açısından önemlidir.

2. Mesafeli Sözleşmenin Unsurları

Mesafeli sözleşmenin varlığının kabulü için sözleşmeyi karakterize eden birden fazla unsur mevcut olup[8] bu unsurların tümünün kümülatif olarak bulunması gerekir[9]. Kanundan yola çıkarak mesafeli sözleşmenin unsurlarını; taraflardan birinin satıcı/sağlayıcı, diğerinin tüketici olması, tarafların eş zamanlı fiziksel varlığının bulunmaması, sözleşmenin uzaktan pazarlamaya

---

3 GEZDER Ümit, **Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler**, 1.Baskı, 2006, s.27; BENLİ Başak, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s.8.

4 ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16.Bası, Ankara, 2016, s.105; YILMAZ Oğuz Gökhan, "Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.14, 2013, s.1015; BÜLTER Ahmet, "Tüketicinin Korunması Hukukunda Mesafeli Sözleşme Kavramı", **Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi**, S.13, 2003, s.13; AKKURT Sinan Sami, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu Ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 60-1, 2011, s.35.

5 KARA İlhan, **Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 1.Baskı, Ankara, 2015, s.1015.

6 AKINTÜRK Turgut / ATEŞ KARAMAN Derya, **Borçlar Hukuku**, 19.Bası, İstanbul, 2012, s.22.

7 OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M.Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 12.Bası, İstanbul, 2014, s.45,46.

8 6502 Sayılı Kanun Gerekçesi.

9 UZUN KAZMACI Özge, "İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, 22/3, 2016, s.2795.

elverişli bir sistem çerçevesinde yapılması ve sözleşmenin uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulması olarak belirlemek mümkündür.

Ancak doktrinde mesafeli sözleşmenin unsurlarını saydıklarımızdan birkaçını eleyerek düzenleyen yazarlar[10] olduğu gibi, *"tarafların anlaşması"*[11] ve *"mal teslimi ya da hizmet akdinin öngörülmüş olması"*[12] gibi örneklerle çoğaltan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşlerin desteklenmesi ve mesafeli sözleşmenin unsurları olarak sayılması kanımızca isabetli değildir. Zira sayılanlar, birçok sözleşme tipinde görülebilecek olup[13] bu sözleşme tipini ötekilerden ayırt eden belirleyici bir nitelik taşımamaktadır; bu sebeple bunların her birinin unsur olarak sıralanmasının fayda sağlamayacağı kanaatindeyiz.

A. Taraflardan Birinin Satıcı/Sağlayıcı, Diğerinin Tüketici Olması

TKHK.'da "tanımlar" başlıklı m.3'te ortaya konulduğu üzere tüketici tabiri, ticari yahut mesleki amaç gütmeyen gerçek veya tüzel kişiyi; satıcı ve sağlayıcı ise tüketicinin tam aksine ticari veya mesleki amaç güden gerçek veya tüzel kişiyi karşılamaktadır. Satıcı ile sağlayıcı arasındaki fark, satıcının mal, sağlayıcının ise hizmet sunmasından kaynaklanmakta; öte yandan Kanun tanımında açıkça belirtildiği üzere, kamu tüzel kişileri de satıcı/sağlayıcı olabilmektedir. Aynı şekilde, satıcı/sağlayıcı adına veya hesabına mal veya hizmet sunan kişiler de satıcı/sağlayıcı sayıldığından sözleşmenin bu kişilerle akdedilmesi durumunda da sözleşme mesafeli sözleşme adını taşıyacak ve tüketici gereken korumadan yararlanacak, ek olarak aracılık eden kişiler de TKHK. gereği satıcı/sağlayıcı gibi sorumluluk altına gireceklerdir[14].

---

10 GEZDER Ümit, şerh, s.28, KARA, s.1016.

11 TOPALOĞLU Mustafa, "Mesafeli Sözleşmeler", **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, 2016, s.5; KARA, s.1020; TUTAR Elce vdğ., **Tüketici Hukuku Davaları,** 1.Baskı, Ankara, 2017, **s**.485.

12 KUĞUOĞLU Dilşad / KALKAN Nihan, "Mesafeli Sözleşmeler", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.90, S.4, 2016, s.271.

13 NOMER Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14.Baskı, İstanbul, 2015, s.53; Yazar tarafından da "tarafların anlaşması" şartının kurucu unsurlar söz konusu olduğunda bulunması gerekliliği ve bulunmaması halinde ise sözleşmenin yok hükmünde olacağı ortaya konulmuş olup bu denli önem arz eden ve hemen her sözleşmede bulunması gereken bir şarttan yalnız mesafeli sözleşmelerin bir unsuruymuş gibi bahsetmenin isabetsiz olacağı açıktır. Aynı yönde bkz. TEKİNAY Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, 4.Bası, İstanbul, 1979, s.78 vd.

14 AYDOĞDU Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, 1.Baskı, Ankara, 2015, s.290.

Öte yandan taraflardan birinin tüketici olması sebebiyle satıcı/sağlayıcıdan daha zayıf ve korumasız halde bulunması, kanun koyucunun onu korumaya yönelik hükümler içerme gereği duymasının da asıl kaynağıdır.

B. Tarafların Eş Zamanlı Fiziksel Varlığının Bulunmaması

Mesafeli sözleşmeleri asıl karakterize eden unsur tarafların aynı anda fiziksel olarak karşı karşıya gelmemeleridir[15] ki bu durum madde gerekçesinde de, *"mesafeli sözleşmelerde belirleyici özellik tarafların hiç karşılaşmamasıdır"* cümlesi ile ortaya konmuştur. Diğer bir deyişle, mesafeli sözleşmenin bu karaktere bürünmesini sağlayan zaten *"mesafe unsuru"* nun[16] kendisidir.

Ek olarak, burada şu hususa da değinmek yerinde olacaktır ki; kural koyan her türlü hukuki düzenleme mümkün mertebe sade ve açık kaleme alınmalıdır[17]. Hele ki düzenlenme amacı henüz ilk maddesinde bireyleri bazı hususlardan korumak olarak belirlenmiş ve hatta bunun adına yazılmasında dahi imtina edilmemiş bir Kanun söz konusu olduğunda bu durum daha çok önem arz etmekte, Kanun düzenlemesinde her bir bireyin anlayabileceği bir dilin tercih edilmesi zorunlu hale gelmektedir; zira bu sayede metin, kural doğrultusunda hayatını sürdüren halk tarafından kolaylıkla anlaşılır olacaktır. Bu açıdan düşünüldüğünde hiçbir mesleki ve ticari amacı olmayan tüketiciyi koruma amaçlı ihdas edilen TKHK.'da mesafeli sözleşmenin tanımı yapılırken anlaşılması güç olan bu tabirin esasen nasıl bir saik güdülerek kullanıldığı merak konusudur. Bunun yerine 4077 sayılı eski TKHK.'da tercih edilen *"tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin"* ifadesi yeni kanuna da taşınabilir yahut tarafların yüz yüze gelmemesi gibi daha anlaşılır terimler tercih edilebilirdi. Kanaatimizce kanun dilinin açık olması sayesinde tüketicinin yararı kanunun yazım dilinden başlanarak dahi korunacağından, anlaşılabilir bir dil kullanılması daha isabetli olurdu; kaldı ki mevcut Kanun ifadesinin anlaşılabilirliğin de ötesinde ne halk arasında ne de kanunu hazırlayan ve hatta bu tabiri öneren kişilerce de günlük hayatta kullanılmadığı düşüncesindeyiz.

---

15 AKİPEK Şebnem, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye'nin Uyumu", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.21, S.4, 2002, s.48.

16 GEZDER Ümit, "Mesafeli Sözleşmeler", **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı**, 1.Baskı, 2015, s.335.

17 LÖTSCHER Andreas, "İyi Kanunlar Şeffaf Metinlerdir", **Kanun Yapma Tekniği**, 1.Baskı, Ankara, 2015, s.120.

C. Sözleşmenin Uzaktan Pazarlamaya Elverişli Bir Sistem Çerçevesinde Yapılması

Mesafeli sözleşmeleri de düzenleyen 2011/83/EU sayılı Avrupa Birliği Tüketici Hakları Direktifi doğrultusunda, yeni Kanunda sözleşmenin mesafeli sözleşme niteliği taşıması için uzaktan pazarlamaya elverişli bir sistem kapsamında yapılması gerekliliği düzenlenmiş olup bu gerekliliğe eski Kanunda yer verilmemiştir[18]. Kanunun bu tabirle esasen ifade etmek istediği satıcı/sağlayıcının bu ve benzeri işlemleri yalnızca birkaç defalığına, geçici olarak yapmaması; aksine bu yolla sözleşme kurarak mal/hizmet sunmayı sürekli hale getirmesinin aranmasıdır[19]. Bu hükmün satıcı/sağlayıcının faydası gözetilerek Direktife alındığı, bazı yazarlar tarafından savunulmuştur ve hükümle asıl amacı sistematik şekilde mesafeli sözleşmeler yaparak kar elde etme amacını bu temel üzerine kuran satıcı/sağlayıcının aksine, iletişim aracını kullanmakta hiçbir ticari kaygı gütmeyen ve sözleşme yapılırken bu yolu rastlantısal olarak kullanan satıcı/sağlayıcının ağır yükümlülükler altına girmesinin önlenmeye çalışıldığı belirtilmiştir[20].

D. Sözleşmenin Uzaktan İletişim Araçları Kullanılmak Suretiyle Kurulması

Sözleşmenin müzakere ve kurulma aşamasının uzaktan iletişim araçları kullanılarak tamamlanmasıdır. Hangi uzaktan iletişim araçlarının kullanılabileceği tam olarak sayılmamış, ancak madde gerekçesinde "telefon, internet, mektup gibi…" denilerek örnekseme sayım yapılmıştır. Teknolojinin hızla gelişmesi ve yeni iletişim araçlarının her geçen gün ortaya çıkması sebebiyle örnekseme sayım yapılması isabetli olmuştur[21].

Öte yandan Yönetmeliğin de benimsediği Kanun tanımında tüketicinin mal hakkında bilgi toplamak amacıyla mağazaya gidip malı incelemesi ancak sözleşme kurmak için müzakerede bulunmaması; daha sonra ise sözleşmeyi uzaktan iletişim araçları kullanarak kurması halinde bu durumun da

---

18 ERTEN Alev, **Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler**, 1.Baskı, Ankara, 2009, s.174.

19 TOPALOĞLU, s.5; YILMAZ s.1018.

20 ERTEN, 175; ZEVKLİLER Aydın / ÖZEL Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 1.Baskı, Ankara, 2016, s.322.

21 KUĞUOĞLU / KALKAN, s.273; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s.106; YILMAZ, s.1014.

mesafeli sözleşme kapsamında olacağına dikkat çekilmelidir[22]. Zira sözleşmenin mesafeli sözleşme niteliği kazanmasında önemli olan husus taraflar arası sözleşme müzakerelerinin iletişim araçları ile başlaması ve bunun devamında sözleşmenin iletişim aracı üzerinden kurulmasıdır. Özetle taraflar arası sözleşme müzakeresinin tarafların fiziksel varlığı ile başlaması durumunda sözleşme uzaktan iletişim aracı kullanılarak akdedilse dahi sözleşme mesafeli sözleşme niteliğini kazanmayacak ve tüketici TKHK. ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin sağladığı özel korumalardan faydalanamayacaktır. Aynı şekilde, müzakerelere iletişim araçları kullanılarak başlanmış olsa da, sözleşme satıcı/sağlayıcının çalıştığı ortamda akdedilirse, aynı sonuç ortaya çıkacaktır[23].

3. Mesafeli Sözleşmelerde Tarafların Hakları ve Yükümlülükleri

Sözleşme, taraflar arasındaki anlaşmanın detaylarını düzenleyerek tarafların haklarını ve borçlarını belirler; olası bir uyuşmazlık doğduğunda amir hükümlerden sonra uygulanacak kuralları koyar[24]. Ancak tüketici hukukunun asli, tüketiciyi koruma amacını yerine getirebilmek için Kanun tarafından tüketiciye tanınan bazı hakların asgari düzenlemesi yapılmış ve fakat bunun karşısında satıcı/sağlayıcı da tamamen kanuni haklardan ari bırakılmamıştır. Bu kapsamda tüketicinin en önemli yükümlülüğü kuşkusuz ücretin ifası[25] iken, tüketicinin bu yükümlülüğü satıcı/sağlayıcının en büyük hakkını oluşturmaktadır.

---

22 Aksi görüş için bkz. KUĞUOĞLU / KALKAN, s.273. Yazarlar tüketiciyi koruma ruhu ile hazırlanan Kanunun çalışmamızda savunduğumuz şekilde yorumlanması gerektiğini ancak Kanun tanımının açıkça tüm aşamalarda uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasının gerekliliğini vurguladığını ve bu sebeple çalışmamızda savunduğumuz görüşün kabul edilemeyeceği görüşündedirler. Ancak madde gerekçesinde de ortaya konduğu üzere uzaktan iletişim araçlarının sözleşmenin müzakere evresinden itibaren kullanılması gerekli ve yeterlidir. Bu sebeple bu görüş isabetsiz bulunmuş ve çalışmamızda desteklenmemiştir. Aksi görüş için ayrıca bkz. YAZICI Baki Tuna, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Elektronik Tüketici Sözleşmeleri Ve Bu Sözleşmelerde Ortaya Çıkan Güvenlik Sorunları , Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s.56,57.

Aynı yönde bkz. AYDOĞDU, s.286,287; UZUN KAZMACI, s.2795; KARA, s.1016, BENLİ, s.9,10; TUTAR vdğ., s.480,481.

23 ASLAN, s.556.

24 EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 2.Bası, Ankara, 1987, s.231.

25 KARA, s.1026.

Öte yandan satıcı/sağlayıcının en önemli yükümlülüğü ise, sözleşme konusu edimin ifası olup[26] satıcı/sağlayıcı, tüketicinin mal veya hizmete taahhüt edilen sürede erişmesini mümkün kılmalıdır. Bu noktada Yön., tüketicinin faydasını gözeterek sözleşmenin konusu mal teslimi olduğunda bir azami süre belirlemiştir ki bu süre otuz gündür[27]. Hükmü içeren m.16 devamında, mal bu sürede teslim edilmezse tüketiciye sözleşmeyi feshetme imkanı da tanımıştır[28].

TKHK. ve Yön. kapsamında tüketiciye kanunun özüne uygun olarak, az evvel de değindiğimiz ve tüketiciyi koruma hususunda özellik arz eden başka haklar da tanınmış olup kanaatimizce bunları detaylıca başka bir başlık altında incelemek daha isabetli olacaktır.

II. MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİYİ KORUMAYI HEDEFLEYEN ÖZEL HÜKÜMLER

1. Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü

A. Genel Olarak

Hukukumuzda sözleşme kurulmadan taraflara ön bilgilendirme yükümlülüğü yükleyen genel bir kural yoktur, ancak mesafeli sözleşmelerde Kanun ve Yönetmelik (Yön.) ile satıcı/sağlayıcıya bu yükümlülük yüklenerek sözleşme henüz akdedilmeden tüketicinin bir kez daha sözleşmeyi gözden geçirmesi ve ödeme yükümlülüğü altına gireceğinin ayırdına varması sağlanmaya çalışılmıştır[29].

Gerek TKHK. m. 48/II gerekse de Yön. m.5 vd. ön bilgilendirme yükümlülüğünü fazlasıyla önemseyerek düzenlemiştir; o kadar ki mesafeli sözleşmenin kendisi bir şekil şartına bağlanmış olmamasına[30] rağmen satıcı/sağlayıcının bu bilgilendirme yükümlülüğünü yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile yerine getirmesi gerekir. Kanun koyucu bununla yetinmemiş, ek olarak, bu yükümlülüğün *"en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir*

---

26 TUTAR vdğ., s.503.

27 AKİPEK, s.56.

28 TOPALOĞLU, s.36.

29 GEZDER, s.338; ASLAN, s.563.

30 BÜLTER, s.21.

bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde" yerine getirilmesini istemiş;[31] ve tüm bunların yanı sıra mesafeli sözleşmenin internet üzerinden, sesli iletişim araçları kullanılarak yahut Yön.'de sayılan farklı olasılıklarda kurulması halinde de ön bilgilendirme hususunda başkaca yükümlülükler yüklemekten geri durmamıştır[32]. Usul Hukukundaki olayın ispatı lehine sonuç doğuracak kişinin ispat ile yükümlü olması genel kuralının aksine, ön bilgilendirme yükümlülüğünün gerektiği gibi yerine getirildiğinin ispatı da tüketici lehine olarak satıcı/sağlayıcı üzerine bırakılmıştır[33].

Ön bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı, m.5'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anılan maddede ön bilgilendirme yükümlülüğü özellikle mal/hizmet ve satıcı/sağlayıcının ayırt edici özellikleri, satıcı/sağlayıcının iletişim bilgileri, sözleşme kapsamında tüketiciye yüklenen maliyetin tüm ayrıntıları ve mal/hizmet fiyatı ile ilgili bilgiler, cayma hakkı ve uyuşmazlık durumunda tüketicinin başvurabileceği yollar çevresinde şekillenmiştir[34]. Satıcı/sağlayıcı, bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında Yön. m.8'e göre "*verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda"* da bilgi vermekle yükümlüdür.

Son olarak kanun koyucunun ön bilgilendirme yükümlülüğüne verdiği önemi ön bilgilendirme yükümlülüğünde verilen bilgileri "*sözleşmenin ayrılmaz parçası"* sayması ile destekleyebiliriz. İlgili Yön. m. 5/II'de düzenlenen hükme göre, ön bilgilendirme yükümlülüğünde verilen bilgilerin söz-

---

31 Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, m.6/I.

32 Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, m.6/II,III,IV.

33 KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 25.Baskı, Ankara, 2014, s.355.

34 Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26. HD. tarafından 09.03.2017 tarihinde verilen 2017/217 E., 2017/228 K. sayılı kararda, "…davacı ile davalı arasında akdedilen mesafeli satış sözleşmesinde, Mesafeli Satışlara Dair Yönetmeliğin 5.maddesi uyarınca bulunması gereken (satıcı veya sağlayıcının isim, unvan, açık adres, telefon ve diğer erişim bilgilerinin, tüm vergiler dahil olmak üzere mal veya hizmetin Türk Lirası cinsinden satış bedelinin, ödeme ve teslim ve ifa bilgilerinin, cayma hakkının kullanılması şartları ve hakkın nasıl kullanılacağının vb.) bilgilerin bulunmadığı, bu nedenle satıcı-sağlayıcının bu sözleşmeye dayanarak tüketiciden herhangi bir talepte bulunamayacağı…" şeklinde hüküm kurularak; ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda satıcı/sağlayıcı tarafından sözleşmeye dayanılarak hiçbir talepte bulunulamayacağı ortaya konmuştur. Anılan kararın kaynağı için bkz., https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/ankara-bam-bam-26-hd-e-2017-217-k-2017-228-t-9-3-2017 e.t.: 20/10/2018

leşmenin ayrılmaz parçası olması da tüketiciyi koruma amacı gütmektedir[35]. Zira kanun koyucu bu hüküm ile yapılan ön bilgilendirme çerçevesinde sözleşmenin ana hatlarının belirlenerek tüketicinin aksi yönde bir düzenleme ile zarara uğratılmasını engellemeye, diğer bir deyişle sözleşmenin yapılması sırasında da onu korumaya çalışmıştır[36]. Bu hüküm tarafların aksini açıkça kararlaştırması ile değiştirilebilir ve bu durumda da tüketicinin rızası söz konusu olacağından gerekli korumadan yararlandığı söylenebilecek ve Yön. m. 5/II ihdas amacını yerine getirmiş olacaktır.

B. Ön Bilgilendirmenin Teyidi

Yön. m.7'de satıcı/sağlayıcıya ön bilgilendirme yükümlülüğünden sonra bununla bağlantılı bir yükümlülük daha yüklenmiştir ve buna göre satıcı/sağlayıcı, ön bilgilendirmenin yapıldığını tüketiciye onaylatmalıdır. Bu yükümlülük, eski düzenlemelerde de farklı bir tabir ile ifade edilse dahi bulunmaktaydı. Anılan düzenlemelerde kural söz konusu teyidin yazılı olarak yapılması iken, yeni düzenlemelerde bu kural değiştirilerek sözleşme yapılırken kullanılan her bir iletişim aracına uygun olan yöntemin tercih edilmesi benimsenmiş[37], bu değişiklikle tüketici ile uyuşmazlık yaşadığında ön bilgilendirme yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirdiğini ispat etmekle yükümlü satıcı/sağlayıcıya, teyit alınırken kullanılacak yöntemde bir serbesti tanınmıştır. Ancak tekrar etmek gerekir ki satıcı/sağlayıcıya tanınan bu serbesti sınırsız olmayıp sözleşme akdedilirken kullanılan iletişim aracı ile bağdaşır nitelik taşımalıdır.

Ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmaması durumunda yaptırım sözleşmenin yok hükmünde olmasıdır ve bu durum "*aksi takdirde sözleşme kurulmamış sayılır*" şeklinde açıkça hükme bağlanmıştır[38]. Ancak bu çoğu zaman tüketicinin aleyhine işlemesi olası görünen bir hükümdür, zira tüketicinin bağlı olmak istediği bir sözleşmenin yalnızca satıcı/sağlayıcının

---

35 TUTAR vdğ. s.490.

36 BENLİ, s.12.

37 Eski Kanun döneminde sözleşme mesafeli olarak yapılmasına rağmen teyidin yazılı olarak alınması gerekliliği doktrinde eleştirilmiş ve bunun yapılacak mesafeli sözleşme sayısını aşağı çektiği, diğer bir deyişle mesafeli sözleşme yapma imkanını azalttığı savunulmuştur, bkz. GEZDER, şerh, s.71.

38 DÖNMEZ Zeynep, "2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi Ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku'na Yansımaları", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, S.1, 2016, s.367.

sözleşme ile bağlı olmak istememesi sebebiyle ve kötü niyetle bu yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucunda sözleşmenin hüküm doğurmamasına açık kapı bırakılmıştır[39].

C. Ön Bilgilendirme Yükümlülüğüne Aykırılığın Yaptırımı

Kanun koyucunun ön bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranılması durumuna bağladığı yaptırımlar da ön bilgilendirme yükümlülüğüne verilen önemin başka bir görünümüdür. Zira ön bilgilendirme yükümlülüğünün varlığı, satıcı/sağlayıcı ile karşı karşıya gelmeden ve sözleşme konusu mal olduğunda fiziki olarak malı görmeden sözleşmeyi kuran tüketicinin korunması için şarttır[40]. Bu kapsamda az evvel değinilmiş ve az ileride incelenecek olan, tüketiciyi koruma hususunda en önemli enstrüman cayma hakkının kullanılmasında satıcı/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranmasına bağlanan yaptırım en güzel örnektir. Buna göre, satıcı/sağlayıcı, tüketiciyi cayma hakkı konusunda bilgilendirmezse, cayma hakkının kullanılma süresi bir yıl uzayacak; bu bir yıllık süre içerisinde yükümlülük yerine getirilirse, cayma hakkını kullanma süresi artık o tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır[41].

2. Tüketiciye Tanınan Cayma Hakkı

Kanun koyucunun tüketicinin mal veya hizmet hakkında yeterince bilgi sahibi olmadan ve satıcı/sağlayıcı ile alışık olduğumuz sözleşmelerdeki gibi yüz yüze gelip tavır ve davranışlarından güvenilirliğini tartamadan sözleşme kurması sebebiyle korunması gerekliliğine getirdiği belki de en önemli çözüm hiçbir koşul olmaksızın kullanabilen cayma hakkıdır[42]. Mukayeseli hukukta bazı yazarlar tarafından tüketiciye cayma hakkı tanınması, bu hak belli süre içinde kullanıldığında tüketicinin sözleşmeyle bağlı olmaması sonucunu doğurduğundan ahde vefa ilkesini zedelediği sebebiyle eleştirilse de[43], hukukumuz kanımızca varlığı şart olan bu hakkı tüketiciye vermiştir.

Bilindiği gibi, taraflardan biri sözleşmeden dönmek istediğinde çoğun-

---

39 UZUN KAZMACI, s.2805.

40 GEZDER, makale, s.338.

41 TOPALOĞLU, s.11; ZEVKLİLER / ÖZEL, s.330.

42 KARA, s.1030.

43 GEZDER Ümit, "The Right Of Withdrawal In Distance Contracts", **Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014-2, s.1187,1188.

lukla karşılaşılan uygulama, karşı tarafın kararlaştırılan uygun bir miktarı dönme cezası adı altında ödeyerek isteğini gerçekleştirmesidir[44]. İşte tüketiciye tanınan cayma hakkı ile tüketicinin sözleşmeden dönmek istediğinde herhangi bir ödeme yükümlülüğü kalmamaktadır; bu hakkı sayesinde tüketici, sözleşmeden hiçbir gerekçe göstermeden ve cezai şart ödemeksizin cayabilmektedir[45]. Bu hakkın temelinde yatan düşünce ise tüketiciye görmeden satın aldığı mal veya hizmeti değerlendirecek bir süre vermektir[46].

Öte yandan, cayma hakkının süresinin ne olduğu ve hangi andan itibaren işleyeceği de Yön. m.9'da belirlenmiştir[47]. Anılan hükme göre, cayma süresi sözleşme konusu bir hizmetin yapılmasına ilişkin ise sözleşmenin yapıldığı gün ve sözleşme konusu mal teslimi ise malın teslim alındığı gün başlayacak olup, eski Kanundaki yedi günlük sürenin Direktif ile aynı doğrultuda[48] ve isabetli olarak uzatılması ile[49] on dört gün olarak düzenlenmiştir[50].

Cayma hakkının kullanımı başlıklı Yön. m.13'e göre, cayma hakkının kullanıldığının on dört gün içinde satıcı/sağlayıcıya iletilmesi yeterlidir[51]. Diğer bir deyişle cayma hakkının kullanıldığına dair ihtarın bu on dört gün içinde satıcı/sağlayıcıya ulaşması gerekmemektedir; ancak bu ihtarın yazılı yahut kalıcı veri saklayıcısı ile yapılmasının gerektiğini belirtelim[52].

Cayma hakkının kullanılmasıyla, satıcı/sağlayıcı bunu öğrendiği tarihten itibaren on dört gün içinde tüketiciden tahsil ettiği tüm ödemeleri ve aldığı her türlü senet ile kıymetli evrakı iade yükümlülüğü altına girer. Aldığı

---

44 KAPLAN İbrahim, **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, 6.Baskı, Ankara, 2012, s.151.

45 BAŞ SÜZEL Ece, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018-2, **s**.346; AKİPEK, s.52.

46 GEZDER, The Right of Withdrawal, s.1190,1191.

47 TOPALOĞLU, s.22.

48 DÖNMEZ, s.370,371.

49 CEYLAN Ebru, **6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler**, 1.Baskı, İstanbul, 2015, s.85.

50 Bu hususta malın farklı nitelikler taşıması hali için bkz. Yön. m. 9/III.

51 DÖNMEZ, s.372; BENLİ, s.57.

52 Bu hususa işaret eden hüküm Yön. m.11'de bulunmakta olup kanaatimizce bir gereklilik bildirmektedir, Diğer bir deyişle cayma hakkı kullanılırken bu yöntemi kullanmak zorunludur. Düzenlemenin amir hüküm olmadığı yönünde aksi görüş için bkz**.** İSLAMOĞLU Gülşah, **"**Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.13, S.145, 2018, s.121.

senet yahut kıymetli evrakı iade etmekten kaçınıp, tüketici mahkemesinin bu kıymetli evraka tedbir koymasına rağmen senede dayanılarak takip başlatılması halinde ise Yargıtay'ın bir kararında[53] da söylediği gibi, takip iptal edilir. Bunun yanı sıra tüketici de cayma hakkını kullanmasından itibaren on gün içinde malı iade etmekle yükümlüdür; meğer ki satıcı/sağlayıcı malı kendisi geri alacağını bildirmiş olsun[54].

Ek olarak tüketiciye cayma hakkını kullanırken avantaj sağlayan bir düzenleme daha vardır ki, Yön. m. 13/II de düzenlenmiştir. Bu düzenleme sayesinde tüketici cayma hakkı süresince malı amacına ve usulüne uygun kullandığı ölçüde malda ortaya çıkan değişimi tazminle yükümlü değildir. Daha açık bir ifade ile, cayma süresi bitene kadar tüketici tarafından normal biçimde kullanılan malda herhangi bir bozukluk veya kusur ortaya çıkarsa, tüketici bundan kaynaklanan zararı tazminle yükümlü olmayacaktır[55].

Mevcut bir hukuki ilişkinin sona ermesi sonucunu doğurduğundan bozucu yenilik doğurucu hak niteliğinde olan[56] cayma hakkı; bu niteliği sebebi ile şarta bağlanamayacak, kullanıldıktan sonra geri alınamayacaktır[57]. Ancak kanun koyucu cayma hakkına bazı istisnalar getirmiş ve bunları Yön. m.15'te saymıştır[58]. Hüküm incelendiğinde sayılanların niteliği gereği cay-

---

53 Y. 12. HD. 19.07.2006 T. 2006/11649 E. 2006/16179 K. sayılı ilamı; anılan kararının kaynağı için bkz., https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2006-11649-k-2006-16179-t-19-7-2006 e.t.: 26/04/2019

54 UZUN KAZMACI, s.2807,2808.

55 AYDOĞDU, s.290.

56 OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 19.Bası, İstanbul, 2013, s.163; BENLİ s.19.

57 DURAL Mustafa / SARI Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 8.Baskı, İstanbul, 2013, s.183,186.

58 Yön. m.15;

a) Fiyatı finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değişen ve satıcı veya sağlayıcının kontrolünde olmayan mal veya hizmetlere ilişkin sözleşmeler.

b) Tüketicinin istekleri veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmeler.

c) Çabuk bozulabilen veya son kullanma tarihi geçebilecek malların teslimine ilişkin sözleşmeler.

ç) Tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan mallardan; iadesi sağlık ve hijyen açısından uygun olmayanların teslimine ilişkin sözleşmeler.

d) Tesliminden sonra başka ürünlerle karışan ve doğası gereği ayrıştırılması mümkün olmayan mallara ilişkin sözleşmeler.

ma hakkının konusunu oluşturmasının hakkaniyete aykırı olduğu görülecektir, bu sebeple belirlenen istisnaları tüketicinin bir kaybı, yahut düzenlemenin bir eksikliği olarak görmeme taraftarıyız.

III. SONA ERMESİ

Her bir sözleşmenin sona ermesi, sözleşmenin tipine göre farklılık arz ettiğinden ayrıca incelenmesinin gerekliliği ile beraber genel hükümlerden borcu sona erdiren haller uygun düştüğü ölçüde her sözleşme tipine uygulanır[59]. Bu açıdan mesafeli sözleşmede, öncelikle sözleşmeye özgü sona erme sebeplerinden en önemlisini yukarıda incelenen hususlardan cayma hakkının kullanılması olarak belirlemek mümkündür. Zira tüketicinin cayma hakkını kullanması belirttiğimiz gibi bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olup satıcı/sağlayıcı malı teslim etmedi yahut hizmeti yerine getirmediyse sözleşme konusuna göre verme veya yapma borcu, tüketici ise karşı edimini ifa etmedi ise bu borcu sona erer. Edimler ifa edildikten sonra cayma hakkı kullanılıyor ise bunların iadesi borcunu yanında getirerek sözleşmeyi sona erdirir.

Bunun yanı sıra; tarafların karşılıklı edimlerini ifa etmeleri veyahut sözleşmenin sona ermesi hususunda anlaşmaları, ibra, yenileme gibi[60] borcun sona ermesini sonuçlayan hukuki müesseseler de genel hükümlere göre mesafeli sözleşmenin sona erme hallerindendir.

---

e) Malın tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler.

f) Abonelik sözleşmesi kapsamında sağlananlar dışında, gazete ve dergi gibi süreli yayınların teslimine ilişkin sözleşmeler.

g) Belirli bir tarihte veya dönemde yapılması gereken, konaklama, eşya taşıma, araba kiralama, yiyecek-içecek tedariki ve eğlence veya dinlenme amacıyla yapılan boş zamanın değerlendirilmesine ilişkin sözleşmeler.

ğ) Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayrimaddi mallara ilişkin sözleşmeler.

h) Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler.

59 OĞUZMAN / ÖZ, s.549.

60 TOPALOĞLU, s.26.

Sonuç

Mesafeli sözleşmeler kurulma şekli bakımından özellik arz eden ve fakat ayrı bir tip yaratmayan sözleşmelerdir. Buna göre mesafeli sözleşme, yüz yüze gelmeyen tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında uzaktan iletişim araçları ile akdedilir. Sözleşmenin bu niteliği sebebiyle fiziksel olarak mal ve satıcı/sağlayıcıyı görmeden sözleşme kuran tüketicinin korunması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Kanun koyucu bu gerekliliği satıcı/sağlayıcıya yüklediği bir ön bilgilendirme yükümlülüğü ve tüketiciye tanıdığı cayma hakkı ile karşılamaya çalışmıştır. Ön bilgilendirme yükümlülüğü ile tüketici sözleşmeye taraf olmadan elde edeceği mal veya hizmet hakkında bilgi sahibi olmakta; ek olarak ödeme yükümlülüğü altına gireceği miktarı da tümüyle öğrenmektedir. Satıcı/sağlayıcının bu yükümlülüğü, tüketiciyi koruma hususunda büyük önem arz ettiğinden ek olarak ön bilgilendirmeyi gerektiği gibi yaptığının teyidini alması da ayrıca bir yükümlülük olarak yüklenmiş olup bu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımı da sözleşmenin kurulmamış sayılmasıdır. Öte yandan kanun koyucu cayma hakkı ile de tüketiciye kurduğu sözleşmeden herhangi bir gerekçe göstermeden ve cezai şart ödemeksizin cayarak sözleşmeyi sona erdirebilme imkanı tanımıştır. Bu sayede alışılmış bir yöntemden uzaklaştığından yeterli bilgi sahibi olmaksızın sözleşme kuran tüketicinin eline geçen ürün veya aldığı hizmetin beklediği gibi çıkmaması durumlarında başvurabileceği bir yöntem sağlanmıştır. Bu hakkın istisnaları mevcut olmakla birlikte fikrimizce bu istisnalar nitelikleri gereği tüketicinin hak kaybına uğramasına sebep olmaz.

Cayma hakkının kullanılmasının yanı sıra mesafeli sözleşmeler, genel hükümlere göre de sona erdirilebilir.

KISALTMALAR

bkz. : bakınız

C. : Cilt

E. : Esas

e.t. : Erişim Tarihi

HD. : Hukuk Dairesi

K. : Karar

m. : Madde

s. : Sayfa

S. : Sayı

T.: Tarih

TKHK.: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

vd. : Ve devamı

Y. : Yargıtay

Yön. : Yönetmelik

KAYNAKÇA

AKINTÜRK Turgut / ATEŞ KARAMAN Derya, **Borçlar Hukuku**, 19.Bası, Beta, İstanbul, 2012.

AKİPEK Şebnem, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye'nin Uyumu", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.21, S.4, 2002, s.45-66.

AKKURT Sinan Sami, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu Ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 60-1, 2011, s.19-46.

ASLAN İ. Yılmaz, **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 5.Baskı, Ekin, Ankara, 2015.

ATASOY Ömer Adil / ACAR Hakan / TAŞKIN Mustafa, **Tüketiciyi Koruma Hukuku**, Esogü, Eskişehir, 2014.

AYDOĞDU Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, 1.Baskı, Adalet, Ankara, 2015

BAŞ SÜZEL Ece, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018-2, s.339-369.

BENLİ Başak, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

BOZBEL Savaş, "Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler -97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, S. 3 - 4, 2003, s.783-804.

BÜLTER Ahmet, "Tüketicinin Korunması Hukukunda Mesafeli Sözleşme Kavramı", **Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi**, S.13, 2003, s.12-29.

CEYLAN Ebru, **6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler**, 1.Baskı, Leges, İstanbul, 2015.

DÖNMEZ Zeynep, "2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi Ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku'na Yansımaları", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, S.1, 2016, s.351-380.

DURAL Mustafa / SARI Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt 1, Temel Kavramlar ve**

Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 8.Baskı, Filiz, İstanbul, 2013.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 2.Bası, Sevinç, Ankara, 1987.

ERTEN Alev, **Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler**, 1.Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2009.

GEZDER Ümit, "Mesafeli Sözleşmeler", **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı**, 1.Baskı, Seçkin, 2015 (atıf şekli: makale).

GEZDER Ümit, **Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler**, 1.Baskı, Beta, 2006 (atıf şekli: şerh).

GEZDER Ümit, "The Right Of Withdrawal In Distance Contracts", **Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014-2, s.1185-1201 (atıf şekli: The Right of Withdrawal).

İSLAMOĞLU Gülşah, **"**Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.13, S.145, Seçkin, 2018, s.115-124.

KAPLAN İbrahim, **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, 6.Baskı, İmaj, Ankara, 2012.

KARA İlhan, **Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 1.Baskı, Engin, Ankara, 2015.

KUĞUOĞLU Dilşad / KALKAN Nihan, "Mesafeli Sözleşmeler", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.90, S.4, 2016, s.269-290.

KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 25.Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.

LÖTSCHER Andreas, "İyi Kanunlar Şeffaf Metinlerdir", **Kanun Yapma Tekniği**, 1.Baskı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2015, s.119-146.

NOMER Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14.Baskı, Beta, İstanbul, 2015.

OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 19.Bası, Vedat, İstanbul, 2013.

OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 12.Bası, Vedat, İstanbul, 2014.

TEKİNAY Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, 4.Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1979.

TOPALOĞLU Mustafa, "Mesafeli Sözleşmeler", **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, 2016, s.13-50.

TUTAR Elce vd., **Tüketici Hukuku Davaları,** 1.Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.

UZUN KAZMACI Özge, "İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, 22/3, 2016, s.2791-2818.

YAZICI Baki Tuna, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Elektronik Tüketici Sözleşmeleri Ve Bu Sözleşmelerde Ortaya Çıkan Güvenlik Sorunları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

YILMAZ Oğuz Gökhan, "Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.14, 2013, s.1014.

ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16.Bası, Turhan, Ankara, 2016.

ZEVKLİLER Aydın / ÖZEL Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 1.Baskı, Seçkin, Ankara, 2016.

GENEL KURUL KARARLARININ İPTALİNDE ETKİ TEORİSİ

Av. Yasemin MİLDON*

Öz: Genel kurul kararlarının iptaline ilişkin bir kurum olan etki teorisi, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda sınırlı olarak yer bulmuş, bununla birlikte uygulama, ilgili hükmün mehazını teşkil eden İsviçre düzenlemesiyle benzerlikler taşıyan bir yönde şekillenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da söz konusu Yargıtay uygulamasının kanuna yansıtılması amaçlanmış, fakat yapılan kanuni düzenleme birçok açıdan tartışmalara sebep olmuştur.

Çalışmada öncelikle, etki teorisi kavram itibariyle ortaya konulmaya çalışılacak, bu konudaki farklı fikirlere yer verilecektir. Ardından kavramın Türk hukukundaki yasal ve içtihadi gelişimi, mehaz düzenlemenin de değerlendirilmesi suretiyle incelenecektir. Son olarak ilgili hükmün uygulama alanı, hükümde sayılan hallerin sınırlı sayı ilkesine tabi olup olmadığı ve bu hallere ilişkin doktrindeki görüşlere değinilecektir.

Anahtar kelimeler: genel kurul kararı, iptal davası, etki teorisi, pay sahibi, illiyet bağı

INFLUENCE THEORY WITHIN THE CONTEXT OF ACTIONS FOR ANNULMENT OF GENERAL ASSEMBLY RESOLUTIONS

Abstract: Influence theory, as a notion related to the annulment of general assembly resolutions, was regulated on a limited scale under Turkish Code of Commerce numbered 6762. During this period, Turkish case law was influenced by the Swiss legislation as the Turkish Code had been adopted from it. The case law influenced the

---

* Makale gönderim tarihi: 27.10.2018. Makale kabul tarihi: 01.06.2019.
(ORCID kimlik no: 0000-0002-1623-2805; yasemin.mildon@gmail.com)

elaboration of the relevant provision of Turkish Commercial Code numbered 6102. However, this new provision generated several debates.

In this article, firstly a conceptual framework of the influence theory as well as the relevant doctrine will be presented. Then, development of the provision and the case law will be explained in light of Swiss law. Finally, scope of the influence theory will be described in light of relevant doctrine with a particular focus on whether conditions presented in the provision are *numerus clausus*.

Keywords: general assembly resolution, action for annulment, influence theory, shareholder, casual relation

I. KAVRAM

Etki teorisi, "eğer söz konusu aykırılık olmasaydı genel kurulun o kararı almayacağı olgusu" olarak tanımlanır[1]. Etki teorisi öğretide "etki kuralı[2]" şeklinde de adlandırılmaktadır.

Etki kuralının kanuni düzenlemesi, TTK kapsamında md. 446/1(b) hükmünde yer alır. Buna göre, "*toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri*" iptal davası açabilir. Etki kuralının kanuni düzenlemeye kavuşmasında önemli rol oynayan Yargıtay içtihatlarında etki kuralı, ihlal nedeniyle genel kurul toplantısında yanlış bir kararın alınmış olması, diğer bir anlatımla ihlal ile alınan kararlar arasında illiyet bağının bulunması şeklinde ifade edilmiştir[3].

Etki teorisi, illiyet bağı kavramıyla ilişkilendirilmeye müsait bir kavram olmakla birlikte, bu konuda doktrinde fikir ayrılığı bulunmaktadır. Borçlar hukukunda illiyet, "iki olay arasındaki sebep-sonuç ilişkisi" olarak tanımlanır. Buna göre bir olay diğer bir olayın doğumuna esas olduğunda, illiyetin

---

1 ÇAMOĞLU Ersin, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararının İptalinde Etki Kuralı", **Yaklaşım Dergisi**, S. 260, 2014, s. 217.

2 PULAŞLI Hasan, "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 888.

3 11. HD, T. 19.7.2007, E. 2006/2171, K. 2007/10775 sayılı kararı için bkz. dn. 48.

varlığından söz edilir[4]. Bu noktada *Tekinalp,* illiyet bağı araştırmasının genel kurul toplantısına ilişkin düzen hükümlerinin ihlallerinin tolere edilmesi sonucunu doğuracağı ve bu durumun iptal davasının amacı ile bağdaşmayacağını ileri sürerek, illiyet bağı ile etki kuralının farklı kurumlar olduğunu ifade etmektedir[5]. *Kırca* ise, "*iddia olunan kanuna aykırılık sebebinin genel kurul kararının alınmasında etkili olması*" şeklinde tanımladığı etki kuralının illiyet bağından farklı bir kavram olmadığını, hatta etki kuralı ile ifade edilmek istenenin zaten illiyet bağı olduğu görüşündedir[6]. İsviçre doktrininde ve içtihadında aynı kurumun "kararın üzerinde etkili olma"[7] şeklinde adlandırıldığı gibi, aynı durumu ifade etmek için illiyet bağı[8] kavramının kullanıldığı da görülmektedir. İlk bakışta, illiyet bağının bir sonuca sebebiyet verme anlamı taşımasından mütevellit, hukuka aykırılık ile genel kurul kararı arasında illiyetten bahsedebilmek için, kararın söz konusu hukuka aykırılığın neticesinde alınmış olması gerektiği şeklinde bir varsayımın etki kuralından daha katı şartlar öngördüğü düşünülebilir. Bununla birlikte aynı duruma tersten bakıldığında, hukuka aykırılık olmasaydı söz konusu kararın da alınmış olmayacağı olgusu, etki kuralının tanımına denk düşmektedir. Bu sebeple bu çalışmada, etki kuralı ve illiyet bağı kavramlarının aynı anlamı ifade ettiği kabul edilecektir.

Usule ilişkin birtakım düzenlemeler ihlal edildiği ve bu ihlal genel kurul kararının yönünü etkilediği takdirde, etki kuralı uygulama alanı bulur. Etki kuralının uygulanması için gereken şartlar gerçekleştiği takdirde, iptal davası için gerekli olan toplantıya katılma ve muhalefetini tutanağa geçirme şartları[9] yerine getirilmeksizin de iptal davası açılabilmektedir.

---

4 TEKİNAY Selahattin Suhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bası, Filiz, İstanbul, 1993, s. 567.

5 TEKİNALP Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. bası, Vedat, İstanbul, 2015, s. 397.

6 KIRCA İsmail/ ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/ MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 2. bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, C. 2/2, Ankara, 2017, s. 149. *Moroğlu* da hükümde düzenlenen kurumu illiyet bağı olarak ifade etmektedir, MOROĞLU Erdoğan, **Anonim Ortaklıkla Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 7. bası, 12 Levha, İstanbul, 2014**,** s. 236.

7 MEIER-HAYOZ Arthur/FORSTMOSER Peter, **Droit suisse des sociétés**, Stämpfli, Berne, 2015, s. 554; **Bauen/ Bernet/ Rouiller,** s. 168.

8 **Bauen/ Bernet/ Rouiller,** s. 168; ATF 122 III 279, Swisslex banque de données juridiques suisse.

9 YILDIRIM Ali Haydar, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararları Aleyhine Toplantıda Hazır Bulunan Pay Sahibinin İptal Davası Açmasının Şartları ve Özellikle Muhalefet Şerhi",

Etki kuralı uygulanarak genel kurul kararının iptali için karar ve hukuka aykırılık arasında bir illiyetin aranmasının altında, şayet usuli düzenlemelere uyulması halinde dahi alınacak karar değişmeyecek ise, gereksiz yere yapılacak yeni bir genel kurul toplantısının önüne geçilmesi amacı yatmaktadır[10]. Diğer bir deyişle, etki kuralının uygulandığı durumlarda, genel kurul toplantısı ile ilgili birtakım usuli kurallara aykırılıklar kararın iptali için yeterli olmaz, bu usuli aykırılıkların kararın alınmasında etkili olmuş olması bir ek şart olarak aranır[11]. Böylelikle, söz konusu aykırılığın karara etkili olmadığının aşikar olduğu vaziyetlerde iptal davası imkanının ortaklık ve çoğunluk pay sahiplerine karşı kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanır[12]. TTK md. 446/1(b) hükmünde yer verilen etki kuralı diğer yandan, pay sahiplerinin iptal davası açabilmeleri için toplantıya katılma ve muhalefetini tutanağa geçirme şartlarına da istisna sağlar niteliktedir[13].

II. TÜRK HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ

1. 865 sayılı Ticaret Kanunu

865 s. TK md. 381 hükmü, genel kurula katılıp muhalefetini tutanağa geçiren pay sahipleri, oy hakkını kullanmasına haksız olarak izin verilmeyen pay sahipleri ve genel kurula çağrının usulüne uygun olarak yapılmadığını ya da gündemin usulüne uygun olarak ilan edilmediğini iddia eden pay sahiplerinin, kanuna ve esas sözleşmeye aykırı genel kurul kararlarının iptalini dava edebileceğini düzenlemiştir[14]. Böylelikle genel kurula katılıp

---

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.2, 2016, s. 386 vd.

10 **Kırca,** s. 111. İsviçre doktrininde, bu kuralın amacının, aynı sonucun alınacağı belli olan bir genel kurulun gereksiz yere tekrarlanmasının önüne geçmek olduğu ifade edilmektedir, **Meier-Hayoz/ Forstmoser,** s. 554.

11 **Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları,** s. 395.

12 **Moroğlu,** s. 238, dn. 432.

13 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 223.

14 "*Kanunun ahkamı sarihasına veya şirket mukavelenamesine mugayir olan heyeti umumiye kararları aleyhine tarihi sudurlarından itibaren üç ay zarfında şirketin bulunduğu mahalde muamelatı ticariyeyi rüyetle mükellef mahkemeye müracatla itiraz olunabilir.*

İtiraz hakkı:

1 - İçtimada hazır bulunupta kararı mezkura muhalif kalarak muhalefetini zabıt varakasına dercettiren veya gayrikanuni olarak hakkı reyini istimale müsaade edilmeyen veya içtimaa davetin usulü dairesinde vuku bulmadığını veyahut ruznamenin usulü veçhile ilan veya tebliğedilmediğini iddia eden hissedarana;

katılmamaları yönünde bir ayrıma gidilerek genel kurul kararının iptalini dava etmeye yetkili pay sahiplerini belirlenmiş; toplantıda hazır bulunanlar için karara muhalif kalma ve muhalefetini tutanağa geçirtme şartı aranmıştır[15]. Çağrının usulüne uygun olarak yapılmaması, gündemin gereğince ilan edilmemesi ya da genel kurula katılıma haksız olarak izin verilmemesi gibi ortaklıktan kaynaklanan sebepler neticesinde genel kurula katılamayan ya da katıldığı takdirde hukuka aykırı şekilde oyunu kullanmasına izin verilmeyen veya oyunu kullanmasına karşın muhalefetini tutanağa geçirmesine engel olunan pay sahiplerinin ise haliyle, karara muhalefet etmeksizin ve muhalefetlerini tutanağa geçirtmeksizin genel kurul kararının iptalini dava edebilecekleri kabul edilmiştir[16]. Bu durum sonucunda, şirketten kaynaklanan sebeplerle genel kurul toplantısına katılamayan pay sahipleri, sahibi oldukları oy ve pay miktarından bağımsız olarak, söz konusu aykırılığın karar üzerindeki etkisi nazara alınmaksızın, katılmadıkları genel kurulda alınan kanuna aykırı kararın iptalini dava edebilmişlerdir[17].

2. 6762 sayılı Ticaret Kanunu

A- Yasal Düzenleme

eTK md. 381/1 hükmü[18], kanuna, esas sözleşme hükümlerine ve iyini-

---

2 - Meclisi idareye;

3 - Kararın infazı Meclis azasile murakiblerin şahsan mesuliyetlerini mucip olduğu takdirde bunların her birine aittir (...)"

15 Hükmün mehazını teşkil eden 1897 tarihli ATK § 271, 1937 tarihli APOK § 198 ve 1965 tarihli APOK § 245 hükümlerinin düzenlemeleri de bu yönde olmuştur, **Kırca,** s. 192 vd.

16 ARAR Kemal, **Kara Ticareti – Şirketler Hukuku,** Güney, Ankara, 1952**,** s. 175; **Kırca,** s. 193.

17 **Kırca,** s. 193.

18 "*Aşağıda yazılı kimseler, kanun veya esas mukavele hükümlerine ve bilhassa afaki iyi niyet esaslarına aykırı olan umumi heyet kararları aleyhine, tarihlerinden itibaren üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeye müracaatla iptal davası açabilirler:*

1. Toplantıda hazır bulunup da karara muhalif kalarak keyfiyeti zapta geçirten veya reyini kullanmasına haksız olarak müsaade edilmiyen yahut toplantıya davetin usulü dairesinde yapılmadığını veyahut gündemin gereği gibi ilan veya tebliğ edilmediğini yahut umumi heyet toplantısına iştirake salahiyetli olmıyan kimselerin karara iştirak etmiş bulunduklarını iddia eden pay sahipleri;

2. İdare meclisi;

3. Kararların infazı idare meclisi azalariyle murakıpların şahsi mesuliyetlerini mucip oldu-

yet kurallarına[19] aykırı genel kurul kararlarının iptalinin; toplantıda hazır bulunup muhalefetini tutanağa geçiren pay sahipleri, oyunu kullanmasına haksız olarak izin verilmeyen pay sahipleri ya da genel kurula davetin usulünce yapılmadığını, gündemin usulünce ilan edilmediğini veya genel kurul toplantısına yetkili olmayan kişilerin katıldığını iddia eden pay sahipleri tarafından dava edilebileceğini düzenlemiştir. Böylelikle, hükmün ilk cümlesinde genel kurul kararının kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırılığı iptal sebepleri olarak ifade edilmiş, ardından ilk bentte iptal davasının davacıları olabilecek pay sahipleri sıralanmış ve bunlar arasına eski kanunda yer verilmemiş olan, genel kurul toplantısına yetkisiz kişilerin katılmış olduğunu iddia eden pay sahipleri eklenmiştir. 865 s. TK'da yer verilmemiş olan "*umumi heyet toplantısına iştirake salahiyetli olmıyan kimselerin karara iştirak etmiş bulunduklarını iddia eden pay sahipleri*" eTK'ya, bu kanuna alınan yeni bir madde olan, İsvBK md. 691'den iktibas edilmiş 361. madde vesilesiyle girmiştir[20].

361. maddenin 3. fıkrası[21], genel kurul toplantısına katılmaya yetkili olmayan kişilerin katılması halinde, pay sahiplerinin, bu duruma daha önce itiraz etmemiş olsalar dahi, genel kurul kararının iptalini dava edebileceğini; bununla birlikte, davalı şirket tarafından genel kurula yetkisiz kişilerin katılmasının karara etkili olmadığının ispat edilmesi halinde, iptal davasının reddedileceğini düzenlemiştir. Böylelikle, yetkisiz kişilerin genel kurula katılıp oy kullanması hali, farklı koşullara tabi olarak, eTK'nın md.361/3 ve md.381 hükümlerinde ayrı ayrı düzenlenmiştir[22]. Oysaki, kapsamları aynı bu iki hüküm arasında ciddi nitelikte farklar vardır.

ğu takdirde bunların her biri."

19 TTK'da bu hususta dürüstlük kuralına aykırılıktan bahsedilmiştir. Çalışmanın devamında, karışıklık yaratmamak adına, eTK'ya ilişkin bölümlerde iyiniyet kurallarına aykırılıktan bahsedilirken dürüstlük kuralı ifadesi kullanılacaktır.

20 KIRCA İsmail, "Türk Ticaret Kanunu'nun Genel Kurul Kararlarının İptali Sebepleri ile İptal Davası Açabilcek Kişilere İlişkin Hükümleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, S: 4, C:31, 2015, s. 6.

21 "*Umumi heyet toplantısına iştirake salahiyeti olmıyan kimseler bir karara iştirak etmiş bulunuyorlarsa pay sahiplerinin her hangi birisi önceden itiraz etmemiş olsa bile, bu kararın iptalini mahkemeden istiyebilir. Şu kadar ki; davalı şirket bu iştirakin karara müessir olmadığını ispat ederse talep reddolunur*."

22 PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. 2, 3. bası, Adalet, Ankara, 2018, s. 1089; **Kırca,** s. 197.

Öncelikle, oy hakkının kullanılmasına ilişkin sınırlamaların dolanılmasına hakkındaki md. 361/3 hükmü, genel kurul toplantısına katılmakla birlikte karara muhalefetini tutanağa geçirmemiş pay sahiplerine de kararının iptalini dava edebilme hakkı tanıyor iken, davalı şirkete de, bu vaziyetin kararın alınmasına etkisi olmadığını kanıtlayarak davanın reddini sağlama imkanı sağlamıştır. Buna karşın aynı kanunun md. 381/1-1 hükmü, pay sahiplerinin aynı kararın iptalini dava edebilmelerini muhalefetlerini tutanağa geçirmiş olmalarına bağlamıştır[23]; bu hüküm uyarınca şirketin söz konusu hukuka aykırılığın kararın alınmasına etkisi olmadığı yönündeki ispat faaliyetine de bir sonuç bağlanmamıştır. Bunun yanında, md. 361/3'te bu yönde bir düzenleme olmamasına karşın md. 381 hükmü 3 aylık bir hakdüşürücü süre öngörmüştür. Tüm bunlar değerlendirildiğinde genel kurul kararının iptalini dava etmek isteyen pay sahibi açısından md. 361/3 hükmü daha elverişliymiş intibası veriyor olsa da, bu hükme dayanıldığı takdirde şirketin söz konusu hukuka aykırılığın kararı etkilemediğini ispat ederek iptal davasının reddini sağlayabileceği unutulmamalıdır[24].

Diğer yandan md. 361/3 düzenlemesi kapsamında, toplantıya yetkisiz kişilerin katılmış olması halinde, genel kurul kararının kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığına bakılmaksızın, kararın iptal edilebileceği ifade edilmiştir; bu düzenleme kapsamında toplantıya yetkisiz katılma, başlı başına bir iptal sebebidir[25]. Md. 381 hükmünde ise, iptal sebepleri olarak genel kurul kararının kanuna, esas sözleşme hükümlerine ve dürüstlük kuralına aykırılık halleri sayılmış, ardından bu sebeplere dayanarak genel kurul kararının iptalini dava edebilecek pay sahipleri sıralanmıştır. "*Umumi heyet toplantısına iştirake salahiyetli olmıyan kimselerin karara iştirak etmiş bulunmaları*" bu hüküm kapsamında bir dava koşuludur[26], iptali istenen kararın ayrıca kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı olduğunun ispatlanması gerekir[27].

---

23 **Moroğlu,** s. 276; **Yıldırım,** s. 404 vd.

24 İMREGÜN Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, 4. bası, Yasa, İstanbul, 1989, s. 174 vd; **Poroy,** POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 12. bası, Vedat, İstanbul, 2010, s. 388.

25 **İmregün,** s. 176; AYOĞLU Tolga, "Oydan Yoksun Pay Sahiplerinin Katılımı ile Alınan Genel Kurul Kararlarının Akıbeti (TTK md. 361/3'ün Uygulama Alanı)", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan**, S: 1/2002**,** s. 738.

26 **Ayoğlu,** s. 738.

27 **İmregün,** s. 175. Dava koşulu (dava şartı), davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için mutlaka gereken koşuldur. Ancak dava koşulu gerçekleştiği takdirde dava incelenip ka-

Bu iki hüküm arasındaki çelişki karşısında, öğreti ve uygulama, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin oylamaya katılmış olması hali için md. 361/3 hükmünün uygulama alanı bulacağını benimsemiştir[28].

Sonuç olarak, eTK md. 381 ve md. 361/3 kapsamında, genel kurul kararının iptalini dava edebilecek üç pay sahibi grubu yaratılmıştır: toplantıda hazır bulunan ve muhalefetini tutanağa geçiren pay sahipleri, gündemin gereği gibi ilan edilmemesi ve çağrının usulüne uygun olarak yapılmaması, oy kullanmasına haksız olarak izin verilmemesi gibi ortaklıktan kaynaklanan sebeplerle genel kurula katılamayan pay sahipleri[29] ve yetkili olmayan ki-

---

rara bağlanabilir, Pekcanıtez, PEKCANITEZ Hakan/ ÖZEKES Muhammet/ AKKAN Mine, vd. (Editörler), **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. bası, 12 Levha, İstanbul, 2017, C .2, s. 927; KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, 1. basıya ek 1. tıpkı bası, Legal, İstanbul, 2016**,** s. 190. Paysahibi tarafından, tamamen usule ilişkin bir iptal sebebi olan genel kurul toplantısına yetkili olmayan kişilerin katılması durumunun, kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı olduğunun ispatının gereksiz olduğu görüşünde, **Kırca, Değerlendirmeler,** s. 7.

28 **Moroğlu,** s. 276; **İmregün,** s. 174. *Poroy*, md. 361/3 ve md. 381 hükümlerinin birlikte uygulanması, şirkete genel kurula yetkisiz katılımın karar üzerinde etkili olmadığının ispatı imkanını tanınmakla birlikte, bütün iptal davalarına has 3 aylık sürenin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir, **Poroy (Tekinalp/ Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku,** s. 388 vd. *Moroğlu,* md. 361/3 hükmünde şirkete tanınan genel kurula yetkisiz katılımın kararı etkilemediğini ispat imkanının md. 381 kapsamına alınarak genel kurul kararının meydana gelişine ilişkin tüm aykırılıkları kapsayacak şekilde düzenlenmesini önermiştir, MOROĞLU Erdoğan, "Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü", **Makaleler I**, 2. bası, Beta, İstanbul, 2001, s. 306. *Ayoğlu* ise, eTK md. 361/3 ve md. 381 hükümlerine dayanılarak terditli dava ikame edilebileceğini öne sürmüştür. Buna göre, davalı ortaklığın davaya konu ihlalin genel kurul kararının alınmasında etkili olmadığını ispatlaması halinde, davacı pay sahibi, kararın kanuna, esas sözleşmeye ya da dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ispat suretiyle eTK md. 381 hükmüne dayanarak kararın iptalini sağlayabilecektir, **Ayoğlu,** s. 746.

29 **Kırca,** s. 193; **Poroy (Tekinalp/ Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku,** s. 390. Maddenin lafzı ortaklıktan kaynaklanan sebeplerle toplantıya katılmayan pay sahiplerine açıkça değiniyor olmasa da, gündem ve çağrıdaki usulsüzlükten bahsediliyor olması bu aksaklıklar sebebiyle toplantıya katılamayan pay sahiplerine işaret etmektedir. Toplantıya katılan pay sahipleri zaten genel kurul kararının kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırılığını tutanağa geçirebileceklerinden, çağrı ve gündemin ilanındaki usulsüzlüklere dayanmalarına yer yoktur, **İmregün,** s. 171 vd. *Domaniç,* genel kurula çağrının usulsüz olması veya gündemin gereği gibi ilan edilememesi halinde, pay sahibinin toplantıya katılamamasının şirketin bir kusurundan kaynaklanıyor olması sebebiyle, toplantıya katılan veya katılmayan, karara muhalefet eden veya etmeyen tüm pay sahiplerinin, yetkisiz kişilerin toplantıya katılmasına ek olarak genel kurul kararının kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırılığı sebebiyle genel kurul kararının iptalini dava edebileceklerini ifade etmiş-

şilerin genel kurul toplantısına katıldığını iddia eden pay sahipleri. Toplantıya katılan pay sahipleri için muhalefetini tutanağa geçirme[30], ortaklıktan kaynaklanan sebeplerle toplantıya katılamayan pay sahipleri içinse oyunu kullanmasına haksız olarak izin verilmemesi, gündemin ilanında ve çağrıda usulsüzlük bulunması dava koşuludur; bu kişilerin ayrıca dava sebebi olarak genel kurul kararının kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılığını ortaya koymaları gerekir[31]. Yetkisiz kişilerin genel kurula katılması ise başlı başına bir iptal sebebi olup kararın iptali için ayrıca kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı olması aranmaz[32]. Böylelikle etki kuralı kapsamında genel kurul kararının iptali için hem toplantıya katılma ve muhalefeti tutanağa geçirme hem de kararın içeriği itibariyle kanuna, ana sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı olması şartı bertaraf edilmiş olmaktadır.

B- Mehaz Düzenleme

İsvBK md. 706 maddesi, genel kurul kararının iptal sebeplerini örnek kabilinden saymakta ve iptal davasında davacıları belirlemektedir[33]. Buna göre, sahip oldukları oy miktarı dikkate alınmaksızın tüm pay sahipleri, kanuna veya esas sözleşmeye aykırı genel kurul kararlarının iptalini dava edebilir[34]. Görüldüğü gibi, bu hükümde, genel kurul kararının iptali için ileri sürülen hukuka aykırılık ve karar arasında bir ilişkiye dair açık bir düzenlemeye yer verilmemektedir[35]. Genel kurul kararının iptalini dava etmek için

---

tir, DOMANİÇ Hayri, **Anonim Şirketler**, Eğitim, İstanbul, 1978, s. 648.

30 GÖKTÜRK Kürşat, "Anonim Şirket Pay Sahipliği Haklarının Kullanılmasında Muhalefet Şartı", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 2, 2017, s. 57. HGK, T. 20.9.1985, E. 1985/11-59, K. 1985/725 sayılı kararı: "*TK'nın 381. maddesi gereğince genel kurul kararının iptali için alınan karara muhalif kalınması, toplantı tutanağına muhalif kalındığının yazdırılması ve altının imzalanması gerekir. Bu husus dava şartıdır.*", MOROĞLU Erdoğan/ KENDİGELEN Abuzer, **Notlu – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 3. bası, 12 Levha, İstanbul, 2010 s. 187.

31 ŞİMŞEK Edip, **Kooperatif Ortaklıklar**, Yonca, Ankara, 1981, s. 171. 11. HD, T. 7.3.1986, E. 1986/728, K. 1986/1270 sayılı kararı: "*Toplantıya çağrılmamış bir ortak sırf bu nedenle genel kurul kararının iptalini talep edemez. Ancak alınan kararın kanuna, ana sözleşmeye ve iyiniyet kurallarına aykırı olması halinde iptal davası açabilir*.", **İmregün,** s. 173, dn. 134.

32 **İmregün,** s. 176.

33 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/201401010000/220.pdf

34 **Meier-Hayoz/ Forstmoser,** s. 553.

35 **Kırca,** s. 107.

genel kurula katılmış olmak şart koşulmamıştır; bununla birlikte şayet pay sahibi genel kurula katıldıysa, olumlu oy verdiği genel kurul kararının iptalini dava etmesinin dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağı kabul edilir[36].

Hukuka aykırılığın yetkisiz kişilerin kararın oluşumuna katılmasından kaynaklandığı halde ise, pay sahibinin genel kurul kararlarının iptalini dava hakkı özellik arz eder. Kişisel pay sahipliği haklarına ilişkin İsvBK md.691/3 hükmü, oy hakkına ilişkin bir kısıtlamanın dolanılmasını yasaklar ve bu şekilde genel kurul toplantısına katılmaya yetkili olmayan kimselerin karara katılmış olması halinde, bu vaziyete önceden itiraz etmiş olmasalar dahi, pay sahiplerinin söz konusu kararın iptalini dava edebilmelerini düzenler[37]. Hüküm uyarınca, davalı şirketin, genel kurula yetkisiz kişilerin katılması şeklinde vücut bulan hukuka aykırılığın karar üzerinde hiçbir etkisi olmadığını ispat etmesi halinde, iptal davası reddolunur. Kanun koyucu bu düzeneme ile, aynı sonucun alınacağı belli olduğu halde tekrar niteliğinde ve gereksiz yere yeni bir genel kurul yapılmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır[38].

İsviçre doktrini ve İFM içtihadında, md. 691/3 hükmünde öngörülen karar üzerinde etkili olma şartı yetkisiz kişilerin genel kurula katılmış olması haliyle sınırlandırılmamış, diğer usule aykırlık hallerine de uygulanmıştır[39]. *Bauen/ Bernet/ Rouiller,* sıklıkla dayanılan iptal sebeplerinin usule ilişkin aykırılıklar olduğunu belirtip etki kuralının açıkça düzenlendiği md. 691/3 hükmüne ilişkin olarak genel kurula yetkisiz katılım halini, ardından genel kurula katılmaya yetkili kişilerin katılımına haksız olarak izin verilmemesini bu duruma örnek vererek davanın iptal ile sonuçlanmasının ancak söz konusu ihlalin karar üzerinde etki doğurması şartıyla[40] mümkün olacağını, böyle

---

36 **Meier-Hayoz/ Forstmoser,** s. 554, PETER Henry/ CAVADINI Francesca, **Commentaire Romand – Code des obligations II**, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008**,** s. 1028.

37 **Kırca,** s. 107.

38 **Meier-Hayoz/ Forstmoser,** s. 554.

39 BAUEN Marc/ BERNET Robert/ ROUILLER Nicolas, **La société anonyme suisse**, Schulthess, Genève-Zurich-Bâle, 2007**,** s. 168; HARI Olivier/ HANNI Lino, "Quelques procédures particulières du droit de la société anonyme/ I. Contestation de décisions de l'assemblée générale", **La personne morale et l'entreprise en procédure**, Neuchâtel, 2014, s.131; RICHA Alexandre/ RAEDLER David, "La contestation des décisions en droit de la société anonyme", **Développements récents en droit commercial III**, Lausanne, 2014, s. 20; **Kırca,** s. 123.

40 Yazar, "*bu aykırılık kararı etkilediği takdirde*" ifadesini kullanmıştır, **Bauen/ Bernet/ Rouiller,** s. 168.

bir illiyet bağı[41] bulunmadığı takdirde davanın söz konusu usulsüzlük sabit olsa dahi reddedileceğini ifade etmektedir[42]. Doktrinde bu hususta verilen bir diğer örnek, bağımsız temsilcinin temsil ettiği paylar hakkında ortaklığı bilgilendirmemesinin ancak karar üzerinde etkili olması halinde genel kurul kararının iptalinin mümkün olacağıdır[43].

İFM, 19.07.1996 tarihli kararında, İsvBK md. 691/3'e dayanılarak açılan davaların md. 706 uyarınca belirlenen iptal davasının özel bir hali olduğunu belirtmiş, başka bir pay sahibi tarafından açılmış bir iptal davası olsa dahi, pay sahibinin çoğunlukça alınan kararın teyidi niteliğinde olacak bir iptal davası açmakta korunacak bir menfaati olmadığını kabul etmiştir[44].

C- Yargıtay Uygulaması

eTK döneminde, toplantıya katılmış olmasına rağmen yetkisiz kişilerin toplantıya katılmasına ilişkin muhalefetini tutanağa geçirmemiş olan pay sahiplerine tanınan iptal davası hakkını dengeler nitelikteki etki kuralı, Yargıtay tarafından şirketten kaynaklanan sebeplerle toplantıya katılamayan pay sahiplerinin iptal davası açması haline de uygulanmıştır. Her ne kadar eTK md. 381'in illiyet bağını açıkça düzenlemiyor olması sebebiyle davacı pay sahibinin hukuka aykırılığı ortaya koyması yeterli görülse de, md. 361/3'ü kıyasen uygulayarak ortaklığa söz konusu aykırılığın kararı etkilemediğini ispatlamak marifetiyle iptalin önüne geçmek imkanı verilmesi öğretide de savunulmuştur[45].

Doğanay, Yargıtay'ın yerleşik içtihadında, genel kurul kararının iptalini dava eden pay sahibinin sahip olduğu hisselerin ortaklığın toplam hissesine göre genel kurulda alınan sonuca etkisi üstüne bir değerlendirme yapıp, sa-

---

41 Yazar, "*böyle bir illiyet bağı bulunmadığı takdirde*" ifadesini kullanmıştır, **Bauen/ Bernet/ Rouiller,** s. 168.

42 **Bauen/ Bernet/ Rouiller** s. 168.

43 **Peter/ Cavadini,** s. 1033; MONTAVON Pascal, **Abrégé de droit commercial**, 6. bası, Schulthess, Genève-Zurich-Bâle, 2017**,** s. 423.

44 ATF 122 III 279, Swisslex banque de données juridiques suisse.

45 BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku,** 3. bası, Beta, İstanbul, 2007**,** s.114 vd; **Moroğlu** (2004 basısı), s. 195; TEOMAN Ömer, "Oy Hakkından Yoksun Pay Sahiplerinin Karara Katılmış Bulunmaları Nedeniyle Açılan İptal Davasında, Anonim Ortaklık Bu Katılmanın Oylama Sonucunu Etkilemediği Savunmasını Yapamaz", **Tüm Makalelerim**, C. 2, 1. bası, Beta, İstanbul, 2001, s. 7.

hip olduğu paylar ile oylamanın sonucunu değiştiremeyecek pay sahibinin iptal davasını reddettiğini ifade etmiştir[46].

Özellikle genel kurula çağrıdaki usulsüzlere ilişkin kararlarda, Yargıtay kullanılamayan oy sayısına göre sayısal bir değerlendirme yaparak etki kuralını uygulamıştır:

"*Davacı ve diğer beş arkadaşı tarafından TTK. nun 381 inci maddesi hükmüne istinaden iptali istenen davalı A. Şirkete ait 28/3/1983 günlü genel kurul kararının 201 hisseye sahip ortaklar tarafından oybirliği ile alındığı ve davalı şirketteki tüm hissenin ise 400 hisse bulunduğu anlaşılmasına göre, genel kurula çağrılmadıklarını ileri süren davacıların genel kurul toplantısına katılmaları halinde dahi sahip oldukları hisse toplamı nedeniyle sonucu değiştiremeyecekleri nazara alınarak davanın reddi gerekirken bilirkişinin hukuki mahiyetteki görüşüne göre davanın kabulü bozmayı gerektirmiştir*."[47]

Usuli bir düzenlemeye aykırılığın, pay sahibinin genel kurula katılmak yönündeki iradesini etkilemesi halinde, bu aykırılığın karar üzerinde etkisinin açık olarak aranması ise, 11. HD'nin 19.7.2007 tarihli ve E. 2006/2171, K. 2007/10775 sayılı kararıyla olmuştur:

"*TTK'nun 381 inci (TTK md. 446/1(b)) maddesinde kanuna, anasözleşmeye veya afaki iyi niyete aykırı genel kurul kararlarının iptali için karar ile aykırılık arasında bir nedensellik bağının bulunması, yani kararın alınmasına sözkonusu aykırılığın neden olmuş olması açıkça şart koşulmamıştır. Kanun koyucu iptaledilebilir karar ile kanuna, anasözleşmeye veya afaki iyi niyete aykırılık arasında bir nedensellik bağının varlığını açıkça kabul etmektedir. Bu nedenle iptal davası açan davacı sadece kararın kanuna, anasözleşmeye veya afaki iyi niyet kurallarına aykırılığını kanıtlamakla yetinebilir; ayrıca bu aykırılığın iptali dava edilen kararın alınmasına neden olduğunu da kanıtlamak zorunda değildir. Buna karşılık, davalı şirketin mevcut kanuna, anasözleşmeye veya afaki iyi niyete aykırılığın kararın alınmasını etkilemediğini ispatlamak suretiyle kararın iptalini önleyebilme yetkisine sahip olduğunun da kabul edilmesi gerekir. (...) Davacı ortağın bilgi alma hakkının ihlali nedeniyle genel kurul toplantısında yanlış bir kararın*

---

46 DOĞANAY İsmail, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C. 1, 3. bası, Feryal, Ankara, 1990, s. 1006.

47 11. HD, T. 28.3.1985, E. 1985/1457, K. 1985/1784 sayılı kararı, **Doğanay,** s. 1006, dn. 714

alınmış olması, diğer bir anlatımla bilgi vermeme ile alınan kararlar arasında nedensellik bağının bulunması halinde ancak alınan kararın iptali söz konusu olabilir."[48]

3. 6102 sayılı Ticaret Kanunu

A- Genel olarak

TTK kapsamında etki kuralı, iptal davası açabilecek kişiler başlıklı md. 446 hükmünde düzenlenmiştir. İptal davası açabilecek pay sahipleri hükmün (a) bendinde karara olumsuz oy verip muhalefetini tutanağa geçirmiş pay sahipleri, (b) bendinde ise toplantıya katılıp katılmadıklarına ve olumsuz oy kullanıp kullanmadıklarına bakılmaksızın[49], çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve bu aykırılıkların genel kurul kararının alınmasına etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri olarak belirlenmiştir. Madde gerekçesi, hükmün eTK md. 381'in tekrarı olduğunu ifade etmekle birlikte, iki düzenleme arasında önemli farklar bulunmaktadır[50].

B- Toplantıya katılmayan pay sahiplerine ilişkin düzenlemeye gidilmesi

Daha önce açıklandığı gibi eTK'da genel kurul kararının iptalini dava edebilmek için karara muhalefetin tutanağa geçirilmesi şartı ortaya konulmakla birlikte genel kurula katılmayan pay sahipleri için ayrık bir düzenleme yapılmamasından mütevellit, toplantıya ortaklıktan kaynaklanan sebeplerle katılmayan pay sahiplerinin de iptal davası hakkını haiz oldukları kabul edilmekteydi[51]. Etki kuralının kanuni düzenlemesi ise md. 361/3 ile sınırlı olduğundan, toplantıya katılamayan pay sahipleri, kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırılık halinde, sahip oldukları oy gücünden bağımsız olarak genel kurul kararının iptalini dava edebilmekteydiler.

---

48 **Kırca,** s. 136 vd.

49 TTK'nın bu husustaki ifade şeklinin, eTK döneminde *Domaniç* tarafından benimsenin "*toplantıya katılsın veya katılmasın*, itiraz etmiş olsun veya olmasın" şeklindeki ifade ile benzerliğine dikkat çekmek isterim, DOMANİÇ Hayri, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması – TTK Şerhi**, C. 2, Temel, İstanbul, 1988, s.888.

50 Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçeleri, http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf

51 Bkz. II, 2, A başlığı altındaki açıklamalar.

TTK md. 446, toplantıda hazır bulunan veya bulunmayan, olumsuz oy kullanan veya kullanmayan pay sahiplerini özel bir bentte düzenleyerek, bu pay sahiplerinin açabilecekleri ve etki kuralı kapsamında olan iptal davasının dayanabileceği sebepleri usule ilişkin hukuka aykırılıklar ile sınırlamıştır. Örnek vermek gerekirse, eTK döneminde, toplantıya usulsüz çağrı gibi ortaklıktan kaynaklanan bir sebeple katılmayan pay sahibi, bahsi geçen genel kurulda haklı bir sebep olmaksızın rüçhan hakkının kaldırılması halinde, kanuna aykırılık sebebiyle, bu kararın iptalini dava edebilmekteydi. TTK md. 446/1(b) uyarınca ise, toplantıya katılamayan pay sahiplerinin iptal davası hakları çağrının ve gündemin ilanının usulünce yapılmadığı, toplantıya katılmaya haksız olarak izin verilmediği, yetkili olmayan kişilerin toplantıya katıldığı ve bu durumun kararın alınmasına etkili olduğu hallerle sınırlandırılmıştır. Böylelikle, eTK'da dava koşulu olarak düzenlenmiş olan usule ilişkin birtakım aykırılıklar toplantıya katılan ve katılamayan tüm pay sahipleri için md. 446/1(b) kapsamında dava sebepleri kabul edilmiş; etki şartı ise, dava koşulu[52] olarak tespit edilmiştir. Bu durumda yeni düzenlemenin lafzı uyarınca, toplantıya ortaklıktan kaynaklanan bir sebeple katılamayan pay sahibi, rüçhan hakkının haklı bir sebep olmaksızın kaldıran genel kurul kararının kanuna aykırı olması sebebine dayanarak genel kurul kararının iptalini dava edemeyecektir[53]. Bu durumda, usuli ihlalin boyutu kararı etkiler boyutta değilse, somut örnekte toplantıya usulüne uygun olarak çağrılmayan pay sahibinin kanuna aykırı kararı iptal ettirme imkanı olmayacaktır.

Düzenleme neticesinde doğan sorun, toplantıya ortaklıktan kaynaklanan sebeplerle usule ilişkin hukuka aykırılıklar sonucunda katılamayan pay sahiplerinin, kararın içeriğinin kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırılığı halinde, bu kararın iptalini dava edemeyecek olmalarıdır. Şayet söz konusu karar hem içeriği itibariyle hem de toplantıya çağrıya ilişkin bir usulsüzlük sebebiyle hukuka aykırı ise, ortada iki farklı iptal sebebi bulunduğundan, toplantıya katılamayan pay sahibi usule ilişkin aykırılığa dayanarak kararın iptalini isteyebilir[54]. Fakat bu noktada da etki kuralı denetimine tabi olacağı unutulmamalıdır. Kanunun lafzı nazara alınırsa, toplantıya ka-

---

52 *Moroğlu* bu hususu, "*nedensellik bağının kanunda iptal edilebilirlik nedeni olarak değil de, iptal davasının dinlenebilirliği nedeni olarak düzenlenmesi*" şeklinde ifade etmektedir, **Moroğlu,** s. 237.

53 **Kırca,** s. 193.

54 **Kırca,** s. 111, 194, dn. 444.

tılamadıkları vaziyette alınan kararın esasen kanuna, esas sözleşmeye, dürüstlük kuralına aykırı olması halinde dahi bu sebeplere dayanamayacak pay sahipleri, şayet sahip oldukları oy gücü de karar üzerinde etkili olmayacak boyuttaysa usule ilişkin aykırılığa da dayanamayacaklarından, ortaklık tarafından rahatlıkla genel kuruldan dışlanabilirler. *Kırca,* bu hususta, kanun koyucunun gerekli özeni göstermemiş olmasından kaynaklanan bir kanun boşluğu[55] olduğunu ve söz konusu boşluğun eTK md. 381 düzenlemesi ve o dönemdeki uygulamanın devam ettirilmesi yoluyla doldurulması gerektiği düşüncesindedir[56].

Öyleyse, bu kanun boşluğunun örtülü bir boşluk[57] olduğunun kabul edilmesi gerekir. Çünkü kanunda açık bir düzenleme bulunmakla birlikte, önem taşıyan bazı hususların kanunun yapılması esnasında nazara alınmaması neticesinde, somut olay koşullarına uygulama halinde adalete aykırı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Burada sorunun temelini, kanunun gerekli istisnalara yer vermemesi neticesinde eşit olmayanlara eşit olmayan şekilde muamele etme şeklinde vücut bulan negatif eşitlik ilkesine ve de kanunun amacına aykırı sonuçlar ortaya çıkması teşkil etmektedir. Bu sorun ise, örtülü boşluğun amaca uygun sınırlama yöntemi[58] ile doldurulması, yani kanunun amacı esas alınarak, kanun koyucunun öngörmediği istisnai koşula geniş kapsamlı düzenlenmiş hükmün uygulanmaması marifetiyle çözülür[59]. O halde, genel kurula şirketten kaynaklanan sebeplerle katılamamakla birlikte kararın içeriğinin kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle iptalini talep eden pay sahiplerinin durumu, örtülü boşluk teşkil

---

55 İhmalden doğan boşluklar hakkında, OĞUZMAN Kemal/ BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 22. bası, Vedat, İstanbul, 2016, s. 102.

56 **Kırca,** s. 193 vd. Bkz, II, 2, C başlığı altındaki açıklamalar.

57 Bu boşluk türünün "örtülü boşluk" olarak adlandırılmasının sebebi, kanunda aslında somut olaya uygulanacak bir hükmün bulunması, bununla birlikte somut olaya ilgili hükmün uygulanması halinde elde edilen sonucun hakkaniyetle bağdaşmamasıdır. Hükmün lafzıyla ruhunun bağdaştırılamaması, aynı değerde başka bir hükümle çatışması, lafzı ve ruhuyla tespit edilen anlamda uygulanmasının dürüstlük kuralıyla bağdaşmaması veya hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi hallerinde örtülü boşluğun varlığı kabul edilir, **Oğuzman/ Barlas,** s. 105 vd.; KIRCA Çiğdem, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, C. 50, 2001**,** s. 96.

58 Detaylı bilgi için, **Kırca, Örtülü Boşluk,** s. 98 vd.

59 *Zitellman,* örtülü boşlukların bu yöntemle doldurulamayacağı, kanunun düzenlemediği bir istisnanın kabul edilemeyeceği görüşündedir, Naklen: **Kırca, Örtülü Boşluk,** s. 100 vd.

etmektedir; kanun koyucu toplantıya katılamayan pay sahipleriyle ilgili genel bir düzenlemeye giderken, bu istisnayı göz ardı etmiştir. Bu durumda da genel düzenleme kanunun amacına uygun olarak sınırlandırılır. Kanunun amacı ise, Adalet Komisyonu Raporu'nda da belirtildiği gibi Yargıtay içtihadının kanuna yansıtılmasıdır[60]. Bu hususta Yargıtay içtihadı ve öğreti de, toplantıya şirketten kaynaklanan sebeplerle katılamayan pay sahiplerinin iptal davası açabilmesine bir kısıtlama getirilmemesi, usule ilişkin

aykırılıklar söz konusu olduğu takdirde ise etki kuralının uygulanması yönünde olmuştur[61].

C- Dava açabilecek kişiler ve iptal sebeplerinin ayrı hükümlerde düzenlenmesi

TTK'da iptal sebepleri başlıklı md. 445 ve iptal davası açabilecek kişiler md. 446'da olmak üzere farklı maddelerde düzenlenmiştir.

eTK md. 381'de, iptal sebeplerinin kararın kanuna, ana sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılık olarak tespit edilmesinin ardından toplantıya katılıp muhalefetini tutanağa geçiren pay sahipleri ile çağrıda ve gündemin ilanında usulsüzlük sebebiyle veya toplantıya katılmasına haksız olarak izin verilmemesi sebebiyle genel kurula katılamamış pay sahipleri davacılar olarak sayılmış, başka bir iptal sebebi olan yetkisiz kişilerin genel kurula katılması hususuna da burada yer verilmiştir. Buna karşın md. 446/1(b) hükmü usule ilişkin iptal sebepleri olarak genel kurulun ilanına ve çağrıya ilişkin usulsüzlük, yetkisiz kişilerin genel kurula katılması ve paysahibinin genel kurula katılmasına haksız olarak izin vermeme hallerini saymış, bu hallerde iptal davası açabilecekleri de "*toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın*" söz konusu usule aykırılıkları ileri süren pay sahipleri olarak belirlemiştir[62].

Kararın oluşumuna etki eden usuli kuralların ihlalinden doğan aykırılıkların genel kurul iptali için tek başına yeterli olup olmadığı konusu, doktrinde henüz görüş birliğine varılamamış bir noktadır. *Tekinalp,* TTK md.

---

60 TEKİNALP Ünal, "Emredici Hükümler Açısından Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu**, S. 2013/2, İstanbul, s. 15; **Yıldırım,** s. 420; **Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları,** s. 395.

61 Bkz. II, 2, A ve II, 2, C başlıkları altındaki açıklamalar.

62 **Kırca Değerlendirmeler,** s. 8.

446/1(b)'de sayılan hallerin birer iptal sebebi olduğunu[63], zaten bunların halihazırda emredici hükümlere birer aykırılık olduğunu[64] ifade etmiştir. *Kırca,* md. 446/1(b)'de düzenlenen hallerin herbirinin ayrı bir iptal sebebi olmalarından mütevellit, bu aykırılıklara dayanılarak açılacak iptal davalarında ayrıca TTK md. 445'te iptal sebepleri olarak belirtilen kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kurallarına aykırılığın ispatlanmasına gerek olmadığını ifade etmektedir[65]. *Moroğlu* da, md. 446/1(b)'de düzenlenen aykırılıkların etki koşulu sağlandığı takdirde iptale sebep olabileceklerini belirtmektedir[66]. Buna karşın *Çamoğlu,* TTK md. 446/1(b) hükmüne dayanarak iptali dava edilen kararların ayrıca TTK md. 445'teki iptal sebeplerinden birini içermesi gerektiği görüşündedir[67].

Yargıtay'ın bu konudaki içtihadı, hukuka aykırılık türleri bazında sonraki başlıklarda incelenecek olmakla birlikte[68] belirtmek gerekir ki TTK dönemindeki bir kararda, md. 446 hükmünün iptal davası açabilecek kişileri düzenlediği yönünde genel bir değerlendirmede bulunulmuş, iptali dava edilen kararın ayrıca kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına aykırılığı yönünde bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtilmiştir:

"*TTK 446. maddede belirtilen kimseler, kanun ve esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kurallarına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, genel kurulun yapıldığı tarihten itibaren üç ay içinde, ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeye başvurarak iptal davası açabilirler. Mahkemece 27.04.2013 tarihli genel kurul kararının kanun ve esas sözleşme hükümlerine aykırı olup olmadığı bakımından değerlendirme yapılmış olup, genel kurul kararının afaki iyiniyet kurallarına aykırılığı iddiası hakkında net bir saptama yapılmamıştır. Bu nedenle müdürlerden her hangi ikisinin müşterek imzası ile şirketin temsiline izin veren genel kurul kararının afaki iyiniyet kurallarına aykırı olup olmadığının taraf iddia ve savunmaları ve dosyadaki mevcut deliller kapsamında ele alınıp değerlendirilmesi suretiyle*

---

63 TEKİNALP Ünal, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, 2. bası, Vedat, İstanbul, 2011 s. 228.

64 **Tekinalp, İptal ve Butlan,** s. 15.

65 **Kırca,** s. 192.

66 **Moroğlu,** s. 237.

67 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 223.

68 Bkz. III, 2 başlığı altındaki açıklamalar.

sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı hüküm kurulmuş olması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir."[69]

D- İspat yükü

eTK md. 361'in genel kurul kararının iptalinin önüne geçebilmek için ortaklığa söz konusu hukuka aykırılığın karara etkili olmadığının ispatı imkanını tanımış olması karşısında TTK md. 446/1(b), usule aykırılığın kararı etkilediğinin ispatını davacı pay sahibine yüklemiştir. Dolayısıyla, çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini iddia eden pay sahipleri, ayrıca karar ile aykırılık arasındaki illiyet bağını ispat etmekle yükümlü tutulmuşlardır[70]. Böylelikle bu yöndeki Yargıtay uygulaması kanun hükmü haline gelmiştir[71]. Netice itibarıyla yeni düzenleme ile, md. 446/1(b) hükmünde sayılan sebeplerle açılan iptal davalarının dinlenebilmesi, bu aykırılıkların kararın alınmasında etkili olduğunun ispatlanmasına bağlanmıştır[72].

Moroğlu, söz konusu aykırılık ile kararın alınması arasındaki illiyet bağını ispat yükü aykırılığı ileri süren pay sahibinin üstünde olmakla birlikte; davalı şirketin de kararın alınmasında söz konusu aykırılıkların etkisinin bulunmadığını kanıtlamak suretiyle kararın iptalini engelleme imkanı olduğunun altını çizmektedir[73]. Bununla birlikte pay sahibinin etkinin doğduğu ya da ortaklığın etkinin doğmadığı yönündeki ispat faaliyetleri, iddia edilen hususu hiçbir şüpheye mahal vermeksizin ortaya koymalıdır[74]. Karşı görüşte

---

69 11. HD, T. 29.12.2014, E. 2014/9809, K. 2014/20454 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. dn. 145 ve 146'daki kararlar.

Belirtmek isterim ki, alıntılanan 11. HD, T. 29.12.2014, E. 2014/9809, K. 2014/20454 sayılı karara karşı karar düzeltme yoluna başvurulmuş olmakla birlikte, söz konusu karar düzeltme talebi reddedilmiştir: 11. HD, T. 3.3.2016, E. 2015/8368, K. 2016/2361 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

70 KENDİGELEN Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. bası, 12 Levha, İstanbul, 2012, s. 346 vd.

71 **Kendigelen,** s. 347.

72 **Moroğlu,** s. 237.

73 **Moroğlu,** s. 237. Kanun hükmünün etkiyi ispat yükünü açıkça pay sahibine yüklemediği, bununla birlikte söz konusu vakıadan kendisine fayda sağlayacak olması sebebiyle ispat yükünün pay sahibinde olduğu görüşünde, **Kırca,** s. 160

74 **Moroğlu,** s. 239.

Çamoğlu, hükümde geçen "ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri" ifadesinin, pay sahibinin söz konusu usulsüzlükleri olası olarak göstermesi kaydıyla, dava açıldığında kanıtlaması gerekmeksizin, dava hakkına sahip olacağı yönünde yorumlanması gerektiğini savunmaktadır[75].

E- Değerlendirme

TTK'nın etki kuralı kapsamında getirdiği değişiklikler incelendiğinde, ortaklıktan kaynaklanan sebeplerle toplantıya katılamayan pay sahiplerinin özel bir bentte düzenlenmesi ile iptal davası açabilecek kişiler ve iptal sebeplerinin farklı hükümlerde düzenlenmesi neticesinde iki temel soru gündeme gelmektedir. Bunlardan ilki, ortaklıktan kaynaklanan sebeplerle toplantıya katılamayan pay sahiplerinin açacakları iptal davalarında, iptal sebebinin genel kurula katılmaya engel teşkil eden usuli aykırılıklara özgülenip özgülenmediğidir. İkinci soru ise, söz konusu usule aykırılıkların kararın alınması üzerinde etkili olduğu takdirde iptal davasının kabulü için, kararın ayrıca kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılığının incelenmesinin gerekip gerekmediğidir.

Bu sorulara yanıt ararken, kanunun sistematiği yol gösterici nitelik arz etmektedir. Bu kapsamda, hükümlerin kanundaki yeri kadar, kanun maddelerinin kenar başlıkları da nazara alınmalıdır[76]. Pay sahiplerinin toplantıya ortaklıktan kaynaklanan sebeplerle katılamaması veya yetkisiz kişilerin toplantıya katılmış olması halinde sayılan durumların kararın alınmasında etkili olması halinde kararın iptal edilebileceği yönündeki düzenlemenin yer aldığı md. 446'nın kenar başlığı, "*iptal davası açabilecek kişiler*"dir. Kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı genel kurul kararlarının iptal edilebileceğini düzenleyen md. 445 hükmünün ise kenar başlığı "*iptal sebepleri*"dir. Bu noktada, md. 446/1(b) hükmünde yer verilen etki kuralının dava koşulu niteliği sabit olmakla birlikte, aynı hükümde düzenlenen ortaklıktan kaynaklanan sebeplerle toplantıya katılamamaya ilişkin halleri "ileri süren pay sahipleri" ifadesinin davacı sıfatına[77] ilişkin bir düzenleme olup

---

75 **Çamoğlu,** POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku**, 13. bası, Vedat, İstanbul, 2014-2017**,** C. 2, s. 490.

76 **Oğuzman/ Barlas,** s. 73.

77 Sıfatın dava konusu sübjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişki olduğu hakkında bkz. **Kuru,** s. 173 vd. Sıfatın, nihai karar verildiğinde davanın haklı veya haksız olduğunu hakkında bkz. **Pekcanıtez/ Taş Korkmaz, Pekcanıtez Usul**, C. 1, s. 612.

olmadığı değerlendirilebilir[78]. Bu vaziyette iptal sebepleri de md. 445'te sayılan haller olmaktadır. Öyleyse, hem ilk hem de ikinci soru, md. 446/1(b) hükmünde sayılan usule aykırılıklar söz konusu olduğunda, iptale konu kararın kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırılığının da ispatlanması gerekeceği şeklinde cevaplanabilir. Nitekim, TTK dönemindeki Yargıtay uygulaması[79] incelendiğinde de, ortaklıktan kaynaklanan sebeplerle genel kurul toplantısına katılamayan pay sahiplerinin aynı zamanda davaya konu kararın kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılığına dayanması gerektiği anlaşılmaktadır. Öyleyse, düzenlemenin pratikte yarattığı sonuç, kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı genel kurul kararlarının iptalinin, ortaklıktan kaynaklanan sebeplerle toplantıya katılamayan veya katılmakla birlikte muhalefetini tutanağa geçirmemiş pay sahipleri tarafından da dava edilebilecek olmasıdır.

III. UYGULAMA ALANI

1. Sınırlı sayı ilkesi tartışması

A- Tahdidi sayım yapılmış olduğu görüşü

Çamoğlu, TTK 446/1(b) hükmünün, ilk bakışta birtakım usulsüzlüklerin genel kurul kararının geçerliliğine etkisini düzenliyor intibası vermekle birlikte esasen pay sahibinin dava açma hakkını düzenlemesi ve maddenin başlığı ile sistematikteki yerinden dolayı bu hükmün "dava açma hakkı"nı düzenlediğine işaret etmektedir[80]. Bu niteliğiyle, hükümde sayılan sebepleri sınırlı sayıda kabul eder[81]. *Çamoğlu,* sınırlı sayı kuralının kapsamını, maddede sayılan haller ve bunlara ek olarak TTK md. 431 hükmünde düzenlenen temsilcilerin şirkete temsil bilgilerini vermemesi veya bu bildirimlerin başkan tarafından kurula açıklanmaması hali olarak belirler[82].

Tekinalp, etki kuralına tabi hallerin sınırlı sayı ilkesine göre belirlendiğini, md. 446/1(b) hükmünde sayılan hallerin tahdidi olarak sayılmış olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, etki kuralının çağrıya ilişkin usulsüzlük-

---

78 Ayrıca bkz. dn. 80.

79 Bkz. dn. 69, 145 ve 146'daki kararlar.

80 **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp) Ortaklıklar,** C. 2, s. 490.

81 **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp) Ortaklıklar,** C. 1, s. 536.

82 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 221.

ler çatısı altında toplandığını kabul eder[83] ve çağrı usulüne ilişkin özel bir esas sözleşme hükmünün varlığı halinde bunun ihlalini de etki kuralı kapsamında kabul eder; bununla birlikte dürüstlük kuralına aykırılık halleri bu kapsamın dışındadır[84].

B- Örnekseme yoluyla sayım yapılmış olduğu görüşü

Pulaşlı, TTK md. 446/1(b) hallerinin sınırlı sayıda olarak sayılmış kabul edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. TTK'nın mülga md. 431 hükmünde düzenlenen temsilciler ve tevdi eden temsilcilerinin ortaklığı bu hususta bilgilendirmemesi halinde genel kurul kararının toplantıya yetkisiz katılma hükümleri çerçevesinde iptal edilmesi hususunda etki kuralının uygulama alanı bulacağını İsviçre öğretisinin oy birliğiyle kabul etmesini bu kapsamda dayanak gösterir[85].

Kırca da TTK md. 446/1(b) hükmünde sayılan hallerin sınırlı sayıda olmadığını kabul etmekte ve aksi görüşü çeşitli gerekçelerle eleştirmektedir. Öncelikle, madde gerekçesinden söz konusu hallerin sınırlı sayıda olduğuna dair bir anlama varılamadığını belirten yazar, bu hallerin sınırlı sayıda kabul edilmesinin, teori ve uygulama açısından önem arz eden diğer halleri kapsam dışı bırakacağını ifade etmektedir. Aynı yönde olarak, Yargıtay içtihadında, pay sahiplerinin bilgi alma hakkının ihlaline ilişkin kararında illiyet bağı değerlendirmesi yapmıştır[86].

Moroğlu, md. 446/1(b) ile hüküm altına alınan etki kuralının, genel kurul kararlarının meydana gelişine ilişkin diğer aykırılıklar için de kıyasen[87] uygulanması görüşündedir[88].

---

83 **Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları,** s. 395.

84 **Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları,** s. 396. Daha öncelerde *Tekinalp*, etki kuralının maddede sayılan 4 halin görünümleri ile sınırlı olduğunu; sadece kanuna aykırılıklarla sınırlı uygulama alanı bulup esas sözleşmesel aykırılıklara uygulanamayacağı görüşünü savunmuştur, **Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığı, s**. 228. Etki kuralının kanuna aykırılıklar yanında ana sözleşmeye aykırılıklarda da uygulanacağı yönünde, **Moroğlu,** s. 237.

85 **Pulaşlı, Sakatlık ve Müeyyide,** s. 888.

86 **Kırca,** s. 151. 11. HD, T. 19.7.2007, E. 2006/2171, K. 2007/10775 sayılı kararı için bkz. dn. 48.

87 Böylelikle hakim, kanunun benzer bir durum için koyduğu hükümden örnekseme yoluyla faydalanacaktır, **Oğuzman/ Barlas,** s. 119; HATEMİ Hüseyin, **Medeni Hukuk'a Giriş**, 7. bası, Vedat, İstanbul, 2013, s. 88 vd.

88 **Moroğlu,** s. 237.

2. Kararın oluşumuna ilişkin hukuka aykırılıklara ilişkin olması

A- Genel olarak

Genel kurul kararının iptali için aranan illiyet bağı, kararın içeriği itibariyle hukuka aykırı olması noktasında değil, kararın meydana gelişine ilişkin usuli kurallara aykırılıklarda gündeme gelir[89]. Diğer bir deyişle, kararın içeriğine (özüne) ilişkin sakatlıklar, etki kuralının uygulama alanı kapsamında değildir[90]. Alman doktrininde *Zöllner,* kararın içeriğinin hukuka aykırı olması durumunda, hukuka aykırılık kararın bir niteliği haline geldiğinden mütevellit, ihlal ile onun sebebiyet verdiği sonuç şeklinde bir değerlendirmenin anlam ifade etmediğini belirtmektedir[91]. Buna karşın kararın meydana gelişindeki hukuka aykırılık bizi, kararın oluşumu hakkındaki usuli kurallar ihlal edilmeseydi, söz konusu yönde bir kararın alınmamış olacağı varsayımına götürür.

TTK md. 446/1(b) hükmünde sayılan hallere bakıldığında, aşağıda da kapsamlı olarak açıklanacağı üzere, gündemin usulüne göre ilan edilmemesi neticesinde toplantıya katılmama kararı alan veya çağrı usulüne uygun yapılmadığından dolayı toplantıya katılamayan ya da toplantıya katılımına haksız olarak izin verilmeyen pay sahibinin toplantıya katılmış olması ihtimalinde kararın yönünü değiştirebileceği kabul ediliyorsa, bu kişilerce iptali dava edilen genel kurul kararının iptali mümkündür. Aynı durum, yetkisiz halde genel kurula katılan kişinin oy kullanmamış olması halinde farklı yönde karar alınacağı varsayımı için de geçerlidir. *Çamoğlu*'nun değerlendirmesi, TTK md. 446/1(b) düzenlemesinin, özünde yetersayı sorunuyla yakından bağlantılı olduğu yönündedir. Çünkü, hükmün saydığı şekle ve genel kurula katılıma ilişkin usulsüzlüklerin neticesinde ya usulsüz çağrı ve oyun kullanılmasına haksız olarak engel olunması sebebiyle davacının oyu kararın oluşumuna yansımamakta ya da haksız olarak bazı oylar kararın oluşumuna katılmaktadır[92]. Bu usulsüzlükleri doğrudan bir yetersayı sorunu olarak değerlendirmesinden olsa gerek de, genel kurul kararının oluşumuna etki hakkında sadece rakamsal bir değerlendirme yapılacağını, örnek vermek gerekirse genel kurul toplantısına söz konusu sebeplerden dolayı katılamayan

---

89 **Kırca,** s. 108.

90 **Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları,** s. 395; **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp),** C. 1, s. 536.

91 Naklen: **Kırca, Değerlendirmeler**, s. 9, dn. 6.

92 **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar,** C. 1, s. 536.

bir pay sahibinin vereceği oyla olmasa bile yapacağı açıklamalar ve sunacağı belgelerle kararın yönünü değiştirebileceği ihtimalinin "*soyut ve varsayımsal bir sav*" olacağını ve dışlanması gerektiğini ifade etmektedir[93]. Karşı görüşte *Moroğlu* ve *Kırca* ise, sadece kullanılmamış oy sayısına göre bir tespitin hatalı olacağı, genel kurula katılamayan veya genel kuruldan haksız yere çıkarılan pay sahiplerinin diğer oylar üzerinde etkili olacak açıklamaları vasıtasıyla kararın yönünün değiştirilebileceği ihtimalinin göz ardı edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir[94]. *Tekinalp* de, hükümle amaçlananın çok düşük oranda pay sahiplerinin ve bu düzeydeki ihlallerin kararın iptaline sebep olmasının önlenmesinin olduğu, fakat buradan saf nisaba yönelik bir yorum yapılmasının adaletsiz sonuçlara yol açacağını ifade etmekte, etki kavramının "*etkinin çapı*" şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir[95].

Pay sahiplerinin oylarıyla karar üzerinde etkili olmalarından anlaşılması gerekenin ne olduğu, bunun rakamsal bir değerlendirmenin ötesine geçip geçmediği hakkında doktrinde bulunan görüş ayrılığı, pay sahiplerinin oy gücü kavramının nasıl anlaşılması gerektiği noktasında düğümleniyor gibi görünmektedir.

Toplantıya çeşitli usulsüzlükler sebebiyle katılamayan pay sahiplerinin ya da yetkisiz kişilerin verdikleri oyların kararın oluşumuna etkisinin verilen ya da verilemeyen oy ile sınırlı olarak değerlendirilmesi, iptal davasının ortaklık ve çoğunluk pay sahipleri aleyhine kullanılmasını önler niteliktedir. Bu kapsamda, toplantıya katılsaydı dahi vereceği oy ile kararın yönünü etkileyemeyecek olan pay sahibinin aslında çoğunluk tarafından alınmış bir kararı iptal ettirememesi yaklaşımı benimsenmiş olur. Fakat bu durumda, kanundaki düzenlemenin, sadece yüksek sayıda oyun kullanılamamış veya yetkisiz olarak kullanılmış olduğu ya da olumlu ve olumsuz oylar arasındaki farkın en ufak bir oyla değişebilecek derecede az olduğu halleri öngördüğünü kabul etmek gerekecektir[96].

Kanundaki düzenleme ifade edildiği gibi yetersayıya ilişkin bir konu olmaktan ziyade, genel kurula katılma hakkı ile ilgili bir konu olarak değerlendirildiği takdirde ise, farklı sonuçlara varılabilir. Çünkü genel kurula

---

93 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 222.

94 **Moroğlu,** s. 239; **Kırca,** s. 114.

95 **Tekinalp, İptal ve Butlan,** s. 15 vd.

96 Düzenlemenin amacının bu olduğu görüşünde, **Tekinalp, İptal ve Butlan,** s. 15 vd.

katılma hakkı doktrinde, muhtevası oy kullanma, genel kurulda alınan kararlara muhalefet etme, aynı zamanda genel kurulda konuşma, öneride bulunma ve soru sorup bilgi alma haklarını da barındıran bir üst kavram olarak değerlendirilmektedir[97]. Bu durumda pay sahibinin genel kurul kararının oluşumuna katılımını sadece verdiği oyla sınırlamak, kısıtlı bir değerlendirme olacaktır. Dolayısıyla usule aykırılığın genel kurul kararına etkisi değerlendirilirken, bu usule aykırılık sebebiyle oy kullanamayan pay sahibinin kullanamadığı oyun rakamsal gücü yanında, müzakerelere katılmamış ve öneride bulunamamış olması neticesinde diğer oyları etkileyememiş olmasının da değerlendirilmesi gerekir. İsviçre doktrininde de bu hususta, etki kuralının olabildiğince geniş yorumlanması gerektiği, örneğin tek bir pay sahibinin toplantıda hiç konuşmasa dahi, sadece varlığı ile, alınan kararların yönünü etkileyebileceği ifade edilmektedir[98]. Yargıtay'ın bu konudaki tutumu, hukuka aykırılık türleri bazında aşağıdaki başlıklarda incelenecektir.

Kararın oluşumuna ilişkin hukuka aykırılıklar, oylama sonucunun yanlış tespit edilmesine sebep olabilir veya doğrudan pay sahibinin oy verme iradesini etkiler nitelikte olabilir.

B- Oylama sonucunun yanlış tespit edilmesi

a- Genel olarak

Geçersiz oyların hesaba katılması veya geçerli oyların hesaba katılmaması gibi haller, nicelik açısından aksaklıklar olup oylama sonucunun yanlış tespitine sebep olurlar. Bu tarz niceliksel boyutta hukuka aykırılıklar söz konusu olduğunda, genel kurul kararının bu hukuka aykırılık sebebiyle iptal edilip edilemeyeceği hususunda, sayısal bir tespitte bulunulması yeterli olacaktır. TTK md. 446/1(b) hükmünde yer verilen hallerden genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullanmaları, oylama sonucunun yanlış tespit edilmesi hallerine örnektir[99]. TTK md. 446/1(b) hükmünde sayılan halleri sınırlı sayıda kabul etmeyen *Kırca*, oy sayımında hataya düşülmesini de bu kapsamda örnek olarak saymaktadır[100]. Pay sahibinin genel kurul toplantısına haksız olarak kabul

---

97 ÜÇIŞIK Güzin/ ÇELİK Aydın, **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, C. 1, 1. bası, Adalet, Ankara, 2013, s. 246; **Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları,** s. 363.

98 **Peter/ Cavadini,** s. 1033.

99 **Kırca,** s. 153.

100 **Kırca,** s. 153.

edilmemesi, bu noktada özellik arz eder. Bu durumda, pay sahibinin iradesinin toplantıya katılmak yönünde oluşmuş olmasına karşın toplantıya alınmamasından dolayı oylama sonucu yanlış tespit edilebilmekle birlikte, saf niceliksel bir hal de söz konusu değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi, pay sahibinin genel kurulda yapacağı açıklama ve önerileriyle, diğer oylar üzerinde yönlerini değiştirebilecek bir etki doğurması, halihazırda toplantıda bulunan pay sahiplerinin iradesinin oluşumuna etki etmesi mümkündür[101].

b- Genel kurula katılmaya yetkili olmayan kişilerin veya temsilcilerinin katılması ve oy kullanması

Genel kurula yetkisiz kişilerin katılması sonucunda alınan karar, ancak söz konusu yetkisiz kişilerin oyları kararın yönünün belirlenmesinde etkili olduysa iptal edilebilir[102].

Pay sahipleri, şayet paylar üzerinde intifa hakkı tanınmışsa intifa hakkı sahipleri ve bu durumda oy hakkına sahip olmamak kaydıyla intifa hakkı sahibinin yanında pay sahipleri genel kurula katılmaya yetkilidir; bu kişiler toplantıda temsilcileri tarafından da temsil edilebilirler[103]. Pay sahibi olmayan ve toplantıda hazır bulunmasına izin verilmeyen kişiler, hazır bulunanlar listesinde bulunmayan pay sahipleri ve bunların kanuni veya iradi temsilcilerinin ise genel kurula katılma ve oy verme yetkisi yoktur[104]. Yine, pay üzerinde rehin, hapis hakkı, saklama veya kullanım ödüncü hakkına sahip olunması kişiye genel kurula katılma ve oy kullanma hakkı vermez[105].

Bu kapsamda, hem söz konusu hükümde yer verilen "*genel kurul toplantısına katılmaya yetkili olmayan kişilerin karara iştirak etmeleri*" hali hem de eTK md. 374 uyarınca "*oydan mahrumiyet*" hali değerlendirilmiştir. 11. HD kökleşmiş içtihadı, genel kurul toplantısına katılmaya yetkili olmayan kimselerin karara katılmalarına ilişkin olan eTK md. 361/3 hükmünü, eTK

---

101 Bkz. III, 2, A başlığı altındaki açıklamalar. *Kırca,* pay sahibinin genel kurula haksız biçimde alınmaması veya genel kuruldan haksız biçimde çıkarılması halini, iradenin oluşumuna ilişkin bir aykırılık olarak değerlendirmektedir, s. 113 vd.

102 **Pulaşlı, Şerh,** s. 1089, **Üçışık/ Çelik,** s. 368; KARAHAN Sami, **Şirketler Hukuku,** 2. bası, Mimoza, Konya, 2013, s. 539 vd.

103 **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar,** C. 1, s. 486; **Moroğlu,** s. 275; **Karahan,** s. 539.

104 **Kırca,** s. 197.

105 **Moroğlu,** s. 275, **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 220. Bununla birlikte rehin hakkı sahibine sözleşme ile genel kurula katılım hakkı tanınması mümkündür, **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar,** C. 1, s. 486

md. 374 uyarınca oyda yoksun bulunan kimselerin karara katılmaları haline de uygulamak yönünde olmuştur[106].

Oydan yoksunluk hali, TTK md. 436 hükmünde düzenlenir. Buna göre pay sahibi, ortaklık ile kendisi, eşi, alt ve üst soyu ve bu kişilere ait şirketler arasındaki kişisel nitelikteki işlere ve davalara ilişkin kararlarda oy kullanamaz. Yine aynı hüküm uyarınca yönetim kurulu üyeleri ve yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler kendi ibralarında oy kullanamazlar[107]. Bununla birlikte oydan yoksunluk halinde pay sahibi, genel kurul toplantısına katılabilir, sadece oydan mahrum olduğu konuda alınacak karara katılamaz, diğer bir deyişle oy hakkı ilgili konu hakkındaki karara ilişkin olarak donar[108]; buna karşın müzakerelere katılma ve öneride bulunma hakkının olup

---

106 **Moroğlu,** s. 277.

"*Yönetim kurulu üyesinin kendi ibrasına ilişkin oylamaya katılmasını yasaklayan hüküm (TTK. m. 374) buyurucu niteliktedir. Yönetim kurulu üyeleri kendi ibralarında oy kullanmış iseler, ortaklar genel kurulda karşı oylarını (muhalefet şerhi) tutanağa yazdırmamış olsalar bile, ibraya ilişkin genel kurul kararının iptalini isteyebilirler. Bu nedenle davacıların ibraya ilişkin genel kurul kararının iptalini istemeleri halinde TTK' nın 381/1. maddesinde yer alan dava açma koşulları TTK' nın 361/3. maddesi uyarınca aranmaz, ancak anılan madde uyarınca davalı şirket bu iştirakin karara müessir olmadığını ispatlarsa, emredici 374. maddeye aykırılık sonuca etkili olmayacağından, bu halde iptal isteminin reddi gerekir*." (11. HD, T. 22.1.2001, E. 2000/9458, K. 2001/320 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

"*Ancak, TTK`nun 374/2. maddesi uyarınca, şirket işlerinin görülmesine herhangi bir suretle iştirak etmiş olanlar, idare meclisi azalarının ibrasına ait kararlarda rey hakkını haiz değildirler. Aynı yasanın 361/3. madde ve fıkrasında, genel kurul toplantısına iştirake yetkili olmayan kimselerin bir karara iştirak etmiş olmaları halinde, önceden itiraz etmemiş pay sahiplerinin dahi bu kararın iptalini isteme hakkının bulunduğu belirtildiğinden, davacının bütün ortakların dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin oylamaya katıldığı yönetim kurulunun ibrasına ilişkin kararın iptalini isteme hakkının mevcut olduğunun kabulü gerekmektedir. Anılan madde ve fıkranın son cümlesi uyarınca, bu iştirak karara etkili görülürse alınan ibra kararının iptali gerekecektir*." (11. HD, T. 11.3.1999, E. 1998/9971, K. 1999/2057, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

Bununla birlikte Yargıtay'ın, oydan mahrumiyet halinde genel kurul kararlarının iptalinin TTK md. 381 kapsamında istenebileceği yönünde kararları da mevcuttur: 11. HD, T. 24.1.1996, E. 1996/7428, K. 1986/175 sayılı kararı, ERİŞ Gönen, **Açıklamalı – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu**, Seçkin, Ankara, 1987, s. 1040.

107 **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), Ortaklıklar,** C. 2, s. 36; ERDEM Ercüment, "TTK'nın Anonim Şirketler Genel Kurulları İçin Getirdiği Yenilikler", **Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016**), 1. bası, 12 Levha, İstanbul, 2017**,** s. 438; **Karahan,** s. 661.

108 **Teoman,** s. 5.

olmadığı tartışılabilir[109]. Etki kavramı karara katılan oy sayısının ötesinde pay sahiplerinin verdiği oyun yönünü de etkileyecek bir kapsamda değerlendirildiğinde, bu ayrım önem arz edecektir. Çünkü oydan mahrum olunan bir konuda müzakereye katılan pay sahibi oy kullanmamış olsa bile yaptığı açıklamalar ile oydan mahrum olduğu konuda verilen kararı etkileyebilir. Oy hakkının donması[110] hallerinde ise, kararın konusuna bağlı bir kurum olan oydan yoksunluktan farklı olarak, oy hakkının yanında genel kurula katılma hakkı da donar, hatta donan oylar toplantı nisabının hesabında da nazara alınmaz[111].

Bu sebeplerle eTK döneminde *Teoman,* 11. HD'nin bu uygulamasının kanunun lafzıyla çeliştiğini, oydan yoksun pay sahiplerinin karara katılması halinde açılan iptal davasında, ortaklığın yetkisiz kişilerin karara katılmasının karar üzerinde etkili olmadığı savunmasını yapamayacağını ifade etmiştir[112]. Diğer yandan eTK döneminde *Ayoğlu,* md. 361/3'te bahsedildiği gibi bir iptal davasından söz edilebilmesi için halihazırda mevcut bir karar bulunması gerektiğini, pay sahibi dahi olmayan kişilerin iradesinin genel kurul kararın oluşumuna katılması halinde söz konusu karar yok hükmünde olacağından, bu ihtimalin hükmün uygulama alanı dışında kaldığını ifade etmiştir. Bu noktada, söz konusu hükmün uygulama alanının pay sahibi sıfatını taşımakla birlikte kanunda düzenlenen bazı koşulların oluşması sebebiyle oylamaya katılma hakkı bulunmayan kimselerin iradesinin kararın oluşumuna katılmış olması halinin olduğunu ileri sürmüştür[113]. *Moroğlu* ise

---

109 **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), Ortaklıklar,** C. 2, s. 10; **Teoman,** s. 6.

110 Oy hakkının donması haline verilebilecek başlıca örnekler şunlardır: TTK md. 198 uyarınca bir teşebbüsün bir sermaye ortaklığındaki paylarının hükümde belirtilen birtakım oranlara ulaştığında ve bunların altına düştüğünde bu duruma ilişkin bildirim, tescil, ilan yükümlülükleri yerine getirilene kadar ilgili paylardan doğan oy haklarının donması, TTK md. 389 uyarınca yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy haklarının donması; TTK md. 434 kapsamında oy hakkı sınırlandırıldığı takdirde sınırlama kapsamındaki oyların donması, TTK md. 482 ve 483 uyarınca sermaye taahüdünden doğan borcunu ödemede temerrüde düşen pay sahibinin ıskatı halinde ıskat konusu paylar başkasına satılıncaya kadar bunlardan doğan oy hakkının donması,TTK md. 494 uyarınca miras, eşler arasında mal rejimi hükümleri ve cebri icra neticesinde iktisap edilen paylara ilişkin genel kurula katılma ve oy haklarının anonim ortaklığın onayına kadar donması, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar,** C. 2, s. 41.

111 **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), Ortaklıklar,** C. 2, s. 36.

112 **Teoman,** s. 5 vd; Aynı yönde, **İmregün,** s. 177.

113 *Ayoğlu* eTK kapsamında bu halleri şu şekilde sıralamaktadır: hamiline yazılı pay sahibinin

amaca uygunluk bakımından 11. HD uygulamasının tercih edilmesi gerektiğini savunmaktadır[114].

Daha önce de belirtildiği üzere, eTK döneminde, yetkisiz kişilerin genel kurula katılması hali md.361/3 ve md.381 hükümlerinde ayrı ayrı düzenlenmişti[115]. Bu iki hüküm arasındaki çelişki karşısında, öğreti ve uygulama, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin oylamaya katılmış olması hali için md. 361/3 hükmünün uygulama alanı bulacağını benimsemiştir[116]. Böylelikle, yukarıda da açıklandığı gibi, yetkili olmayan kişilerin genel kurula katılmış olması başlı başına bir iptal sebebi olarak kabul edilmiş, ayrıca kararın içerik yönünden de kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kurallarına aykırı olması aranmamıştır[117].

Yargıtay genel kurula yetkisiz katılma halinde, bu durumun karara sayısal etkisi üzerinde durmuş ve şirkete söz konusu oylar olmadan da nisabın sağlanabileceğini ispat imkanı tanımıştır[118].TTK döneminde de Yargıtay,

---

bu vaziyeti belgeleyen evrakı toplantı tarihinden bir hafta önce şirkete tevdi etmemiş olması, oy kullanma hakkına ilişkin kısıtlamaların dolanılması amacıyla hisse senedinin başkasına verilmesi, kişinin kendisinin, eşinin ya da alt ve üst soyu ile şirket arasındaki konularda oy kullanamaması, aynı şekilde şirket yönetimine katılanların yönetim kurulunun ibrasında oy kullanamaması, ayni sermaye koyan pay sahibinin bu sermayeye değer biçilmesine ilişkin oylamaya katılamaması, **Ayoğlu,** s. 742.

114 **Moroğlu,** s.277, dn.498.

115 **Pulaşlı, Şerh,** s. 1089; **Kırca,** s. 197.

116 Bkz. II, 2, A başlığı altındaki açıklamalar.

117 11. HD, T. 22.1.2001, E. 2000/9458, K. 2001/320 sayılı kararı: *"Yönetim kurulu üyeleri kendi ibralarında oy kullanmış iseler, ortaklar genel kurulda karşı oylarını (muhalefet şerhi) tutanağa yazdırmamış olsalar bile, ibraya ilişkin genel kurul kararının iptalini isteyebilirler. Bu nedenle davacıların ibraya ilişkin genel kurul kararının iptalini istemeleri halinde TTK' nın 381/1. maddesinde yer alan dava açma koşulları TTK' nın 361/3. maddesi uyarınca aranmaz, ancak anılan madde uyarınca davalı şirket bu iştirakin karara müessir olmadığını ispatlarsa, emredici 374. maddeye aykırılık sonuca etkili olmayacağından, bu halde iptal isteminin reddi gerekir.*", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

118 **Kırca,** s. 130.

11. HD, T. 11.3.1999, E. 1998/10000, K. 1999/2055 sayılı kararı: "*(...) bir oyun dahi sonucu etkiler nitelikte bulunduğu anlaşılmaktadır.Hal böyle olunca, mahkemece kurullarda görev alanların kendi ibralarına katılmaları halinde, muhalefet şerhi aranmaksızın bu kararların iptalinin istenebileceği ve davaya konu olayda bu katılımın oylamanın sonucuna etkili olduğu gözetilerek dava konusu genel kurul toplantısında, gündemin beşinci bendinde alınan yönetim ve denetim kurullarının ibrasına dair kararın iptaline karar verilmesi gerekirken, muhalefet şerhi bulunmadığı gerekçesiyle bu istemin reddine karar verilmesi yerinde görül-*

toplantıya yetkisiz kişilerin katılması halinde bu katılımın karara etkisinin sayısal düzlemde değerlendirilmesi yönündeki içtihadını sürdürmüştür[119].

Çamoğlu, yetkisiz kişilerin genel kurul kararının oluşumuna katılmış olmalarını doğrudan yetersayı ile ilgili bir konu olarak kabul etmekte ve bu kişilerin yetersayı bakımından kararın yönünü değiştirmeleri halinde, toplantıya katılmış olsun olmasın, olumlu oy kullanmış olsun olmasın tüm pay sahiplerinin karar aleyhine dava açabileceklerini ifade etmektedir[120]. Yargıtay uygulaması da, genel kurul toplantısına yetkili olmayan kişilerin katılması ve bu kişilerin oy kullanmaları halinde, toplantıya katılan veya katılmayan her pay sahibinin kararların iptalini dava edebileceği yönündedir[121].

---

mediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

"*Kural olarak, TTK' nın 361 /son maddesi kapsamında, genel kurulda geçersizliği iddia edilen oyların sonuca etkili olmadığı durumlarda, genel kurul kararının iptali isteminin reddi gerekir. Mahkeme kararının gerekçesinde 79 oyun sonuca etkili olmadığı belirtilmiş ise de; genel kurulda 10. maddede davacı Hamdi yönetim kurulu asil üyeliği seçiminde 6. sırada 572 oy almış, 5. sırada son seçilen kişi 630 oy almıştır. Yine 11. maddede davacı Kemalettin denetim kurulu asil üyeliği seçiminde 3. sırada 569 oy almış, 2. sırada seçilen kişi ise 627 oy almıştır. Her iki oylamada da aradaki fark geçersiz olduğu iddia edilen 79 oydan daha azdır. Buna göre iddianın doğru olması halinde sonuç değişebilecektir. Ayrıca, numarası yazılmayan ek oy pusulalarının tamamen mi veya kısmen mi geçersiz olacağı hususu da açıklığa kavuşturulmamıştır*." (16. HD, T. 28.10.2008, E. 2008/3008, K. 2008/6777, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

11. HD, T. 5.4.1983, E. 1983/1483, K. 1983/1719 sayılı kararı: "*(...) Anasözleşmenin 45/2. maddesinde belirtilen yarıdan bir fazla toplantı nisabının, davada adı geçen kişilerin mevcut sayılmaması halinde dahi oluşmuş bulunduğunun anlaşılmasına, 94 ortaklı kooperatifin söz konusu genel kuruluna iştirak edenlerin sayısı 82 olup katılmamaları gerektiği iddia edilen şahısların dışında toplantıya 62 kişinin katılması suretiyle müzakerelerin yapıldığı anlaşılmış olmasına ve bu şekilde toplantıya katılmış olanların sonucu etkilemesinin mümkün olmıyacağına göre temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir*", **Eriş, TTK,** s. 1039

119 11.HD, T. 8.6.2017, E. 2016/4850, K. 2017/3533 sayılı kararı: "*TTK' nın 446/b maddesinde genel kurula katılma yetkisi olmayan kişilerin veya onların yetkililerinin toplantıya katılıp oy kullanmaları halinde bu durumun kararın alınmasında etkili olması halinde pay sahiplerinin alınan kararların iptalini dava edebileceklerinin düzenlendiği, TTK' nın 418. maddesi kapsamında davalı şirketin mevcut pay defterindeki pay oranları gözetildiğinde genel kurula katılan ve oy kullanma hakkı bulunmayan ... ve ...' ın şirketteki payları sadece %2 ile sınırlı olduğundan davacının bu yöne dair itirazlarının da yerinde görülmediği*(...)" ,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

120 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 220. *İmregün,* genel kurula katılanlardan birinin yetkisiz olduğunu sonradan öğrenen pay sahibinin, olumlu oy kullanmış olsa bile genel kurul kararının iptalini dava edebileceği ifade etmiştir, **İmregün,** s. 174.

121 **Pulaşlı, Şerh,** s. 1071.

c- Genel kurula katılıma ve oy kullanılmasına haksız olarak izin verilmemesi

Haksız biçimde hazır bulunanlar listesine kaydedilmediği için toplantıya katılamayan pay sahipleri, hazır bulunanlar listesine kaydedilmiş olmakla birlikte hukuka aykırı şekilde toplantıya alınmayan pay sahipleri, giriş kartının verilmesinden sonraki bir tarihte hamiline yazılı pay senedini devraldığını ispatlamasına rağmen genel kurula katılmasına izin verilmeyen sahipleri ve aynı şekilde pay sahiplerinin kanuni ya da iradi temsilcilerinin toplantıya katılmasına izin verilmemesi, pay sahibinin haksız olarak toplantıdan çıkarılması, elektronik genel kurul sisteminde yaşanan sorunlar nedeniyle elektronik ortamda genel kurula katılamama, genel kurula katılıma ve oy kullanılmasına haksız olarak izin verilmemesi halinin somut örneklerini oluşturur. Pay sahibinin genel kurula katılabilmekle birlikte oyunu kullanmasına haklı bir neden olmaksızın izin verilmeyen haller de bu kapsamda değerlendirilmelidir[122].

Pay sahiplerinin toplantıya katılımına haksız olarak izin verilmemesi hali, eTK'da iptal sebepleri arasında açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte Yargıtay bu durumu başlı başına bir iptal sebebi olarak kabul etmiştir[123]. Söz konusu hukuka aykırılığın genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunun ispatı aranmakla birlikte[124], genel kurula haksız olarak katılamayan pay sahibinin zaten oyları ile sonucu etkileyemeyeceği yönünde bir açıklamanın yerinde olmadığı; genel kurulda yapacağı konuşmalar ve ibraz edeceği belgelerle kararın yönünü değiştirme ihtimalinin göz ardı edilmemesi gerektiği belirtilmiştir[125].

---

122 **Kırca**, s. 198 vd.

123 **Pulaşlı, Şerh,** s. 1073. 11. HD, T. 24.1.1986, E. 1986/5786, K. 1986/144 sayılı kararı, ERİŞ Gönen, **Açıklamalı – İçtihatlı Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku**, Seçkin, Ankara, 1995, s. 464.

124 **Üçışık/ Çelik,** s. 368.

125 11. HD, T. 24.1.1986, E. 1985/5786, K. 1986/144 sayılı kararı: "*Hamiline yazılı hisse senedi ile iktisap edilen hak, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan ve kanundan doğan tabii bir haktır. bu bakımdan davacı iştirak etse dahi sonuç değişmeyecekti" iddiası genel kurula haksız olarak kabul edilmeme olayını haklı gösteremeyeceği gibi, yasanın taşıdığı mutlak hükümlere de aykırı düşer. Toplantıya alınmayan ortağın genel kurulda yapacağı konuşma veya ibraz edeceği belgelerle toplantıda alınacak kararların sonucuna etkili olacağı kimsenin bilgisi dışında değildir. Aksi davranış TTK.'nun 381 inci maddesinde yazılı olduğu gibi, kanun anasözleşme ve özellikle afaki iyiniyet kurallarına aykırı bir tutum ve davranış teşkil eder*.", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

Pulaşlı, genel kurula katılma hakkı pay sahibinin vazgeçilmez haklarından olduğundan, pay sahibinin genel kurula haksız yere alınmamasının başlı başına bir iptal sebebi olarak kabul edilmesinin yerinde olduğunu ifade etmektedir[126]. Bu durumda, TTK md. 446/1(b) hükmündeki "*genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri*" ifadesi, Yargıtay uygulamasıyla çelişir bir izlenim yaratmaktadır. Çünkü, hükmün lafzından çıkarılabilecek bir anlam da, genel kurul toplantısına katılmasına haksız olarak izin verilmeyen pay sahibinin söz konusu genel kurul kararının iptalini dava ettiğinde kanuna aykırılığın yanında bir de bu vaziyetin kararın alınmasına etkili olduğunu ispat etmesi gerekeceğidir. Buna karşın Yargıtay, bir pay sahibinin pay miktarı ne olursa olsun salt toplantıya haksız olarak alınmamasının başlı başına kanuna ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ettiğinden, ayrıca bu aykırılığın genel kurul kararına etkili olup olmadığının aranmayacağını ve iptalinin gerektiğini ifade etmektedir. Aksi yönde bir uygulama, büyük pay sahiplerinin genel kurul kararlarının alınmasına etkili olmayan küçük pay sahiplerinin toplantıya katılmasına engel olmalarına fırsat vererek bu küçük pay sahiplerinin genel kurula katılma, konuşma, öneride bulunma, oy kullanma gibi vazgeçilmez haklarının ihlaline ortam yaratır. Tüm bu sebeplerden mütevellit *Pulaşlı,* etki kuralının, md.446/1(b) hükmündeki hallere uygulanması esnasında toplantıya haksız olarak alınmama ve oy kullandırılmama hallerinin istisna tutulması gerektiğini savunmaktadır[127].

C- Pay sahibinin iradesinin oluşumunu etkileyen hukuka aykırılıklar

a- Genel olarak

Pay sahibinin haklarını kullanması ve özellikle oy vermesi hususunda iradesinin oluşumuyla doğrudan ilgili olan haklarını örneklemek gerekirse, toplantıya çağrılma, gündemin belirlenmesi ve ilan edilmesi, genel kurula bizzat veya temsilcisi vasıtasıyla katılma, müzakerelere katılma, yetkisiz katılımlara karşı itirazda bulunma, oy hakkı sayılabilir[128].

Haklarını kullanmaları aşamasında pay sahiplerinin iradelerinin olu-

---

126 **Pulaşlı, Şerh,** s. 1073.

127 **Pulaşlı, Şerh,** s. 1073.

128 **Kırca,** s. 113

şumunu ve oy verme davranışlarını etkileyen hukuka aykırılıklarda illiyet bağının tespiti, nicelik açısından hukuka aykırılıklara nazaran özellik teşkil etmektedir. Çağrının usulüne uygun olarak yapılmamasından mütevellit pay sahibinin genel kurula katılamaması, pay sahibinin ilan edilen gündem sebebiyle katılmadığı genel kurul toplantısında gündemde olmayan bir konunun tartışılması bu kapsamda olan haller olup, TTK md. 446/1(b) hükmünde de düzenlenmiş bulunmaktadır. Pay sahibinin bilgi alma hakkının ihlali sebebiyle genel kurul kararının oluşumunda meydana gelen hukuka aykırılık da bu kapsamda değerlendirilmektedir[129].

Kırca, bu türden ihlallerde, hukuka aykırılığın karara fiili etkisinin tespitinin çok zor olduğunu ifade etmektedir. Karara katılamayan pay sahibinin oy sayısına dayalı olarak yapılan bir değerlendirme, kısıtlı kalacaktır. Örnek vermek gerekirse, pay sahibi kararın yönünü, sahip olduğu oya ek olarak, yapacağı konuşma ve bulunacağı önerilerle de etkileyebilir[130].

b- Çağrının usulüne göre yapılmaması

Genel kurula usule uygun çağrı TTK md. 414 uyarınca, ilanın kanunda veya ana sözleşmede belirtilen gazetede, şayet şirket internet sitesi açma zorunluluğuna tabi ise internet sitesinde ya da süresinde yapılması marifetiyle yerine getirilir. Pay defterinde kayıtlı pay sahiplerine ve şirkete önceden bir pay senedi tevdi ederek ya da pay sahipliği sıfatlarını ispatlayan bir belge vererek ikametlerini bildiren pay sahiplerine toplantı günü ile gündem ve ilanın çıkacağı gazeteler iadeli taahhütlü mektupla bildirilir[131]. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik md. 10/1 uyarınca, toplantıya elektronik ortamda katılma sistemi uygulayan şirketlerde çağrının elektronik genel kurul sisteminde de yapılması gerekir. Kanun koyucu söz konusu haller mevcut olmadığı takdirde, pay sahibinin genel kuruldan habersiz olduğunu varsaymıştır[132].

Çağrının usulünce yapılmaması noktasında, çağrı usulüne aykırılığın ne boyutta olduğunun değerlendirilmesi gerekir. Şayet söz konusu usule aykı-

---

129 **Kırca,** s. 113 vd. 11. HD, T. 19.7.2007, E. 2006/2171, K. 2007/10775 sayılı kararı için dn.48.

130 **Kırca,** s. 114.

131 **Çamoğlu (Poroy/ Telinalp), Ortaklıklar,** s. 480; **Üçışık/ Çelik,** s. 254

132 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 220.

rılık bir çağrının varlığından söz edilemeyecek boyutta ise, genel kurul kararının yokluğundan bahsetmek gerekir[133]. Bir çağrının mevcut olduğunun kabul edilebilmesi için varlığı aranan koşullar, çağrının bütün pay sahiplerine yapılmış olması, çağrının kanun veya esas sözleşmeye göre görevli veya yetkili organlar veya kişiler tarafından yapılmış olması, çağrının şekil ve özü bakımından olağan bir dikkat ve özeni gösteren her paysahibinin belirli bir yer ve zamanda genel kurulun toplanacağını anlayacağı nitelikte olmasıdır[134]. 446/1(b) hükmünün kapsamı, çağrının varlığından söz edilemeyecek derecede ağır aykırılıklara değil, iptal edilebilirliğe yol açabilecek boyutta aykırılıklara özgülenmiştir[135].

Çağrı usulüne uygun olarak yapılmadığı halde, pay sahibi toplantıyı kendisine yapılan tebligatla veya bir başka şekilde öğrenmiş ve genel kurula katılmış ise, karara olumlu oy verdiği takdirde, dürüstlük kuralı gereğince genel kurul kararının iptalini dava edememesi gerekir. Bu noktada, TTK md. 446/1(b) hükmündeki toplantıya katılsın veya katılmasın, olumlu oy kullansın veya kullanmasın şeklindeki ifadeye göre hareket edip genel kurul kararının iptalini dava edebileceğini öne sürmek mümkün olmaz[136]. Bu aşamadan sonra paysahibi ancak TTK md.446/1(a) uyarınca karara olumsuz oy vererek ve muhalefetini tutanağa geçirterek, kararın kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya dürüstlük kuralına aykırı olduğu sebebiyle iptalini talep edebilir[137].

Çamoğlu, etki kuralının bir görünümü olarak, toplantıya katılan ve karara olumsuz oy veren pay sahibinin, çağrı usulünce yapılsaydı toplantıya katılmayan başka pay sahiplerinin de katılarak nisabı etkileyeceklerini ileri sürdüğü takdirde bu kapsamda iptal davası açabileceğini belirtmektedir[138].

Yargıtay, özellikle usulsüz çağrı halinde, yerleşik içtihadını, kararın oluşumunda usuli bir kurala aykırılığın genel kurul kararının iptali için pay sahibine dava açma hakkı vermeye yeterli olmakla birlikte, genel kurul kararının iptali için tek başına yeterli olmadığı; pay sahibinin ayrıca kararın

---

133 **Moroğlu,** s. 273; **Kırca,** s. 196.

134 **Moroğlu,** s. 74.

135 **Moroğlu,** s. 273.

136 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 200.

137 **Kırca,** s. 194.

138 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 220.

kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ispat etmek zorunda olduğu yönünde oluşturmuştur[139]. Bu yöndeki kararlarda, kanuna ve esas sözleşmeye aykırılığın kararın içeriği dışında, kararın oluşumuna ilişkin hususlarda da meydana gelebileceği göz ardı edilmektedir[140].

Yargıtay'ın, çağrıda usulsüzlük halinde bu usulsüzlük ile karar arasında illiyet bağı değerlendirmesini çağrıştıran kararları[141] mevcut olmakla birlikte, 23. HD, eTK'ya dayanarak hüküm kurduğu bir kararında, çağrıda usulsüzlüğün karar üzerinde etkili olması üzerinde bir değerlendirmede bulunmuş ve karar nisabı üzerinde etkili olmasının yaptırımını yokluk olarak ifade etmiştir[142].

Yargıtay'ca benimsenen, ortağın genel kurula çağrılmamış olmasının tek başına iptal sebebi olarak kabul edilmemesi, ayrıca alınan kararın kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırı olmasının ispatının aranma-

---

139 **Kırca,** s. 133.

11. HD, T. 02.05.2002, E. 1357/K.4292 sayılı kararı: "*Dairemizin istikrar kazanmış inançlarına göre, genel kurul toplantısına çağrılardaki usul, toplantı ve alınan kararların iptali için başlı başına bir neden değil ancak iptal edilebilirlik nedenidir. Çağrıların usulsüzlüğünü iddia eden tarafın ayrıca genel kurul toplantısında alınan kararların; yasa, anasözleşme ve iyiniyet kurallarına aykırı olduğunu da iddia ve ispat etmesi zorunludur.*", **Pulaşlı, Şerh,** s. 1087.

11. HD, T. 7.3.1986 E.1986/728, K.1986/ 1270 sayılı kararı: "*Bir ortağın,genel kurul toplantısına sırf usulüne uygun çağrılmamış olması, o genel kurulda alınan kararların iptali için tek başına bir neden oluşturmaz. Genel kurula usulüne uygun olarak çağrılmayan ortak, karşı oy yazısı yazmaksızın dava açabilir. Ortak bu davada ayrıca, yasa, anasözleşme veya iyi niyet kurallarına aykırı olduğunu iddia ve ispat etmek koşuluyla genel kurul kararını iptal ettirme olanağına sahip (...)*", **Pulaşlı, Şerh,** s. 1072.

140 **Kırca,** s. 134.

141 **Kırca,** s. 135. 11. HD, T. 24.5.1988, E. 1988/ 3478, K.1988/ 3358 sayılı kararı: "*Nama yazılı pay sahibine taahhütlü mektupla davet gönderilmemiş ve bu pay sahibi de fiilen genel kurula gelmemişse, iptal davası açma hakkının var olduğunun kabulü gerekir. Buna rağmen, davacı pay sahibinin toplantı gününden olayların akışına göre haberdar sayılması gerektiğinden söz edilerek dava hakkı bulunmadığı sonucuna varılması doğru değildir.*", **Pulaşlı, Şerh,** s. 1087.

142 23. HD, T. 9.5.2014, E. 2013/8652, K. 2014/3607 sayılı kararı: "*Çağrının usulsüzlüğünü iddia eden taraf, genel kurul toplantısında alınan kararların yasaya, anasözleşmeye veya iyiniyet kurallarına aykırılık iddialarından birine ya da hepsine dayanması ve iddiasını ispat etmesi zorunludur. Çağrıdaki usulsüzlük, alınan kararların salt bu sebeple iptali ya da yokluğu sonucunu doğurmamaktadır. Diğer yandan, genel kurul toplantısına çağrılması gereken ortakların çağrılmaması ve gelmemeleri halinde, toplantı ve karar nisabını etkiliyorsa bu durum, kararın yok sayılmasını gerektirir.*", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

sı şeklindeki uygulama, büyük pay sahiplerine küçük pay sahiplerini toplantıya çağırmama olanağı vereceği sebebiyle, *Pulaşlı* tarafından eleştirilmiştir. Bu uygulamayı, pay sahibinin toplantıya davet etmeyerek TTK md. 368 uyarınca görevini yapmayan ve bunu kötüye kullanan şirketin ödüllendirilmesi ve davet edilmeyen pay sahibine, söz konusu genel kurul kararının ayrıca içeriği itibarıyla yasaya, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırılığını ispat etmek gibi gereksiz bir külfet yüklenmesi olarak yorumlamaktadır[143].

Pulaşlı, TTK'nın yeni düzenlemesi uyarınca, usulsüz çağrı veya gündemin gereğince ilan edilmediği sebepleriyle açılan iptal davalarında, alınan genel kurul kararının ayrıca yasaya, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırılığının değil; bu aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunun kanıtlanması gerektiğini ifade etmektedir[144]. Buna karşın Yargıtay bu dönemdeki içtihadında da, genel kurul kararının iptali için çağrıdaki usulsüzlük halinde ayrıca kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılık halinin mevcudiyetini aramıştır:

"*TTK 453. maddesinde ana sözleşme değişikliğinin eski ve yeni metinlerinin Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilmemesi ve davacıya iadeli taahhütlü mektupla bildirilmemesi çağrıya dair bir eksiklik olup, tek başına alınan kararın iptali sonucunu doğurmaz. Davacıya iptal davası açma hakkı verir. Bu itibarla, TTK 446/1(b) ve 445. madde koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği irdelenerek ve anılan kararın müktesep bir hakkı ihlal edici mahiyette olup olmadığı da değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken yanılgılı değerlendirmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir*".[145]

"*Mahkemece, davacıya usulüne uygun genel kurul toplantısı çağrısı yapılmadığı ancak, çağrının usulsüzlüğünün genel kurulun iptalini ya da genel kurulda alınan kararların yok hükmünde olduğunu göstermeyeceği, çağrının usulsüzlüğünü iddia eden tarafın, genel kurul toplantısında alınan kararların Yasa'ya, ana sözleşmeye veya iyiniyet kurallarına aykırılık iddialarından birine ya da hepsine dayanması ve iddiasını ispat etmesinin zorunlu olduğu ve çağrıdaki usulsüzlüğün, alınan kararların salt bu sebeple iptali ya da yokluğu sonucunu doğurmayacağı, genel kurulda hisse devrinin onaylandığı ve*

---

143 **Pulaşlı, Şerh,** s. 1073.

144 **Pulaşlı, Şerh,** s. 1072.

145 11. HD, T. 19.12.2017, E. 2016/3299, K. 2017/7390, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

hisse devri için gerekli karar yeter sayısı tam olup, davacının bu toplantıya katılmamış olmasının sonuca etkili olmadığı, (...)"[146]

c- Gündemin gereği gibi ilan edilmemesi

Belirlenen gündemde yer alan maddenin ilanda yer almadığı hallerde veya gündem hiç ilan edilmediğinde, toplantıya katılmamış olan pay sahibinin, etki kuralı çerçevesinde dava hakkı doğar[147].

Gündemin gereği gibi ilan edilmemesinden; gündemin TTSG'de ve gerektiği takdirde şirketin internet sitesinde veya anasözleşmede belirlenen diğer bir gazetede zamanında veya hiç ilan edilememesi; karara temel teşkil eden gündem maddesinin ilanda yer almaması; ilan edilen gündem maddesinden oylanacak olan konunun açıkça anlaşılamıyor olması; TTSG'de, internet sitesinde veya anasözleşmede belirlenen diğer bir gazetede yapılan ilanda, iptali istenen karara temel teşkil eden gündem maddesinin farklı şekilde yayımlanmış olması; ilanda çağrının ve gündemin birlikte yer almaması halleri anlaşılır[148]. Gündemin pay sahibine gönderilen iadeli taahhütlü mektupta yer almakla birlikte ilan edilmemiş olması ve ilgili maddenin pay sahibinin katılmadığı toplantıda görüşüp karara bağlanması da doktrinde bu kapsamda örnek verilmektedir[149]. Gündemin ayrı gazetelerde ya da ayrı zamanlarda, hatta aynı gazetede ve aynı tarihte olsa dahi ayrı yerlerde ilan edilmeleri halinde kural olarak gündemin gereği gibi ilan edilmediğinin kabul edildiği hallerdendir[150]. Bu düzenlemenin temelinde yatan, şayet gündem

---

146 11. HD, T. 27.04.2016, E. 2015/9911, K. 2016/4747, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

147 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 219

148 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 218; **Moroğlu,** s. 273; **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar,** C. 1, s. 537. Gündemin ilanı açısından bir takım genel kurullar özellik arz etmekte ve ek şartlar gerektirmektedir. TTK md. 453 uyarınca, özellikle esas sermaye arttırımı dahil olmak üzere bir anasözleşme değişikliğinin söz konusu olacağı genel kurullarda, mevcut metin ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca izin verilmiş olan değişik metinin gündemin bir unsuru olarak çağrı ilanlarında yer alması şartıyla gündem gereğince ilan edilmiş sayılabilir, **Moroğlu,** s. 274. Bir diğer ek şart ise, TTK md. 356 uyarınca geçerlilikleri genel kurulun onayına bağlı sözleşmelerin onayının oylanacağı genel kurullara ilişkin çağrıdır. Bu çağrıda yer alan gündem maddesinde söz konusu sözleşmenin diğer tarafı, konusu, fiyat gibi önemli hususların belirtilmesi gerekir, **Moroğlu,** s. 274.

149 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 219

150 TTK md. 411 ve 412 hükümleri uyarınca azınlığın yönetim kurulu veya mahkeme aracılığıyla gündeme madde ilave ettirmesi hali ise bu durumun istisnasını teşkil etmektedir, **Moroğlu,** s. 274.

usulüne göre ilan edilseydi, pay sahibinin toplantıya katılarak oy gücü ile kararın yönünü etkilemiş olabileceği düşüncesidir[151].

Kırca, gündemde olmayan bir konunun karara bağlanması kaleminin kapsamını, gündemin pay sahiplerine usulüne uygun olarak duyurulmaması, gündemde hiç yer almayan bir konunun karara bağlanması ve ortalama bir pay sahibinin o gündem maddesiyle ilişkilendiremediği bir konunun karara bağlanması olarak belirlemektedir[152]. Buna karşın *Çamoğlu'*na göre, gündeme bağlılık ilkesinin düzenlendiği TTK md. 413/2 hükmü uyarınca, yasal istisnalar haricinde, gündemde bulunmayan konuları genel kurulda görüşülemez. Bununla birlikte gündemde bulunmayan bir konunun görüşülüp karara bağlanması veya bakanlık temsilcisinin katılmadığı bir toplantıda çoğunluğun kararı ile gündemde bulunmayan bir konunun görüşülüp karara bağlanması karşılaşılabilen durumlardır. Bu durumlarda söz konusu genel kurul kararı gündeme bağlılık ilkesinin ihlali niteliğinde olacağından, kararın batıl olduğu kabul edilmelidir. Bunun temelinde yatan sebepler; hem ortakların toplantıya katılıp katılmamaya ilan olunan gündeme göre karar vermelerinden mütevellit gündeme bağlılık ilkesinin ortakların temel haklarına ilişkin olması hem de TTK md. 413/2 hükmünün emredici bir düzenleme olmasıdır[153]. 11. HD yerleşik içtihadında, gündemde olmayan bir konunun karara bağlanmasını iptal edilebilirlik hali olarak kabul etmiştir[154].

TTK md.446/1(b) hükmünün lafzından, toplantıya katılmış olsun veya

---

151 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 218.

152 **Kırca,** s. 197.

153 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 219; **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar,** C. 1, s. 538.

154 11. HD, T. 20.10.2016, E. 2015/13826, K. 2016/8312 sayılı kararı: "*Ortaklar kurulunda görüşülecek hususları ifade eden gündem, çağrıyı gerçekleştirecek organ veya kişiler tarafından belirlenir. Gündemde bulunmayan konuda karar alınması mümkün değildir. Yani, gündeme bağlılık ilkesi limited şirketler için de geçerlidir ve gündeme bağlılık ilkesine aykırılığın yaptırımı da kararın iptal edilmesidir.*", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

11. HD, T. 22.1.2015, E. 2014/14522, K. 2015/893 sayılı kararı: "*Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, toplantılara çağrıların ticaret sicil ve mahalli gazetede ilan edilmediği, bu sebeple usule uygun olmadığı, toplantıda gündemde yer almayan konuların görüşülemeyeceği, şirketin taşınmaz ve mallarının satılması ve kiralanmasının objektif iyiniyet kaidesine aykırı olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne, 25.06.2012 ve 05.07.2012 tarihli ortaklar kurulu toplantısında alınan kararların iptaline karar verilmiştir*.", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde, 11. HD, T. 28.12.1993, E. 1993/4010, K. 1993/8753, **Eriş, AŞ,** s. 483; 11. HD, T. 8.2.1993, E. 1993/6790, K. 1993/732, **Eriş, AŞ,** s. 477.

olmasın, olumsuz oy kullanmış olsun veya olmasın, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini ileri süren her pay sahibinin bu kararın iptalini dava edebileceği anlamına varılmaktadır[155].Gündemin usulüne uygun olarak ilan edilmemesine rağmen toplantıya katılan pay sahibinin, ilgili maddenin görüşülmesi sırasında muhalefet etmemiş olması halinde, dürüstlük kuralı uyarınca söz konusu genel kurul kararının iptalini talep edememesi gerektiği savunulmaktadır[156]. Bu aşamadan sonra paysahibi ancak TTK md.446/1(a) uyarınca karara olumsuz oy vererek ve muhalefetini tutanağa geçirterek, kararın kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya dürüstlük kuralına aykırı olduğu sebebiyle iptalini talep edebilir[157].

Pulaşlı, pay sahiplerinin genel kurula katılıp katılmamaya gündemde yer alan konulara göre karar verdiklerinden gündemin ilanının büyük önem arz ettiğini, gündem gereği gibi ilan edilmediği takdirde pay sahibinin toplantıya katılıp katılmadığına ve olumsuz oy kullanıp kullanmadığına bakılmaksızın iptal davası açabileceği görüşündedir[158]. Aynı yönde *Moroğlu,* usulsüz çağrı ve gündemin usulsüz ilanı halinde toplantıya katılmış olan pay sahipleri veya temsilcileri muhalefetlerini tutanağa geçirtmemiş olsalar dahi iptal davası haklarını koruyacaklarını, bunun sebebininse 446/1(b) şartları gerçekleştiği takdirde pay sahiplerinin toplantıda hazır bulunup bulunmamaları veya olumsuz oy kullanmış olup olmamalarının iptal davasının dinlenmesine engel oluşturmayacağı yönündeki düzenleme olduğunu ifade etmektedir[159].

Yargıtay, gündemde olmadığı takdirde görüşülen ve karara bağlanan konuların, başkaca bir şart aranmaksızın iptal edilmesini benimsemiştir[160]. Bununla birlikte, gündemin usulsüz ilanı söz konusu olduğunda kararın iptali için ayrıca alınan kararın kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırılığının arandığı kararlar da mevcuttur[161].

IV. SONUÇ

---

155 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 218

156 **Çamoğlu, Etki Kuralı,** s. 219; **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar,** C. 1, s. 538

157 **Kırca,** s. 194.

158 **Pulaşlı, Şerh,** s. 1089.

159 **Moroğlu,** s. 275.

160 11. HD 28.12.1993, E. 1993/4010, K. 1993/8753 sayılı kararı, **Pulaşlı, Şerh,** s. 1074; **Kırca,** s. 138.

161 11. HD, T. 19.4.1996, E. 1996/1820, K. 1996/2657, **Eriş, AŞ,** s. 477; 11. HD, T. 7.3.1986, E. 1986/728, K. 1986/1270, **Eriş, AŞ,** s. 465.

Yargıtay, eTK dönemindeki uygulamasında, kanunda toplantıya katılmaya yetkili olmayan kişilerin katılması hali için öngörülmüş olan etki kuralını, toplantıya katılıp oy kullanma hakkının kullanılmasına haksız olarak izin verilmemesi haline de uygulamıştır. Böylelikle, oylama sonucunun yanlış tespit edilmesine sebep olan bu haller, başlı başına birer iptal sebebi kabul edilmiş, kararın yönü üzerinde etkili oldukları takdirde, söz konusu kararın iptaline hükmedilmiştir. Pay sahibinin oy kullanma yönündeki iradesinin oluşumunu etkileyen aykırılıklarda ise Yargıtay, farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Çağrının usulüne uygun yapılmaması başlı başına bir iptal sebebi kabul edilmemiş, kararın iptali için ayrıca içeriği itibarıyla da kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı olması aranmıştır. Gündemin gereği gibi ilan edilmemesi halinde ise, iki yönde de kararlar bulunmaktadır.

TTK md. 446 hükmü incelendiğinde, İsviçre hukukunda kanunda açıkça yer verilmemekle birlikte uygulamada kabul edilen, usule ilişkin aykırılıkların iptal sonucu doğurabilmeleri için karar üzerinde etkili olması şartının aranması yönünde bir düzenlemeye gidilmek istenildiği anlaşılmaktadır. Böylelikle, Yargıtay'ın eTK md.361/3 hükmündekine benzer bir etki değerlendirmesini toplantıya katılıp oy kullanmasına haksız olarak izin verilmeyen kişiler için de uygulaması hali, diğer usule aykırılıklara da genişletilmek istenmiştir. Neticesinde yeni hükmün lafzı, usule ilişkin aykırılıkları toplantıya katılamayan pay sahipleri için dava sebebi, etki kuralını da dava koşulu olarak düzenlemiştir. Bununla birlikte Yargıtay uygulamasında kararın iptali için, toplantıya katılamayan pay sahiplerinin söz konusu dava sebepleri ve bu sebeplerin kararın üzerinde etki olduğunu ispatlamasının yanında, ayrıca kararın içeriği itibarıyla da kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı olmasının arandığı kararlara rastlanmaktadır[162]. Öğretide de taraftar bulan böyle bir uygulama[163], toplantıya katılamayan pay sahiplerinin genel kurul kararını iptal ettirilebilmesini, eTK dönemindeki şartlara nazaran daha da güçleştirir niteliktedir.

Etki kuralının nasıl uygulanacağı konusu, ortaklığın ve pay sahiplerinin menfaatinin korunması hususunda hangi tarafa öncelik verileceği meselesinde düğümlenmektedir. Ortaklığın halihazırda çoğunluk pay sahiplerinin iradeleri yönünde hareket eden bir mekanizma olduğu göz önüne alındığında

---

162 Bkz. dn. 69, dn. 145, dn. 146'daki kararlar.

163 Bkz. dn. 67.

bu konu, çoğunluk ile düşük oranda oy hakkını haiz pay sahipleri arasındaki bir çıkar çatışması olarak da değerlendirilebilir. Ortaklığın iradesi çoğunluğun iradesine indirgendiğinde, etki kuralı ile, aslında ortaklığın iradesiyle aynı yönde olduğu aşikar olan genel kurul kararlarının iptalinin kısıtlanması söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, ortaklığın iradesi genel kurulda oluşmakta, genel kurula katılma hakkını haiz tüm pay sahipleri de toplantının vazgeçilmez birer unsurunu teşkil etmektedir. Bu sebeple, etki kuralının azınlık pay sahiplerinin genel kuruldan dışlanması aracı olarak da kullanılabilmeye müsait yapısı yalnızca bu pay sahiplerinin menfaatlerini zedelemekle kalmaz, aynı zamanda ortaklığın iradesinin toplantıya katılacak tüm pay sahipleri ile genel kurulda oluşması prensibini de zedeler. Bu durumda etki kuralının nasıl yorumlanacağı belirleyici bir rol oynamaktadır. Pay sahiplerinin temsil ettikleri oy sayısının ötesinde, ortaklığın iradesinin oluşumunu açıklamaları, soruları, yönlendirmeleri ile de etkileyen birer unsur oldukları düşünüldüğünde, etki değerlendirmesinin kararın alınması üzerindeki sayısal etkiyle sınırlanmaması, mukayeseli hukukta da olduğu gibi[164], pay sahiplerinin toplantıdaki varlıklarıyla karara yapabilecekleri etkinin de göz önüne alınması gerektiği kabul edilmelidir. Böylelikle, halihazırda pay sahiplerinin hareket alanını daraltan bir düzenleme olan etki kuralının ortaklık ve pay sahipleri için doğurduğu sonuçlar bir nebze olsun dengelenebilir.

---

164 Bkz. dn. 98.

KISALTMALAR

APOK	**:**	Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
ATF	**:**	İsviçre Federal Mahkeme Kararları (Arrêts du Tribunal Fédéral)
ATK	**:**	Alman Ticaret Kanunu
bkz.	**:**	bakınız
C.	**:**	cilt
dn.	**:**	dipnot
E.	**:**	esas
eTK	**:**	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
HD	**:**	Hukuk Dairesi
HGK	**:**	Hukuk Genel Kurulu
İFM	**:**	İsviçre Federal Mahkemesi
İsvBK	**:**	İsviçre Borçlar Kanunu
K.	**:**	karar
md.	**:**	madde
s.	**:**	sayfa
S.	**:**	sayı
T.	**:**	tarih
TTK	**:**	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TTSG	**:**	Türk Ticaret Sicil Gazetesi
vd.	**:**	ve devamı

KAYNAKÇA:

ARAR Kemal, **Kara Ticareti – Şirketler Hukuku**, Güney, Ankara, 1952

AYOĞLU Tolga, "Oydan Yoksun Pay Sahiplerinin Katılımı ile Alınan Genel Kurul Kararlarının Akıbeti (TTK md. 361/3'ün Uygulama Alanı)", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan**, S: 1/2002, s. 734-746.

BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 3. bası, Beta, İstanbul, 2007

BAUEN Marc/ BERNET Robert/ ROUILLER Nicolas, **La société anonyme suisse**, Schulthess, Genève-Zurich-Bâle, 2007

ÇAMOĞLU Ersin, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararının İptalinde Etki Kuralı", **Yaklaşım Dergisi**, S. 260, 2014, s. 217-223 (*Anılış:* **Çamoğlu, Etki Kuralı**)

DOĞANAY İsmail, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C. 1, 3. bası, Feryal, Ankara, 1990

DOMANİÇ Hayri, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması – TTK Şerhi**, C. 2, Temel, İstanbul, 1988

DOMANİÇ Hayri, **Anonim Şirketler**, Eğitim, İstanbul, 1978

ERDEM Ercüment, "TTK'nın Anonim Şirketler Genel Kurulları İçin Getirdiği Yenilikler", **Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016)**, 1. bası, 12 Levha, İstanbul, 2017, s. 405-449

ERİŞ Gönen, **Açıklamalı – İçtihatlı Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku**, Seçkin, Ankara, 1995 (*Anılış:* **Eriş, AŞ**)

ERİŞ Gönen, **Açıklamalı – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu**, Seçkin, Ankara, 1987 (*Anılış:* **Eriş, TTK**)

GÖKTÜRK Kürşat, "Anonim Şirket Pay Sahipliği Haklarının Kullanılmasında Muhalefet Şartı", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 2, 2017, s. 53-78

HARI Olivier/ HANNI Lino, "Quelques procédures particulières du droit de la société anonyme/ I. Contestation de décisions de l'assemblée générale", **La personne morale et l'entreprise en procédure**, Neuchâtel, 2014, s. 103-138

HATEMİ Hüseyin, **Medeni Hukuk'a Giriş**, 7. bası, Vedat, İstanbul, 2013

İMREGÜN Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, 4. bası, Yasa, İstanbul, 1989

KARAHAN Sami, **Şirketler Hukuku**, 2. bası, Mimoza, Konya, 2013

KENDİGELEN Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. bası, 12 Levha, İstanbul, 2012

KIRCA Çiğdem, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, C. 50, 2001, s. 91-119 (*Anılış:* **Kırca, Örtülü Boşluk**)

KIRCA İsmail, "Türk Ticaret Kanunu'nun Genel Kurul Kararlarının İptali Sebepleri ile İptal Davası Açabilcek Kişilere İlişkin Hükümleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, S: 4, C:31, 2015, s. 5-11. (*Anılış:* **Kırca, Değerlendirmeler**)

KIRCA İsmail/ ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/ MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 2. bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, C. 2/2, Ankara, 2017 (*Anılış:* **Kırca**)

KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, 1. basıya ek 1. tıpkı bası, Legal, İstanbul, 2016

MEIER-HAYOZ Arthur/FORSTMOSER Peter, **Droit suisse des sociétés**, Stämpfli, Berne, 2015

MONTAVON Pascal, **Abrégé de droit commercial**, 6. bası, Schulthess, Genève-Zurich-Bâle, 2017

MOROĞLU Erdoğan, "Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü", **Makaleler I**, 2. bası, Beta, İstanbul, 2001, s. 303-309

MOROĞLU Erdoğan, **Anonim Ortaklıkla Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 7. bası, 12 Levha, İstanbul, 2014 (*Anılış:* **Moroğlu**)

MOROĞLU Erdoğan/ KENDİGELEN Abuzer, **Notlu – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 3. bası, 12 Levha, İstanbul, 2010

OĞUZMAN Kemal/ BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 22. bası, Vedat, İstanbul, 2016

PEKCANITEZ Hakan/ ÖZEKES Muhammet/ AKKAN Mine, vd. (Editörler), **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. bası, 12 Levha, İstanbul, 2017 (*Anılış:* **Pekcanıtez Usul**)

PETER Henry/ CAVADINI Francesca, **Commentaire Romand – Code des obligations II**, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008

POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku** C. 1 - 2, 13. bası, Vedat, İstanbul, 2014-2017 (*Anılış:* **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, Ortaklıklar**)

POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 12. bası, Vedat, İstanbul, 2010 (*Anılış:* **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**)

PULAŞLI Hasan, "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 885-898 (*Anılış:* **Pulaşlı, Sakatlık ve Müeyyide**)

PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. 2, 3. bası, Adalet, Ankara, 2018 (*Anılış:* **Pulaşlı, Şerh**)

RICHA Alexandre/ RAEDLER David, "La contestation des décisions en droit de la société anonyme", **Développements récents en droit commercial III**, Lausanne, 2014, s. 1-29

ŞİMŞEK Edip, **Kooperatif Ortaklıklar**, Yonca, Ankara, 1981

TEKİNALP Ünal, "Emredici Hükümler Açısından Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu,** S. 2013/2, İstanbul, s. 13-18 (*Anılış:* **Tekinalp, İptal ve Butlan**)

TEKİNALP Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. bası, Vedat, İstanbul, 2015 (*Anılış:* **Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları**)

TEKİNALP Ünal, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, 2. bası, Vedat, İstanbul, 2011 (*Anılış:* **Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığı**)

TEKİNAY Selahattin Suhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bası, Filiz, İstanbul, 1993

TEOMAN Ömer, "Oy Hakkından Yoksun Pay Sahiplerinin Karara Katılmış Bulunmaları Nedeniyle Açılan İptal Davasında, Anonim Ortaklık Bu Katılmanın Oylama Sonucunu Etkilemediği Savunmasını Yapamaz", **Tüm Makalelerim**, C. 2, 1. bası, Beta, İstanbul, 2001, s. 3-8.

ÜÇIŞIK Güzin/ ÇELİK Aydın, **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, C. 1, 1. bası, Adalet, Ankara, 2013

YILDIRIM Ali Haydar, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararları Aleyhine Toplantıda Hazır Bulunan Pay Sahibinin İptal Davası Açmasının Şartları ve Özellikle Muhalefet Şerhi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, S.2, 2016, s.383-430

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 23.09.2018)

Swisslex banque de données juridiques suisse, https://www.swisslex.ch/ (Erişim Tarihi: 23.09.2018)

Le Conseil fédéral Le portail du Gouvernement suisse, https://www.admin.ch/ (Erişim Tarihi: 23.09.2018)**No index entries found.**

ANONİM ŞİRKETİN HAKLI NEDENLE FESHİ DAVASINDA DAVALI SIFATININ BELİRLENMESİ

Av. Begüm YİĞİT*

Öz: Anonim şirketin haklı nedenle feshi davası, hukukumuzda ilk olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 531. maddesinde düzenlenmiş olup, işbu davada davalı sıfatının kime veya kimlere ait olduğuna ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler ve Yargıtay kararları arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu itibarla, çalışmamız kapsamında davalı sıfatının belirlenmesi sorunsalı, medeni usul hukukunu ilgilendiren yönleriyle ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirketler, Haklı Nedenle Fesih, Davalı Sıfatı, Haklı Sebep, Fesih Davası.

THE DETERMINATION OF RESPONDENT'S CAPACITY IN THE LAWSUİT REGARDING DISSOLUTION OF JOINT STOCK COMPANIES FOR JUST CAUSE

Abstract: The lawsuit regarding the termination of joint stock companies with a valid reason, is firstly regulated in the Article 531 of Turkish Commercial Code. There are considerable differences between scholarly views and Supreme Court's decisions regarding the question as to whom belongs the respondent's capacity in that lawsuit.

---

* Makale gönderim tarihi: 31.1.2018. Makale kabul tarihi: 12.12.2018
(ORCID kimlik no: 0000-0001-5899-8203; begumyigit97@gmail.com)

In this respect, within the scope of our work, this question about the determination of respondent's capacity is examined in all aspects concerning civil procedural law.

Keywords: Joint Stock Companies, Termination with A Valid Reason, Respondent's Capacity, Valid Reason, Lawsuit For Termination

GİRİŞ

Anonim şirketin haklı nedenle feshi davası, hukukumuzda ilk olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("**TTK**") 531. maddesi ile düzenlenmiştir. Yeni bir fesih sebebi ve azınlık hakkı oluşturan bu düzenlemeye göre, "*Haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir*".

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ("**eTTK**") anonim şirketin sona erme sebepleri arasında haklı nedenle fesih davası yer almamaktadır. Bu durum, eTTK hükümleri çerçevesinde anonim şirketin haklı nedenle feshi davasının uygulama alanı bulup bulmadığı konusunda doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur.[1] Doktrinde bir kısım yazarlarca, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun ("**İsvBK**") 736. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinin eTTK'ya alınmaması olumlu bir kanun boşluğu olarak değerlendirilmiş ve bu boşluğun Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı veya İsvBK'nın ilgili hükmünün kıyas yoluyla uygulanması ile doldurulabileceği ifade edilmiştir.[2] Buna karşılık, doktrinde hakim görüş tarafından anonim şirketin haklı nedenle feshi imkanının eTTK'da düzenlenmemiş olmasının olumlu bir kanun boşluğu olarak

---

1 Doktrinde ileri sürülen farklı görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Şahin, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 36-44; Nuri Erdem, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 38-50.

2 Ersin Çamoğlu, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi", Prof. Dr. Yavuz Alangoya'ya Armağan, İstanbul: Alkım Yayınevi, 2007, s. 667; Hamdi Yasaman, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul, 2009, s. 716; Murat Yusuf Akın, **Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu**, İstanbul, 2002, s. 234.

değerlendirilemeyeceği, eTTK m. 434'de anonim şirketin sona erme nedenlerinin *numerus clausus* olarak sayılmış olduğu ve bu nedenler arasında yer almadığından haklı nedenle feshin mümkün olmadığı savunulmuştur.[3] Hakim görüşü savunan bazı yazarlarca, anonim şirket esas sözleşmesine haklı sebeple feshi düzenleyen bir hüküm konulması halinde bu imkana başvurmanın mümkün olduğu kabul edilmekteydi.[4] Nitekim, eTTK döneminde Yargıtay'ın yerleşik içtihadı da hakim görüş ile aynı doğrultudadır.[5] Bu itibarla, anonim şirketin haklı nedenle feshi davası, doktrinde uzun süredir tartışılan, ancak yeni TTK döneminde uygulamada yer almaya başlayan bir dava türüdür.

Anonim şirketin haklı nedenle feshi davasının temel işlevi, çoğunluk ilkesinin geçerli olduğu anonim şirketlerde çoğunluğun elinde bulundurduğu gücü kötüye kullanmasına karşı azınlığı korumak ve pay sahipleri arasındaki menfaat ihtilaflarını çözümleyerek şirketin işleyişini sürdürmesini sağlamaktır.[6] Bu çerçevede, TTK m. 531 hükmü ile hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Hakim, öncelikle şirketin feshini gerekli kılan haklı bir nedenin bulunup bulunmadığını takdir edecek; sonrasında pay sahipleri arasındaki menfaat ihtilafını giderebilmek amacıyla fesih veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verecektir.[7] Hakime bu şekilde geniş bir takdir yetkisi verilmesi, medeni usul hukukunda geçerli olan taleple bağlılık ilkesine kanuni bir istisna getirmektedir.[8]

---

3 Ünal Tekinalp, "Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Önemli Sebeplerle Feshi – Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç", İktisat ve Maliye Dergisi, C. 21, S. 8, Kasım 1974, s. 325 (Önemli Sebeplerle Fesih) ; Oğuz İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, İstanbul, 1989, s. 481; Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih", Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, (Makaleler I, İstanbul, 2006), s. 92.

4 İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 481; Tekinalp, **Önemli Sebeplerle Fesih**, s. 325.

5 Yargıtay Ticaret Dairesi, T. 26.03.1963, E. 63/3484, K. 63/4856 (BATIDER 1964 C. 2, S. 4, s. 711-714); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 7.6.1979, E. 2160/ K. 3061 (YKD 1980, C. 6, s. 1516-1519).

6 Özlem İlbasmış Hızlısoy, **Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 37-40.

7 Tolga Ayoğlu, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013/2, s. 223.

8 Emel Hanağası, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medeni Usul Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi", **BATIDER**, C. 32, S. 1, Ankara, 2016, s. 202.

Anonim şirketin haklı nedenle feshi davasının medeni usul hukukunu ilgilendiren bir başka yönü daha bulunmaktadır. TTK m. 531 ve kaynak İsvBK m. 736.1.4'de davanın kime karşı açılması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Davanın temelde pay sahipleri arasındaki menfaat ihtilaflarını çözümlemeye hizmet etmesi, azınlık hakkı olarak kurgulanmasına rağmen çoğunluk tarafından da bu davanın açılabilmesi, hakime tanınan geniş takdir yetkisi çerçevesinde dava sonucunda diğer pay sahiplerini de yakından ilgilendiren bir hüküm tesis edilebilecek olması hususları göz önünde bulundurulduğunda, davalı sıfatının kime ait olduğu, davanın anonim şirket tüzelkişiliğinin yanı sıra diğer pay sahiplerine karşı yöneltilip yönetilemeyeceği soruları gündeme gelmektedir.

Bu çalışmada, TTK'nın 531. maddesinde öngörülmüş olan anonim şirketin haklı nedenle feshi davası, sadece davalı sıfatının belirlenmesine ilişkin yönleriyle irdelenecektir. Bu çerçevede, anonim şirketin feshini ya da diğer çözümleri haklı kılacak haklı sebep kavramından ne anlaşılması gerektiği ve hakim tarafından verilebilecek kararların neler olabileceğinin tek tek ele alınarak incelenmesi de bu çalışmanın kapsamını aşacağından, inceleme konumuz dışında bırakılmıştır. Ortaya konulan bu sınırlar içerisinde, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında (i) davalı sıfatına ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler ve yargı kararları incelenecek, (ii) davalı sıfatının belirlenmesi sorunsalı medeni usul hukuku perspektifinden değerlendirilecek ve (iii) davalı sıfatının belirlenmesinin dava sonucunda verilebilecek kararlar bakımından sonuçları ele alınacaktır.

I. Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi Davasında Davalı Sıfatına İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler ve Yargı Kararları

A. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Türk hukukunda hakim görüş, davalı sıfatının münhasıran anonim şirket tüzelkişiliğine ait olduğu ve diğer pay sahiplerinin davalı sıfatını haiz olmadığı yönündedir.[9] Tekinalp'e göre, her ne kadar diğer pay sahipleri haklı

---

9 Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku**, Cilt II, 13. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 341; Ayoğlu, **a.g.m.**, s. 224; Füsun Nomer Ertan, "Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi Davası – TTK m. 531 Üzerine Düşünceler", **İstanbul Üniversi-**

sebebin meydana gelmesinde etkili olsa da, diğer pay sahipleri davalı sıfatını haiz değildir.[10] Yazara göre, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında husumet şirket tüzelkişiliği yanında diğer pay sahiplerine de yöneltilecek olursa, bu durum davanın reddine yol açmamalı; ancak diğer pay sahiplerine yönelik hüküm tesis edilmemelidir.[11]

Ayoğlu'na göre, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasının davalısı doğrudan ve münhasıran şirket tüzelkişiliğidir.[12] Yazara göre, diğer pay sahiplerinin davalı konumunda gösterilmesi ve onlara karşı husumet yöneltilmesi mümkün değildir.[13] Bununla birlikte, Ayoğlu'na göre, iki pay sahibi bulunan ve iki pay sahibinin de eşit oranda paya sahip bulunduğu ortaklıklarda (% 50-50 ortaklıklarda), hiç kimsenin kendi hatasından avantaj sağlayamayacağı prensibi gereğince haklı sebebin meydana gelmesinde kusurlu olan pay sahibinin davalı olarak gösterilmesine imkan tanınması gerektiği; eğer gösterilemiyorsa, bu ihtimalde davacının çıkartılması yerine feshe karar verilmesinin daha doğru olacağı görüşündedir.[14] Aker'e göre, davada münhasıran anonim şirketin davalı olarak konumlandırılması gerekli ve yeterlidir.[15] Yazar tarafından dava sonucunda payların diğer pay sahiplerince devralınmasına karar verilmesinin usul hukuku yönünden problem doğuracağına dikkat çekilmiş; mahkemenin bu yönde karar vermeden önce diğer pay sahiplerinin de rızası alınarak davaya dahil edilmesi ve taraf teşkilinin sağlanması gerektiği ifade edilmiştir.[16]

---

tesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 73, S. 1, 2015, s. 424; Ünal Tekinalp, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usuli Sorunları" (Usuli Sorunlar), Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, s. 215; Halit Aker, "Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **BATIDER**, C. 32, S. 1, Ankara, 2016, s. 138-139; Hanağası, a.g.m., s. 223; Erdem, a.g.e., s. 176-177; Şahin, a.g.e., s. 352; Hızlısoy, a.g.e., s. 214; Ayşe Sümer, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı, 2012, s. 843; Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 3. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 635-636.

10 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 341.

11 Ibid, s. 341.

12 Ayoğlu, **a.g.m.**, s. 224.

13 Ibid, s. 224.

14 Ayoğlu, **a.g.m.**, s. 243.

15 Aker, **a.g.m.**, s. 138.

16 Ibid, s. 138-139.

Hanağası, davanın özü itibariyle bir fesih davası olması itibariyle davalı sıfatını münhasıran anonim şirketin haiz olduğunu ifade etmiştir.[17] Yazar, davada husumetin anonim şirket yanında diğer pay sahiplerine de yöneltilmesi halinde, diğer pay sahipleri bakımından davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerektiği görüşündedir.[18] Davanın anonim şirket yerine yalnızca diğer pay sahiplerine karşı açılması durumunda ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ("**HMK**") 124. Maddesinde düzenlenen iradi taraf değişikliği kurumundan yararlanılabileceğini ifade etmiştir.[19]

Erdem'e göre, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında davalı sıfatı sadece anonim şirkete ait olmakla birlikte, davalı tarafta şirket yerine diğer pay sahiplerinin gösterilmesi halinde usul ekonomisi gereğince davanın reddedilmeyip, davalı sıfatının şirkete teşmil edilmesi uygun olmalıdır.[20] Yazara göre, mahkemece davacı pay sahibinin paylarının gerçek değeri ile satın alınması hükmü verilmesi halinde, bu karar yalnızca ortaklık için bağlayıcı olacak; diğer pay sahipleri ise ancak bu hususta bir taahhütte bulunmuşlarsa söz konusu yükümlülük altına gireceklerdir.[21]

Şahin, davada davalı sıfatının yalnızca anonim şirkete ait olduğu, ancak yenilik doğuran nitelikteki mahkeme hükmünün hukuki durumlarını doğrudan etkileyecek olması sebebiyle diğer pay sahiplerinin davacı veya davalı taraf yanında fer'i müdahil sıfatıyla davaya katılmalarının mümkün olduğu görüşündedir.[22] Buna ek olarak, diğer pay sahiplerinin doğru zamanda fer'i müdahale imkanına kavuşması bakımından, mahkemenin vereceği bir ara karar ile davalı şirketin diğer pay sahiplerini dava hakkında bilgilendirmesini sağlamasının yerinde olacağını savunmaktadır.[23] Hızlısoy da anonim şirket yönetim kurulunun özen borcu çerçevesinde diğer pay sahiplerinin dava hakkında bilgilendirilmesi gerektiği kanaatindedir.[24]

Buna karşılık, Yüksel, özellikle kapalı ve aile tipi anonim şirketlerin

---

17 Hanağası, **a.g.m.**, s. 223.

18 Ibid.

19 Ibid.

20 Erdem, **a.g.e.**, s. 176.

21 Ibid., s. 177.

22 Şahin, **a.g.e.**, s. 352-354.

23 Şahin, **a.g.e.**, s. 356.

24 Hızlısoy, **a.g.e.**, s. 218.

haklı nedenle feshi davalarında diğer pay sahiplerinin şirket tüzelkişiliği yanında davalı sıfatını haiz olmaları gerektiği görüşündedir.[25] Yazara göre, davalının sadece anonim şirket olabileceği görüşü haklı sebebe yol açan menfaat ihtilafının taraflarının bir bütün halinde davada taraf olarak hukuki dinlenilme hakkına kavuşmalarını engellemekte, dava sonucunda karar verilebilecek alternatif çözümlerin kapsamını daraltmakta ve yargılamanın müzakereyi içerecek şekilde yürütülememesi tehlikesini ortaya çıkarmaktadır.[26]

İsviçre hukukunda da hakim görüş, anonim şirketin haklı sebeple feshi davasının sadece şirket tüzelkişiliğine karşı açılabileceği, davacı dışındaki diğer pay sahiplerine karşı açılamayacağı yönündedir.[27] Habegger'e göre, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında tek borç ilkesi gereğince sadece şirket tüzelkişiliği yükümlülük altına girebileceğinden ve kişisel özellikleri daha ağır basan limited şirketin haklı nedenle feshi davasında dahi yalnızca şirketin davalı sıfatını haiz olmasından hareketle, dava yalnızca şirkete karşı açılabilir ve diğer pay sahiplerinin davalı sıfatı yoktur.[28] Fakat, yazar, kişisel özellikleri ağır basan anonim şirketler bakımından mevcut durumu eleştirmekte, bu tip şirketler bakımından haklı sebebe yol açan diğer pay sahiplerinin de davalı tarafta gösterilmesinin de olması gereken hukuk bakımından isabetli olacağı görüşünü savunmaktadır.[29]

Aynı doğrultuda, Beeler/Von der Crone, pay sahibi sayısı az olan ve kişisel özellikleri ağır basan anonim şirketlerin şahıs şirketlerine benzer özelliklerinden hareketle, haklı nedenle fesih davasında diğer pay sahiplerinin de anonim şirket tüzelkişiliği yanında davalı sıfatını haiz olmalarının olması gereken hukuk bakımından yerinde olacağı kanaatindedir.[30] Bunun

---

25 Sinan Hüdai Yüksel, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, Ocak 2017, s. 880.

26 Ibid., s. 881.

27 Bkz. Hızlısoy, **a.g.e.**, s. 215, dpn. 833-834'de belirtilen yazarlar; Sinan H. Yüksel, **a.g.m.**, s. 867, dpn. 6'da belirtilen yazarlar.

28 İlbasmış Hızlısoy, **a.g.e.**, s. 215, dpn. 835'den naklen Philipp Habegger, **Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, unter Berücksichtigung der anderen sachgemassen und den Beteiligten zumutbaren Lösungen gemass Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR**, Bern, 1996, s. 280.

29 Ibid., s. 216, dpn. 836'dan naklen Habegger, **a.g.e.**, s. 285.

30 Ibid., dpn. 837'den naklen Lukas Beeler/ Hans Casper Von Der Crone, Auflösungsklage

yanı sıra, İsviçre doktrininde haklı nedenle fesih davası sonucunda verilen karardan diğer pay sahipleri de etkileneceğinden, davacı dışındaki diğer pay sahiplerinin davaya fer'i müdahil olarak katılabilmesinin mümkün olması gerektiği ve mahkemenin diğer pay sahiplerini davadan haberdar etmek zorunda olduğu kabul edilmektedir.[31]

B. Konuya İlişkin Yargı Kararları

eTTK'nın yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay, limited şirketin haklı nedenle feshine ilişkin vermiş olduğu bazı kararlarda, uyuşmazlığın niteliği gereği özünde bir fesih talebi söz konusu olduğundan davalı sıfatının şirket tüzel kişiliğine ait olduğuna karar vermiştir.[32] Yargıtay'ın daha önceki tarihli bazı kararlarında ise, limited şirketin haklı nedenle feshi davasında husumetin diğer ortakların tümüne yöneltilmesinin yeterli olduğuna karar verilmiştir.[33]

eTTK döneminde limited şirketler bakımından Yargıtay kararları arasında yer alan davalı sıfatına ilişkin görüş farklılıkları, yeni TTK döneminde anonim şirketlerin haklı nedenle feshi davaları bakımından da varlığını sürdürmektedir. Yargıtay'ın TTK'nın 531. maddesine ilişkin içtihatları incelendiğinde, çoğunlukla davalı sıfatının yalnızca anonim şirket tüzelkişiliğine ait olduğunun esas alındığı, diğer pay sahiplerinin davalı sıfatını haiz olup olmadığı tartışmasına yer verilmediği görülmektedir.[34]

Diğer pay sahiplerinin davalı sıfatını haiz olup olmadığı tartışmasına yer

---

nach Art. 736 Abs. 4 OR, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_475/2009 vom 5. Marz 2010 in Sachen X (Beschwerdeführerin/Klagerin) gegen Y SA (Beschwerdegegenerin/Beklagte), SZW/RSDA, 4/2010, s. 339.

31 Ibid, s. 217, dpn. 841-842'de belirtilen yazarlar.

32 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 11.10.2012, E. 2010/11758, K. 2012/15799 (BATİDER, C. XXIX, S. 1, s. 194-195).

33 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1995/2880, K. 1995/3952, T. 0105.1995; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2002/5464, K. 2002/6568, K. T. 25.06.2002 (www.kazanci.com).

34 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 17.11.2016, E. 2016/211, K. 2016/8872; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 3.3.2016, E. 2015/9088, K. 2016/2352; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 2.6.2016, E. 2014/3669, K. 2014/10238; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 2.6.2014, E. 2014/3669, K. 2014/10238; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 19.11.2015, E. 2014/17416, K. 2015/12331; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 3.12.2015, E. 2015/4504, K. 2015/12980; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 20.6.2017, E. 2015/14221, K. 2017/3922; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 11.10.2017, E. 2016/2552, K. 2017/5272; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 22.11.2017, E. 2016/4245, K. 2017/6420. (www.kazanci.com)

verilen Yargıtay kararları arasında ise ciddi bir görüş ayrılığı bulunmaktadır. Şöyle ki, Yargıtay, bazı kararlarında davacı dışındaki diğer pay sahiplerinin davalı sıfatını haiz olmadığına karar vermiştir.[35] Yargıtay, diğer pay sahiplerinin davalı sıfatını haiz olmadığı yönündeki görüşünü TTK m. 531 maddesinin uygulanma şartlarının oluşmadığı şeklinde yerel mahkeme tarafından ileri sürülen genel bir gerekçeye dayandırmış; bu konuya ilişkin detaylı bir inceleme yapmamıştır.[36]

Buna karşılık, Yargıtay'ın haklı nedenle fesih davasında diğer pay sahiplerinin de anonim şirket tüzelkişiliği yanında davalı sıfatını haiz olduğunu kabul ettiği kararları da bulunmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 4 Temmuz 2017 tarihinde verdiği bir kararda, anonim şirketin haklı nedenle feshine ilişkin açılan davada diğer pay sahiplerinin de davalı sıfatını haiz olduğunu kabul ederek sıfat açısından yerel mahkeme kararını incelemeye gerek duymamış; yerel mahkeme tarafından verilen fesih kararını onamıştır.[37]

Aynı doğrultuda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 10 Haziran 2015 tarihinde verdiği bir kararına esas olan davada, davacı taraf, önce şirketin feshini, feshe karar verilmediği takdirde davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarına ve diğer uygun ve kabul edilebilir bir çözüme karar verilmesi şeklinde terditli bir talep ileri sürmüş; şirket yanında diğer pay sahiplerine de husumet yöneltmiştir.[38] Yargıtay tarafından davacı taraf iddiasının ileri sürülüş biçimi gözetilerek davalı sıfatının anonim şirket yanında diğer pay sahiplerine de ait olduğuna karar verilmiştir.[39] Bu suretle, yerel mahkemenin davanın sıfat yönünden reddine ilişkin kararının bozulmasına karar verilmiştir.[40]

Mehaz İsviçre hukuku uygulamasına bakılacak olursa, İsviçre Federal Mahkemesi'nin haklı nedenle fesih davasının özü ve niteliği itibariyle bir fesih davası olması itibariyle davalı sıfatının anonim şirket tüzelkişiliğine ait olduğuna ilişkin istikrarlı bir içtihadı bulunmaktadır.[41]

---

35 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 23.12.2015, E. 2015/5994, K. 2015/13820; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 28.1.2016, E. 2015/2939, K. 2016/937. (www.kazanci.com)

36 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 28.1.2016, E. 2015/2939, K. 2016/937. (www.kazanci.com)

37 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 4.7.2017, E. 2016/2752, K. 2017/4079. (www.kazanci.com)

38 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 28.1.2016, E. 2015/2939, K. 2016/937. (www.kazanci.com)

39 Ibid.

40 Ibid.

41 ATF 84 II 44; BGE 105 II 114; BGE 126 III 266 (www.swisslex.com)

Son olarak, Türk hukukunda anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında davalı sıfatının kime veya kimlere ait olduğuna ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler ve Yargıtay kararları arasında önemli farklılıklar bulunduğu aşikardır. Nitekim, Yargıtay kararlarında medeni usul hukukuna ilişkin birçok hususun göz ardı edilmesi ve kararlar arasında ciddi bir istikrarsızlık bulunması, hukuk güvenliğini zedelemektedir. Bu itibarla, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında davalı sıfatının belirlenmesi hususu, medeni usul hukukunu ilgilendiren boyutlarıyla ele alınması gerekmektedir.

II. Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi Davasında Davalı Sıfatının Belirlenmesi Sorunsalının Medeni Usul Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi

Bu bölümde anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında davalı sıfatının belirlenmesi sorunsalı, medeni usul hukukunu ilgilendiren boyutlarıyla ele alınacak ve davalı sıfatının esasen kime ait olması gerektiği sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır.

A. Şekli Taraf Teorisi Işığında Diğer Pay Sahiplerinin de Şirket Yanında Davalı Taraf Olarak Gösterilebilmesi

Medeni usul hukukunda taraf kavramını açıklamaya yönelik olarak üç teori bulunmaktadır. Bunlardan birincisi olan maddi taraf teorisine göre, davada taraflar, maddi hukuk ilişkisinde hak sahibi ve borçla yükümlü olmalarına göre belirlenmelidir. Bu teori, başkasına ait bir hakkı kendisi adına talep eden kişilerin – dava takip yetkisi bulunan kişilerin – durumunu ve menfi tespit davalarında salt bir hukuki ilişkinin yokluğunun tespitini isteyen tarafın durumunu açıklamaktan uzak olduğundan, on dokuzuncu yüzyılda geçerli kabul edilen ve bugün için terkedilmiş bir kavramdır.[42]

Taraf kavramını açıklamaya yönelik ikinci teori, fonksiyonel taraf teorisidir. Fonksiyonel taraf teorisine göre, davada taraf olan kimse, malvarlığına ilişkin davalarda uyuşmazlık konusu mal üzerinde tasarruf etmeye yetkili olup olmamasına göre belirlenmelidir. Bu teori, taraf kavramını sadece malvarlığına ilişkin davalar bakımından açıklamaya ilişkin bir çözüm sunduğundan ve bu nedenle tüm davalar bakımından uygulanma olanağı olmadığın-

---

42 Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 4. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 181.

dan benimsenmemiştir.[43]

Taraf kavramını açıklamaya yönelik üçüncü teori olan şekli taraf teorisine göre, mahkemeden kendi adına hukuki koruma talep eden kişi davacı taraf, kendisine karşı hukuki koruma talep edilen kişi ise davalı taraf olarak adlandırılmaktadır. Bu teori ışığında davanın tarafları, dava dilekçesi göz önünde bulundurularak belirlenir ve bir kimse dava dilekçesinde yalnızca bir hukuki koruma talep etmekle davacı, davalı taraf olarak gösterilmekle de davalı olur.[44] Dolayısıyla, şekli taraf teorisi açısından, maddi hukuk ilişkisinde davacının hak sahibi, davalının ise yükümlü olup olmadığı taraf konumunu elde etmek bakımından önem taşımamaktadır.[45]

Türk hukukunda dava kavramı bakımından şekli taraf teorisi ve iki taraf sistemi benimsenmiştir. Dava açarak mahkemeden hukuki koruma talep eden kişi davacı, kendisine karşı hukuki koruma talep edilen kişi ise davalı olarak adlandırılmaktadır. Bu doğrultuda, her davada davacı ve davalı olmak üzere iki taraf bulunmaktadır ve bu tarafların ayrı kişiler olması gerekir.[46] Bu kapsamda, Türk hukukunda benimsenen şekli taraf kavramına göre, taraf olabilmek tamamen dava dilekçesinde taraf konumunda gösterilmeye bağlı olan usuli bir kavramdır ve davada taraf olabilmek için maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmaya gerek bulunmamaktadır.[47]

TTK m. 531'de düzenlenen anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında davacı pay sahibine tanınan hak, şirketin feshine karar verilmesini isteyebilme hakkıdır. Madde düzenlemesi uyarınca davacı pay sahibinin fesih talebinde bulunmaksızın, ortaklıktan ayrılma veya diğer çözüm yollarından birini talep etmesi mümkün değildir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, aksinin kabulü halinde, anonim şirketler hukukunda bulunmayan yeni bir dava hakkı yaratılması söz konusu olacaktır.[48]

---

43 Hakan Pekcanıtez/Hülya Taş Korkmaz, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s. 549.

44 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 181.

45 Pekcanıtez/Taş Korkmaz, **Pekcanıtez Usul**, s. 550.

46 Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 22. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s. 217; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 180

47 Yavuz Alangoya/ Mehmet Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2009, s. 112; Pekcanıtez/Taş Korkmaz, **Pekcanıtez Usul**, s. 550.

48 Hanağası, **a.g.m.**, s. 243.

Bu çerçevede, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında, davacının ileri sürdüğü talep sonucu, mahkeme tarafından şirketin feshine karar verilmesidir. Bununla birlikte, hukukumuzda benimsenen şekli taraf teorisine göre, davacının dava dilekçesinde anonim şirketin yanı sıra diğer pay sahiplerini de davalı tarafta göstermesi halinde, her ne kadar talep sonucu mahkemece şirketin feshine karar verilmesi olsa da, diğer pay sahipleri davalı taraf konumunu elde eder. Dolayısıyla, davalı taraf konumuna erişebilmek bakımından diğer pay sahiplerinin yalnızca dilekçede davalı olarak gösterilmeleri yeterli olup, maddi hukuk ilişkisinde kendilerine karşı hukuki koruma talep edilen kimseler olup olmadıklarının bir önemi bulunmamaktadır.

B. Taraf ve Sıfat Kavramları Arasındaki Farkın Önemi

Anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında davalı sıfatının belirlenmesi bakımından I. bölümde ele alınan doktrindeki eserlerde ve Yargıtay kararlarında "diğer pay sahiplerine husumet yöneltilmesi" ifadesine sıkça yer verilmektedir. Anılan ifade, taraf ve sıfat kavramları arasındaki farkı ortaya koymaktan uzak olup, kavram kargaşasına sebep olabilecek niteliktedir. Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, haklı nedenle fesih davasına ilişkin bir kararında, davacının iddiasının ileri sürülüş biçimi ve davalı tarafta diğer pay sahiplerinin de gösterilmiş olmasına doğrudan sonuç bağlayarak, diğer pay sahiplerinin de davalı sıfatını haiz olduğuna karar vermiştir.[49] Söz konusu Yargıtay kararı da, taraf ve sıfat kavramları arasındaki ayrımı göz ardı etmektedir. Bu noktadan hareketle, taraf ve sıfat kavramları arasındaki farkın açıklanması ve ardından haklı nedenle fesih davasında davalı tarafın belirlenmesinin önemine işaret edilmesi gereği hasıl olmuştur.

Bir önceki başlıkta yaptığımız açıklamalar ışığında, taraf kavramı tamamen şekli bir kavramdır ve maddi hukuktan bağımsız olarak düşünülmelidir. Bir kişinin davada taraf konumuna erişebilmesi için yalnızca dava dilekçesinde davacı veya davalı tarafta gösterilmesi yeterlidir. Kural olarak, davacı, uyuşmazlık konusu hukuki ilişkinin taraflarının kendisi ve davalı olduğunu ileri sürer.[50] Buna karşılık, davacı ve davalının maddi hukuk bakımından gerçekten uyuşmazlık konusu hukuki ilişkinin tarafı olup olmadıkları – davacı veya davalı sıfatını haiz olup olmadıkları – davanın esasının incelenme-

---

49 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 28.1.2016, E. 2015/2939, K. 2016/937. (www.kazanci.com).

50 Baki Kuru, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2015, s. 93; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 181.

sinden sonra açıklığa kavuşacaktır. Şekli taraf teorisine göre davanın tarafı konumunda olmak, her zaman davanın taraflarının taraf sıfatına sahip oldukları anlamına gelmemektedir.[51]

Sıfat, dava konusu sübjektif hak ile taraflar arasındaki ilişkiyi yansıtan bir kavramdır. Davacı taraf açısından aktif taraf sıfatı, davalı taraf açısından pasif taraf sıfatı söz konusudur. Bir kimsenin taraf sıfatını haiz olup olmadığı ancak davanın esasına girildikten sonra tespit edilebilir. Bu durumda ise dava esastan kabul veya reddedilir.[52] Bu kapsamda, sıfat, davanın taraflarının ihtilaflı maddi hukuk ilişkisinin gerçek süjesi olup olmadığını, dava konusu edilen talep bakımından davacı açısından hak sahibi, davalı açısından yükümlü olup olmadığını belirleyen bir kavramdır.[53]

O halde, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında, her ne kadar davacı tarafından diğer pay sahiplerinin de şirket yanında davalı taraf olarak gösterilmesi mümkün ise de, diğer pay sahiplerinin davalı sıfatını haiz olup olmadığı taraf kavramından ayrı şekilde incelenmesi gereken bir husustur. Bir önceki paragrafta da belirtildiği üzere, davalı sıfatı, dava konusu talep bakımından yükümlü olmayı gerektiren bir kavramdır. Anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında ise talep yükümlüsünü tespit etmek bakımından özellikli bir durum söz konusudur.

TTK m. 531 c. 2 hükmü uyarınca, *"Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir"*. Bu hüküm doğrultusunda hakim, haklı sebep mevcut olsa dahi feshe karar vermek zorunda değildir; fesih yerine "davacının şirketten çıkarılmasına karar verme" ya da "duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verme" konusunda hakimin takdir yetkisi bulunmaktadır.

Bu itibarla, anonim şirketin haklı nedenle feshi davası, HMK m. 26/2'de yer alan taleple bağlılık ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır[54] ve davada ha-

---

51 Kuru, **a.g.e.**, s. 106; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 187.

52 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 188.

53 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 121; Pekcanıtez/Taş Korkmaz, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, s. 607.

54 Abuzer Kendigelen, **Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. Bası, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2012, s. 434-435.

kime davacının talebinden bağımsız olarak karar verme yetkisi tanınmaktadır.[55] Hakime talep dışı karar verme konusunda geniş bir takdir yetkisi tanındığından, hakim dava sonucunda davacının talebinden farklı olarak çeşitli çözümlere karar verebilecektir. Bu nedenle, dava açılırken davanın sonucunda talepten bağımsız olarak hakimce karar verilecek olan çözümü önceden bilebilmek ve talep yükümlüsünü tespit edebilmek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla, davanın taleple bağlılık ilkesinin istisnasını teşkil etmesi ve hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmış olması, davalı sıfatının belirlenmesini daha da güçleştirmektedir.

Bu noktada, dava açılırken davacı tarafından anonim şirket tüzelkişiliği yanında diğer pay sahiplerinin de davalı taraf olarak gösterilmesinin önemi ve sonuçları üzerinde durmanın faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

C. Davalı Tarafın Belirlenmesinin Önemi

Öncelikle davalı tarafın kimlerden oluştuğu, aynı davada kimlerin temsilci, tanık, bilirkişi, hakim ve müdahil olabileceğini belirlemek bakımından önemli bir husustur. Hakimin davaya bakmaktan yasaklı olması veya reddi, tanıklıktan veya bilirkişilikten çekilme hallerinin mevcut olup olmaması davanın tarafları dikkate alınarak tespit edilir. Taraflar, kendi davalarında tanık veya müdahil olamazlar.[56]

Bu kapsamda, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında diğer pay sahiplerinin de şirket yanında davalı taraf olarak gösterilmesi halinde, diğer pay sahiplerinin davada tanık olarak dinlenmesi mümkün olmayacak ve bu kişilerin fer'i müdahalede bulunması da söz konusu olmayacaktır. Diğer pay sahiplerinin davalı tarafta yer alması ile fer'i müdahale kurumuna başvurması halinde usul hukuku bakımından ne gibi farklılıkların söz konusu olacağı aşağıda "F- Diğer Pay Sahiplerinin Fer'i Müdahale İmkanı" başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

Bunun yanı sıra, kural olarak, dava sonucunda verilen hüküm, davanın tarafları lehine veya aleyhine olarak verilir. Davada taraf olmayan kimse lehine veya aleyhine hüküm verilemeyecektir. Nitekim, HMK m. 303 uyarınca bir dava sonunda verilen hüküm, yalnızca bu davanın tarafları bakımından kesin hüküm teşkil eder ve dava sonucunda verilen kesin hükmün icrası da

---

55 Ayoğlu, **a.g.m.**, s. 237.

56 Pekcanıtez/Taş Korkmaz, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, s. 558.

ancak davanın tarafları bakımından mümkün olmaktadır.[57] O halde, diğer pay sahiplerinin de davalı taraf olarak gösterilmesi halinde, hakime daha geniş bir takdir yetkisi sağlanarak diğer pay sahipleri hakkında da karar verilmesi olanağı yaratılacak mıdır?

Bu soruya olumlu yanıt verebilmek için davanın esası incelendikten sonra diğer pay sahiplerinin de davalı sıfatını haiz olduğunun mahkemece kabul edilmesi ve onlar hakkında da alternatif çözümlere karar verilebileceğinin kabulü gerekmektedir. Çalışmamızın temel hukuki sorununu teşkil eden meselenin cevaplanması ve bu sorunun yanıtının aranması bakımından davanın medeni usul hukukunu ilgilendiren diğer yönleriyle de ele alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

D. Davacı Tarafından Terditli Dava Açılıp Açılamayacağı Meselesi

TTK'nın 531. maddesinde, hakimin fesih yerine davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme de karar verebileceği öngörüldüğünden, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında davacı tarafından terditli dava açılıp açılamayacağı sorusu akla gelmektedir. Bu soruya verilecek yanıt, diğer pay sahiplerinin talep yükümlüsü olarak davalı sıfatını haiz olup olmadıklarına ilişkin temel hukuki sorunun çözümlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

HMK'nın "Terditli Dava" başlıklı 111. maddesine göre,

"(1) Davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik-ferilik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır.

(2) Mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer' i talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz" .

Madde düzenlemesi uyarınca, davacı, birden fazla talepte bulunuyor ve şayet asıl talebi kabul edilmezse yardımcı talebi hakkında karar verilmesini istiyorsa, terditli (kademeli) dava söz konusu olur.[58] O halde, terditli davada davacının taleplerini asıl ve yardımcı talep olmak üzere sıraya koyması hali

---

57 Ibid., s. 558.

58 Terditli (kademeli) davaya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Timuçin Muşul, **Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.

söz konusudur. Hakim, ancak asıl talebi kabul etmezse ikincil (yardımcı) talebi inceleyerek bir karar verebilir. Bu itibarla, terditli davada hakim, davacının talepleri arasında serbestçe seçim yapamaz; asıl talep yerine yardımcı talebe karar veremez.

Anonim şirketin haklı nedenle feshi davasının terditli dava biçiminde açılıp açılamayacağı doktrinde tartışmalı bir husustur. Ayoğlu, davacı pay sahibinin terditli dava açmasının mümkün olduğu, terditli taleplerinden ilki olarak feshi göstermek zorunda olmadığı, fakat son ihtimal dahi olsa mutlaka şirketin feshini talep etmesi gerektiği görüşündedir.[59] Ayoğlu'na göre, davacının terditli dava açabileceğinin kabulü, feshin son çare olması ilkesi ve hakimin fesih dışında alternatif çözümlere hükmedebilme yetkisinin kanunla getiriliş amacı ile uyumludur.[60]

Rüzgar, davacının dava dilekçesinde asıl talep olarak ortaklığın feshine karar verilmesi ve feshe karar verilmediği takdirde yardımcı talep olarak kendisinin ortaklıktan çıkarılması veya diğer bir çözüme karar verilmesini talep ederek, terditli dava açabileceği görüşündedir.[61] Yazara göre, bu durumda, hakim, somut olayda ortaklığın feshine ilişkin haklı sebeplerin bulunması halinde öncelikle ortaklığın feshine karar vermelidir; sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde feshi gerektiren bir durum söz konusu değilse davacının ortaklıktan ayrılmasına veya başka çözümlere karar vermelidir.[62]

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, TTK m. 531 düzenlemesi, davacı pay sahibine yalnızca fesih davası açma hakkı vermektedir.[63] Madde düzenlemesinde fesih talebi ile terditli olarak veya fesih talebinden bağımsız şekilde ortaklıktan ayrılma veya diğer çözümler konusunda hakimden talepte bulunma hakkı tanınmamıştır.[64] Nitekim, davacı pay sahibinin dava dilekçesinde fesih talebinin yanında diğer bir çözümü belirtmesi, hakimi bağlayıcı nitelikte terditli bir talep hakkı bulunduğu anlamına gelmemektedir.[65]

---

59 Ayoğlu, **a.g.m**., s. 239.

60 Ibid.

61 Eser Rüzgar, "Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi", **TAAD**, Yıl: 5, Sayı: 16, Ocak 2014, s. 369.

62 Ibid.

63 Ersin Çamoğlu, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimin Takdir Yetkisi", **BATIDER**, C. XXXVI, S. I, s. 13 (Hakimin Takdir Yetkisi).

64 Şahin, **a.g.e.**, s. 428.

65 Hanağası, **a.g.m.**, s. 206; Sıtkı Anlam Altay, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye**

Terditli davada, davacı tarafından birden fazla talep, aralarında aslilik-ferilik ilişkisi kurularak aynı dava dilekçesinde ileri sürülmektedir. HMK'nın 111. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca mahkeme de taleple bağlılık ilkesi gereğince terditli olarak ileri sürülen taleplerden başka bir çözüme karar veremez.[66] O halde, terditli davada davacının taleplerinden birinin seçimini hakime bırakması söz konusu değildir ve hakim, talepler arasında serbestçe seçim yapamaz.

Buna karşılık, TTK m. 531 düzenlemesinde davacı pay sahibine tanınan hak, şirketin feshini isteyebilme hakkıdır. Hükümde hakime davacının talebinden bağımsız olarak karar verme yetkisi tanınmakta ve bu yönüyle anonim şirketin haklı nedenle feshi davası, HMK m. 26/2'de yer alan taleple bağlılık ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Anonim şirketin haklı nedenle feshi davası bakımından hakimin davacı tarafından kademeli olarak ileri sürülen taleplerin sırasına uyma zorunluluğu olmadığı gibi, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü taleplerden herhangi birine karar verme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Zira, madde düzenlemesinde de açıkça belirtildiği üzere, hakim bu davada duruma uygun düşen çözümü serbestçe takdir edecektir. Bu itibarla, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasının davacı pay sahibi tarafından terditli dava biçiminde açılamayacağı kanaatindeyiz.

Anonim şirketin haklı nedenle feshi davasının terditli dava biçiminde açılamayacağını kabul etmekle beraber, davacı tarafından fesih talebiyle birlikte feshe alternatif bir çözümün terditli olarak talep edilmesi halinde bu durumun bir davanın reddi nedeni oluşturmaması gerektiği, bu durumda hakimin terditli taleplerle bağlı olmayacağı ve somut olaya uygun düşen çözümü serbestçe takdir etmesi gerektiği görüşüne[67] katılıyoruz. Nitekim, bu tür terditli talepler, alternatif çözümlerin karara bağlanmasında hakime yardımcı olabilir.[68]

Davacı pay sahibinin terditli olarak veya fesih talebinde bulunmaksızın münhasıran diğer bir çözümü talep etmesinin mümkün olup olmadığı İsviçre doktrininde de tartışmalıdır. Doktrinde baskın olan görüşe göre, da-

---

Katılmalı Ortak Girişimler, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 691.

66 Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, s. 1086.

67 Tekinalp, **Usuli Sorunlar**, s. 217; Mehmet Emin Bilge, "Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi", **EÜHFD**, C. XVI, S. 3-4, s. 278.

68 Çamoğlu, **Hakimin Takdir Yetkisi**, s. 13.

vacının fesih talebinden bağımsız olarak diğer çözümlere karar verilmesini talep hakkı yoktur ve bu yöndeki talebini ancak terditli talep şeklinde, esas talep olan fesih ile birlikte ileri sürebilir. Höhn'e göre, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında asıl talep fesih olduğundan, diğer çözüm yolu ancak terditli talep biçiminde talep sonucuna dahil edilebilir. Nitekim, davacı fesih yanında diğer çözüme karar verilmesini talep etse bile, hakim kendisine tanınan geniş takdir yetkisi çerçevesinde serbestçe karar verecektir.[69] Lüscher ise davacının talep hakkını daha da kısıtlayarak, davacının fesih dışında diğer çözüm yollarından birini mahkemeden talep etme hakkı bulunmadığını savunmaktadır.[70] Handschin'e göre, davacı ve davalı terditli talep niteliğinde diğer çözümlere karar verilmesini talep edebilir ve hakim, tarafların isteği doğrultusunda asıl talep yerine bu talebi onaylayabilir.[71]

Buna karşılık, Kunz'a göre, davacı pay sahibinin fesih yerine doğrudan doğruya ve münhasıran diğer bir çözüme karar verilmesini talep etme hakkı bulunmaktadır. Yazara göre, İBK m. 736/ f. 4 düzenlemesinde fesih başlıca talep olarak örneklendirici şekilde sayılmış olup, davacının ileri sürebileceği talepler sınırlandırılmamıştır.[72] Aynı doğrultuda, Habegger, davacının esas talebini belirlemekte serbest olduğunu, davacının terditli talep biçiminde fesih yanında diğer bir çözümü talep edebileceği gibi, fesih yerine münhasıran diğer bir çözüme karar verilmesini de talep edebileceği görüşündedir.[73]

E. Haklı Nedenle Fesih Davasının İnşai Niteliğinin Davalı Sıfatının Belirlenmesi Yönünden Etkileri

Anonim ortaklığın haklı nedenle feshi davası, tüzelkişiliğin mahkeme

---

69 Şahin, **a.g.e.**, s. 496, dpn. 400'den naklen Jakob Höhn, "Andere sachgemasse und den Beteiligten zumutbare Lösungen im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR" in Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaft-srecht:zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zurich 1993, s. 119-120.

70 Şahin, **a.g.e.**, s. 496, dpn. 401'den naklen Christoph Lüscher, **Die Auflösung von Handelsgesellschaften aus wichtigen Gründen**, Bale 1992, s. 179.

71 Şahin, **a.g.e.**, s. 495, dpn. 399'dan naklen Lukas Handschin, "Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemasse Lösungen", **SZW(RSDA) 65**, 1993, s. 44.

72 Şahin, **a.g.e.**, s. 495, dpn. 397-398'den naklen Peter V. Kunz, "Zur Auflösunsgklage gemass Art. 736 Ziff. 4 OR – Grant für ein indirektes Austrittsrecht?" in: Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz Zum 70. Geburtstag von Rolf Bar, Berne 1998, s. 239-240.

73 Şahin, **a.g.e.**, s. 495, dpn. 396'dan naklen Habegger, **a.g.e.**, sh. 290 N 20-22.

kararı ile sonlandırılmasına yönelik bir yenilik doğuran (inşai) davadır.[74] Fakat bu davanın TTK m. 353'de düzenlenen kuruluşa ilişkin sakatlıklar nedeniyle fesih ve TTK m. 530'da düzenlenen organ eksikliğine dayanan fesih davasından önemli bir farkı bulunmaktadır. TTK m. 353 ve TTK m. 530'da düzenlenen davaların mahkemece kabul edilmesi halinde dava mutlaka fesihle sonuçlanırken[75], anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında feshin son çare olması ilkesi geçerlidir.[76]

Anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında mahkemenin haklı sebebi etkin ve kabul edilebilir şekilde ortadan kaldıracak alternatif bir çözüm yolu belirleyebilmesi halinde, fesih kararı verilmesi söz konusu olmayacaktır.[77] O halde, haklı nedenle fesih davasının fesih kararı ile sonuçlanması sadece bir ihtimal ve son çare olduğundan, bu dava yalın bir fesih davası olarak düşünülemez. Bu doğrultuda, davalı sıfatının belirlenmesi bakımından davanın niteliğini ve özellikli durumunu göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

İnşai dava, HMK'nın 108. maddesinde düzenlenmiş bir dava türüdür. Bir hukuki durumun kurulması, değiştirilmesi veya kaldırılması için, bir başka deyişle yenilik doğrudan bir hakkın kullanılabilmesi için davacının tek taraflı iradesinin veya tarafların anlaşmasının yeterli olmadığı, istenen sonucun ancak bir mahkeme kararıyla sağlanabildiği durumlarda açılan dava inşai dava olarak adlandırılmaktadır.[78]

İnşai dava, mutlaka bir yenilik doğuran hakka dayanır ve HMK'nın 108. maddesinin ikinci fıkrasına göre ancak kanunun açıkça öngördüğü hallerde açılabilen bir davadır. Türk Ticaret Kanunu uyarınca ticaret ortaklıklarının hukuki varlığını sona erdirmek amacıyla açılan davalar, inşai dava karakterini haizdir.[79] İnşai dava çeşitleri arasında anonim şirketin feshine ilişkin davalar, geleceğe etkili inşai davalar arasında yer almaktadır.[80]

---

74 Tekinalp, **Usuli Sorunlar**, s. 215; Hanağası, **a.g.m.**, s. 224.

75 Bahsi geçen fesih davaları arasındaki farklara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Şahin, **a.g.e.**, s. 267 vd.

76 Ayoğlu, **a.g.m**., s. 223; Şahin, **a.g.e.**, s. 324.

77 Tekinalp, **Usuli Sorunlar**, s. 216.

78 Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, s. 984; Kuru, **a.g.e.**, s. 137.

79 Ergun Önen, **İnşai Dava**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 459, 1981, s. 114.

80 Kuru, **a.g.e.**, s. 139.

Anonim ortaklığın haklı nedenle feshi davası da davacının talebinin özü itibariyle fesih kararı verilmesi istemiyle anonim şirketin hukuki varlığını sona erdirmek amacıyla açılan bir davadır. Ancak davanın özellikli durumu gereği dava sonucunda hakim fesih yerine uygun ve kabul edilebilir alternatif çözümlere karar verilebilecektir. Dava sonucunda verilen kararın ortaklığın feshi, ortağın çıkarılması veya diğer bir çözüm olması ortaya çıkan karar türü bakımından fark etmeyecek; her halükarda hukuki niteliği itibariyle bir inşai karar ortaya çıkacaktır.[81]

Çalışma konusu bakımından inşai davada taraf sıfatının kimlere ait olduğu da özel olarak incelenmesi gereken bir husustur. Bir inşai davada, davacı sıfatı, dava konusu inşai hak kendisine ait bulunan kişiye aittir.[82] TTK m. 531 uyarınca halka kapalı şirketlerde sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde sermayenin yirmide birini temsil eden pay sahipleri, davacı sıfatını haizdir. İnşai davada davalı sıfatı ise, inşai dava ile hak sahibi davacının kendisiyle olan hukuki ilişkileri yeniden düzenlenmesi amaçlanan kişiye aittir.[83]

Anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında, davacı pay sahibi, esasen anonim şirketin kendisi ile olan hukuki ilişkilerinin yeniden düzenlenmesini istemektedir. Dava sonucunda verilebilecek olan fesih kararı, ortaklıktan çıkarma veya diğer alternatif çözümler ile temelde davacı pay sahibi ile anonim şirket arasındaki hukuki ilişki değişmekte veya sonlandırılmaktadır. O halde, anonim şirket tüzelkişiliğinin davalı sıfatını haiz olduğu pek tabi söylenebilecektir.

Diğer pay sahipleri açısından bakılacak olursa, bu kişiler de haklı nedeni yaratan menfaat ihtilafının tarafı olabilir ve mahkemece verilebilecek fesih kararı veya alternatif çözümlerden doğrudan etkilenebilirler. Bu durumda, diğer pay sahiplerinin de davalı sıfatını haiz olduğu söylenebilir mi? Kanaatimce, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında diğer pay sahiplerinin konumu, her ne kadar bu kişiler şirket içi çıkar çatışmasının tarafı olsalar ve hükümden etkilenebilecek olsalar da, inşai davada davalı sıfatı tanımı ile örtüşmemektedir. Zira, TTK m. 531'de anonim şirketin haklı nedenle feshi

---

81 Önen, **a.g.e.**, s. 116; Kuru, **a.g.e.**, s. 137.

82 Önen, **a.g.e**., s. 59.

83 Önen, **a.g.e.**, s. 59.

davasının öngörülmüş olmasının amacı, esasen davacı pay sahibi ile anonim şirket arasındaki ilişkilerin yenibaştan düzenlenmesidir. Davacının dışında çıkar çatışmasının diğer tarafı da, şayet kanunda öngörülen davacı sıfatına ilişkin şartları taşıyorsa, bu davayı açabilecek ve kendisi ile anonim şirket arasındaki hukuki ilişkinin yeniden düzenlenmesini isteyebilecektir.

Nitekim, doktrinde diğer pay sahiplerinin davalı sıfatına sahip olup olmadığı sorunsalı bakımından haklı nedenle fesih davası sonunda ortaya çıkacak sonucun bütün pay sahiplerini etkilemesi önemli bir kriter olarak ele alınmaktadır. Türk doktrininde Yüksel tarafından haklı nedeni yaratan çıkar çatışmasının tarafı olup alternatif çözümden doğrudan etkilenecek pay sahibinin davalı olarak gösterilmesi gerektiği savunulmaktadır.[84] İsviçre doktrininde Habegger ve Höhn, inşai nitelikteki davanın bütün pay sahiplerini etkileyecek olması sebebiyle davacı dışında kalan pay sahiplerinin fer'i müdahil olarak davaya katılabilmesi için mahkeme tarafından bilgilendirilmelerinin zorunlu olduğu görüşündedirler.[85]

Kanaatimce, burada davalı sıfatını haiz olmak ile dava sonunda verilen kararın tesiri arasında bir ayrım yapılması gerekmektedir. Davalı sıfatı, haklı nedenle fesih davası ile davacı pay sahibinin kendisiyle olan hukuki ilişkileri yeniden düzenlenmesi amaçlanan kişi olan anonim şirket tüzelkişiliğine aittir. Dava sonucunda verilebilecek fesih veya alternatif çözümlerin diğer pay sahiplerini doğrudan etkileyecek olması ise, inşai davalar sonucunda verilen inşai hükümleri diğer davalar sonucunda verilen hükümlerden ayıran bir özellik olan inşai hükmün etkisi (tesir) kavramı ile açıklanmalıdır.

Davacı pay sahibi tarafından açılan anonim şirketin haklı nedenle feshi davasının mahkemece kabul edilmesi halinde, fesih veya alternatif çözümlerden birine karar verilecek; her halükarda inşai bir hüküm ortaya çıkacaktır. İnşai davalar sonucunda verilen inşai hükümlerin, diğer dava türleri sonucunda ortaya çıkan kesin hükümlerden farklı olarak, inşai bir etkisi bulunmaktadır. İnşai hükmün maddi kesin hüküm etkisi, yalnız davanın tarafları arasında etkin ve geçerli iken, inşai etkisi herkes için ve herkese karşı

---

84 Yüksel, **a.g.m.**, s. 878.

85 Hızlısoy, **a.g.e.**, s. 217, dpn. 842'den naklen Habegger, **a.g.e.**, s. 285,314-315; Höhn, **a.g.e.**, s. 121.

geçerlidir.[86] Özellikle şirketlerin feshine ilişkin davalar sonucunda verilecek hükmün inşai etkisi mutlaktır; herkes için ve herkese karşı geçerli olmasında pratik önem ve yararlar vardır.[87] Bu şekilde inşai hükmün etkisinin mutlak olduğu durumlarda üçüncü kişiler de hükmün ortaya koyduğu hukuki sonuçtan etkileneceklerdir. Bir başka deyişle, taraf olmayan üçüncü kişiler de inşai hükümden etkilenebilecek, hükmün sonuçlarını kabul ve buna riayet durumunda olacaklardır.[88]

Kanaatimce, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasının kabulü halinde ortaya çıkan kararın davacı dışındaki diğer pay sahiplerini de etkileyecek olması, inşai hükmün inşai tesiri kapsamında düşünülmelidir. Zira, bu dava ile davacı pay sahibi, esasen anonim şirketin kendisi ile olan hukuki ilişkilerinin yeniden düzenlenmesini istemektedir. Bu nedenle, medeni usul hukuku çerçevesinde davalı sıfatı, yalnızca inşai hakka dayanan hukuki ilişkinin yeniden düzenlenmesi istenilen anonim şirkete aittir. Dava sonucunda verilecek kararın inşai etkisi mutlak olduğundan, üçüncü kişiler de hükmün ortaya koyduğu hukuki sonucu kabul etmek ve bu sonuca riayet etmek zorundadırlar. Bu kapsamda, inşai hükmün diğer pay sahiplerini etkilemesi ve onlar yönünden de bağlayıcı olmasının hükmün inşai etkisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ve bu durumun diğer pay sahiplerine davalı sıfatı kazandırmadığı görüşündeyiz.

F. Diğer Pay Sahiplerinin Fer'i Müdahale İmkanı

a. Fer'i Müdaheleye İlişkin Hukuki Yarar

Bir önceki başlıkta haklı nedenle fesih davasının inşai niteliği gereğince dava sonucunun diğer pay sahiplerine olan etkisinin inşai etki kapsamında düşünülmesi gerektiğini ve diğer pay sahiplerinin davalı sıfatını haiz olmadığını belirtmiştik. O halde, dava sonucunda verilecek olan hükümden etkilenme ihtimali bulunan diğer pay sahiplerinin dava devam ederken fer'i müdahale kurumuna başvurma olanağının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir.

HMK'nın 66. maddesi uyarınca, *"Üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahki-*

---

86 Önen, **a.g.e.**, s. 184; Kuru, **a.g.e.**, s. 138.

87 Önen, **a.g.e**., s. 187.

88 Önen, **a.g.e**., s. 187.

kat sona erinceye kadar, fer'i müdahil olarak davada yer alabilir" . Maddeye göre, üçüncü kişinin dava sonunda verilecek olan hükümden etkilenmesi ihtimali (hukuki yararı) bulunan hallerde, davada bir üçüncü taraf olarak yer alması mümkün değilse de, kendi haklarını korumak için, fer'i müdahil olarak davaya katılması kabul edilmiştir.[89] Üçüncü kişi, kendi hukuki yararı bakımından değerlendirme yaparak hangi tarafın davayı kazanmasının kendisinin lehine olduğunu belirleyecek ve o taraf yanında davaya fer'i müdahil olarak katılma talebinde bulunacaktır.[90] Üçüncü kişinin hukuki yararı, aynı zamanda HMK m. 67/1 uyarınca fer'i müdahale talebinde bulunurken dilekçesinde göstermesi gereken müdahale sebebidir.

Bu açıklamalar ışığında, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında, davalı sıfatını haiz olmayan diğer pay sahiplerinin davalı anonim şirket tüzelkişiliği yanında fer'i müdahale yoluyla davaya katılmaları mümkün olmalıdır. Zira, anonim ortaklığın feshi için açılan davada verilecek olan karar, pay sahiplerinin hukuki durumunu doğrudan etkileyeceğinden, diğer pay sahiplerinin fer'i müdahale talebinde bulunmak için hukuki yararı vardır.[91] Nitekim, diğer pay sahiplerinin fer'i müdahil olarak davalı anonim şirketin yanında davaya katılmaları, ortaklığın devamına ilişkin menfaatlerinin yargılama sırasında ele alınmasını ve korunmasını sağlamak bakımından önemlidir.[92] Bununla birlikte, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında, niteliği gereği fesih dışında davacı pay sahibinin ortaklıktan çıkarılması veya diğer uygun ve kabul edilebilir çözümlere de karar verilebileceğinden, mahkemece fesih dışındaki diğer inşai nitelikte alternatif çözümlere karar verilmesi halinde de diğer pay sahiplerinin hukuki yararının bulunduğu aşikardır. Bu nedenle, diğer pay sahiplerinin hukuki dinlenilme haklarına riayet edilmesi ve fer'i müdahale yoluyla davaya katılma olanağının sağlanması gerekmektedir.

---

89 Murat Atalı, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, s. 717; Kuru, **a.g.e.**, s. 392; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 152.

90 Atalı, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, s. 724; Kuru, **a.g.e.**, s. 392; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 152.

91 Hakan Pekcanıtez, **Fer'i Müdahale**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No. 30, 1992, s. 96 (Fer'i Müdahale).

92 Şahin, **a.g.e.**, s. 355.

b. Diğer Pay Sahiplerinin Fer'i Müdahil Olarak Davaya Katılabileceği Kabulünün Hukuki Dinlenilme Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

Yüksel, davacı dışındaki diğer pay sahiplerinin davalı sıfatını haiz olmaksızın fer'i müdahil olabileceklerinin kabul edilmesinin bazı sakıncalar doğurabileceğine işaret etmektedir. Yazara göre, haklı nedenin tespit edilmesi ve alternatif çözüme karar verilmesi bakımından, diğer pay sahiplerinin davadan taraf olarak dışlanıp yalnızca fer'i müdahil olabileceklerinin kabul edilmesi, bu kişilerin etkin hukuki dinlenilme hakkından mahrum bırakılmalarına sebep olacaktır.[93]

Diğer pay sahiplerinin fer'i müdahale yoluyla davaya katılmaları halinde etkin hukuki dinlenilme hakkından mahrum kalıp kalmadıklarının değerlendirilebilmesi için, fer'i müdahilin davadaki durumunun ve fer'i müdahilin yapabileceği işlemlerin sınırlarının ele alınması gerekmektedir. Davaya müdahale talebi kabul edilen fer'i müdahil, katıldığı andan itibaren davayı takip edebilir ve tüm tebligatlar kendisine de yapılır.[94] Bununla birlikte, fer'i müdahil, yanında katıldığı tarafın yapabileceği tüm usul işlemlerini yapabilir. Asıl taraf lehine tüm iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebileceği gibi, bunlar için delil de gösterebilir. Fer'i müdahil tarafından yapılan bu işlemler, asıl tarafça yapılmış gibi kabul edilir.[95]

Bu doğrultuda, asıl tarafından yapılabilen neredeyse tüm usul işlemlerinin fer'i müdahil tarafından da yapılabileceği ve kendisine davada geniş ölçüde hukuki dinlenilme hakkı sağlandığı söylenmelidir. Buna karşılık, fer'i müdahilin davada yapabileceği işlemlere ilişkin bazı sınırlamalar mevcuttur. Bu sınırlamaların fer'i müdahili etkin hukuki dinlenilme hakkından yoksun bırakıp bırakmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Fer'i müdahilin davada yapabileceği işlemlere ilişkin sınırlamalardan ilki, yalnızca asıl tarafı korumak için işlem yapabilmesidir. Fer'i müdahil, davayı yanında katıldığı tarafın aleyhine sonuçlandıracak işlemler yapamaz.[96] Fer'i müdahilin asıl tarafın yararına aykırı işlemler yapmasının yasak

---

93 Yüksel, **a.g.m.**, s. 878.

94 Pekcanıtez, **Fer'i Müdahale**, s. 137-139; Kuru, **a.g.e.**, s. 393.

95 Pekcanıtez, **Fer'i Müdahale**, s. 142; Kuru, **a.g.e.**, s. 393.

96 Pekcanıtez, **Fer'i Müdahale**, s. 145; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 156.

olması, fer'i müdahilin etkin hukuki dinlenilme hakkından yoksun bırakılması olarak değerlendirilemez. Zira, fer'i müdahilin davaya katılabilmesini sağlayan hukuki yararı, yanında katıldığı tarafın davayı kazanmasında menfaati bulunmasından ileri gelmektedir.

İkinci sınırlama, fer'i müdahilin dava konusu üzerinde tasarruf edememesi, bu itibarla sulh, kabul veya feragat yapamamasına ilişkindir. Fer'i müdahilin sulh, kabul veya feragat yapamaması, davada taraf sıfatını haiz olmaması ve dava konusu üzerinde tasarruf edememesinden kaynaklanmaktadır.[97] Fer'i müdahilin yanında katıldığını tarafın iradesine aykırı olarak bu işlemleri yapması, tarafın korunmasını sağlayan işlemlere aykırı olduğundan bu sınırlamanın da hukuki dinlenilme hakkını ihlal olarak yorumlanması mümkün gözükmemektedir.

Fer'i müdahilin davada yapabileceği işlemlere ilişkin getirilen bu iki sınırlama, fer'i müdahilin taraf olmadığını ve tarafın tüm yetkilerine sahip olmadığını göstermektedir.[98] Nitekim, her yargılama süjesi gibi fer'i müdahil de kendi hakkıyla bağlantılı ve bu hakla orantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptir.[99] Bu kapsamda, fer'i müdahilin yapabileceği işlemlere ilişkin getirilen sınırlamaların fer'i müdahilin hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmediği görüşündeyiz.

Fer'i müdahilin yapabileceği işlemlere ilişkin getirilen bir diğer sınırlama ise fer'i müdahilin davadaki durumuna ilişkindir. Davaya müdahale talebi kabul edilen fer'i müdahil, davayı katıldığı andan itibaren takip eder. Davaya katılmasından önce yapılan işlemlere itiraz edemez ve bu işlemlerin tekrarlanmasını isteyemez.[100] Doktrinde fer'i müdahil bakımından müdahalenin etkisi davaya katıldığı andan itibaren geçerli olacağından, davaya katılmasından önceki işlemlere itiraz edememesinin kendisi açısından bir zarar doğurmayacağı savunulmaktadır.[101]

Fer'i müdahilin davayı bulunduğu noktadan itibaren takip edebilmesi ve daha önce yapılan işlemlerle bağlı olması, eda ve tespit davaları açısın-

---

97 Pekcanıtez, **Fer'i Müdahale**, s. 147.

98 Pekcanıtez, **Fer'i Müdahale**, s. 149.

99 Güray Erdönmez, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, s. 866.

100 Pekcanıtez, **Fer'i Müdahale**, s. 137; Kuru, **a.g.e.**, s. 393.

101 Pekcanıtez, **Fer'i Müdahale**, s. 138.

dan müdahalenin etkisi açısından düşünüldüğünde fer'i müdahil açısından bir zarar doğurmayacaktır. Zira, HMK'nın 69. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine göre müdahalenin etkisi, ilk davanın tarafı ile o davada kendisi yanında davaya fer'i müdahil olarak katılmış bulunan üçüncü kişi arasında görülen ikinci davada, ilk davada verilen hükmün yanlış olduğunun ileri sürülememesidir. Fer'i müdahil, davaya etki edebildiği ölçüde müdahalenin etkisi kendisi açısından geçerli olacaktır.[102]

Eda ve tespit davaları bakımından bu durumun hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yol açmayacağı ve fer'i müdahil açısından zarar doğurmayacağı görüşüne katılmakla birlikte, anonim şirketin haklı nedenle feshi davası sonucunda inşai bir hüküm verileceğinden, diğer pay sahipleri açısından müdahalenin etkisi dışında inşai hükmün etkisi de söz konusu olacaktır. Bu doğrultuda, İsviçre doktrininde Höhn ve Habegger tarafından mahkemenin diğer pay sahiplerini dava hakkında bilgilendirmesinin zorunlu olduğu kabul edilmektedir.[103] Höhn'e göre mahkeme, bilgilendirme yükümlülüğünü diğer pay sahiplerinin yönetim kurulunca bilgilendirilmesine karar vererek sağlayabilir.[104]

Türk doktrinde de Şahin ve Hızlısoy tarafından diğer pay sahiplerinin davaya fer'i müdahil olarak katılabilmelerini sağlamak amacıyla bu kişilerin dava hakkında bilgilendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.[105] Şahin, TTK ve HMK uyarınca mahkemenin diğer pay sahiplerine bildirim yapma yükümlülüğü bulunmadığını belirttikten sonra, mahkemenin davalı anonim şirkete yönelik vereceği bir ara karar ile yönetim kurulunun dava hakkında diğer pay sahiplerini bilgilendirmesini sağlamasının isabetli olacağı görüşündedir.[106]

Hızlısoy da Şahin'in görüşüne katılmakla birlikte, mahkemece bu yönde bir ara karar verilmemiş olsa dahi, yönetim kurulunun özen borcu çerçevesinde davadan diğer pay sahiplerini haberdar etmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır.[107] Yazar, bu görüşünü, TTK'nın 448. maddesinin birinci fık-

---

102 Atalı, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, s. 736.

103 Hızlısoy, **a.g.e.**, s. 217, dpn. 842'den naklen Habegger, **a.g.e.**, s. 285, 314-315; Höhn, **a.g.e.**, s. 121.

104 Hızlısoy, **a.g.e.**, s. 217, dpn. 843'den naklen Höhn, **a.g.e.**, s. 121, dpn. 44.

105 Şahin, **a.g.e.**, s. 355-356; Hızlısoy, **a.g.e.**, s. 217-219.

106 Şahin, **a.g.e.**, s. 355-356.

107 Hızlısoy, **a.g.e.**, s. 218.

rasında yer alan iptal veya butlan davasının açıldığının ve duruşma gününün ilan edilmesi ve şirketin internet sitesi konulmasına ilişkin getirilen kurala dayandırmaktadır.[108] Hızlısoy'a göre, bu hüküm, şirketin sona ermesiyle neticelenebilecek olan anonim şirketin haklı nedenle feshi davasına da kıyas yoluyla uygulanabilir.[109]

Bu itibarla, mahkemece davalı şirkete yönelik ara karar verilerek diğer pay sahiplerinin davadan haberdar edilmesinin yerinde olacağı görüşüne katılıyoruz. Nitekim, anonim şirketin haklı nedenle feshi davası sonucunda verilecek hüküm, tek bir genel kurul veya yönetim kurulu kararının geçersizliğine veya iptaline hükmedilmesine göre daha önemli sonuçlar da doğurabileceğinden, yönetim kurulunun özen borcu çerçevesinde bu davadan diğer pay sahiplerini bilgilendirmesi isabetli olacaktır.

c. Diğer Pay Sahiplerinin Fer'i Müdahil Olarak Davaya Katılabileceği Kabulünün Kanun Yoluna Başvuru Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

Diğer pay sahiplerinin anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında fer'i müdahil olarak kabul edilmesi halinde, yanında katıldığı taraf olan anonim şirket kanun yoluna başvurmazsa kendilerinin de başvuramayabilecek olması sebebiyle de doktrinde eleştirilmektedir. Yüksel'e göre, diğer pay sahiplerinin yalnızca fer'i müdahil olabileceğinin kabul edilmesi, mahkemece verilecek hükümden doğrudan etkilenecek bu kişileri kanun yoluna başvurma yetkisinden dahi yoksun bırakabilecek niteliktedir.[110]

Fer'i müdahilin, yanında katıldığı taraftan bağımsız olarak kanun yollarına başvurup başvuramayacağını doktrinde tartışmalıdır. Kuru'ya göre, fer'i müdahil, hüküm aleyhine ancak yanında katıldığı tarafla birlikte kanun yoluna başvurabilir.[111] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu görüşü destekleyerek, ancak asıl taraf temyiz etmişse fer'i müdahilin de kararı temyiz edebileceğini ifade etmiştir.[112]

Karşıt görüşte olan Pekcanıtez ise, fer'i müdahilin yanında katıldığı ta-

---

108 Ibid.

109 Ibid.

110 Ibid.

111 Kuru, **a.g.e.**, s. 394.

112 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 26.11.2014, 14-1329/985 (www.kazanci.com)

rafın bu yönde bir başvurusu olmasa dahi, kanun yoluna başvurabileceğini savunmaktadır.[113] Ancak, fer'i müdahalenin niteliği gereğince, bu başvurunun yanında katıldığı tarafın işlemleri ile çelişmemesi gerekir.[114] Örneğin, fer'i müdahilin yanında katıldığı asıl taraf kanun yolundan açıkça feragat etmişse, artık fer'i müdahilin de kanun yoluna başvuramaması gerekir.[115]

Kanaatimizce, HMK m. 69/2 uyarınca fer'i müdahale kurumuna müdahalenin etkisi şeklinde önemli bir hukuki sonuç bağlandığından, asıl taraf kanun yoluna başvurmasa dahi, fer'i müdahil kanun yoluna başvurabilmeli ve kendisi aleyhine etki doğurabilecek nitelikte olan kararın bir üst mahkeme tarafından denetlenmesini sağlayabilmelidir. Bu doğrultuda, kanun yoluna başvuru hakkı bakımından fer'i müdahillerin yanında katıldığı asıl tarafa bağımlı olmadığı, asıl tarafın işlemi ile çelişmediği sürece fer'i müdahilin asıl taraftan bağımsız olarak kanun yoluna başvurabileceği kabul edilmelidir. Anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında bakımından da, anonim şirket kanun yoluna başvurmasa dahi – kanun yoluna başvuru hakkından feragat etmediği sürece – diğer pay sahiplerinin kanun yoluna başvurabileceği düşüncesindeyiz.

Son olarak, HMK'nın 69. maddesinin birinci fıkrasında, *"Müdahilin de yer aldığı asıl davada hüküm, taraflar hakkında verilir"* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hükme göre, fer'i müdahil katıldığı davada taraf sıfatını haiz olmadığından, söz konusu dava sonunda onun hakkında hüküm verilemeyecektir. Fer'i müdahil hakkında hüküm verilememesinin anonim şirketin haklı nedenle feshi davası bakımından yaratacağı sonuçlar bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

III. Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi Davasında Davalı Sıfatının Belirlenmesinin Dava Sonucunda Verilebilecek Kararlar Bakımından Sonuçları

Anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında davalı sıfatının yalnızca anonim şirket tüzelkişiliğine ait olduğu, diğer pay sahiplerinin ise sadece fer'i müdahil imkanının bulunduğunu, HMK m. 303 ve HMK m. 69/1

113 Atalı, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, s. 731.

114 Ibid.

115 Ibid.

uyarınca davada hükmün yalnızca taraflar hakkında verilebileceğini ve fer'i müdahil hakkında hüküm verilemeyeceğini bir önceki bölümde belirtmiştik. Bu bölümde, davalı sıfatının belirlenmesi hususunun dava sonucunda verilebilecek kararlar bakımından etkileri değerlendirilecektir.

A. Davanın Reddi

Anonim şirketin haklı nedenle feshi davası sonucunda mahkemece verilebilecek ilk karar türü, davanın reddidir. Hakim, davacı tarafından ileri sürülen sebeplerin haklı neden oluşturmadığı sonucuna varırsa, davanın reddine karar verecektir. İnşai dava niteliğindeki bu davanın reddine ilişkin mahkeme kararı, tespit hükmü niteliğindedir.[116]

HMK m. 303 uyarınca bir kararın kesin hüküm etkisi, davanın tarafları ve onların külli halefleri ile sınırlı olarak uygulama alanı bulur.[117] O halde, davanın reddine ilişkin kararın kesin hüküm etkisi, diğer pay sahiplerinin yeni bir haklı nedenle feshi davası açma hakkına engel oluşturmaz.[118] Buna karşılık, haklı nedenle fesih davası reddedilen davacı pay sahibinin, reddedilen davada haklı neden oluşturmadığı sonucuna varılan nedenlerle yeniden dava açabilmesi mümkün değildir.[119]

B. Fesih

Hakim, davacı tarafından ileri sürülen sebeplerin haklı olduğu sonucuna ulaşırsa, anonim şirketin feshine karar verebilir. Ancak, TTK m. 531'in gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, hakim, şirketin feshini haklı kılan sebeplerin varlığına rağmen ekonomik ve rasyonel açıdan şirketin devamının daha doğru olacağına kanaat getirirse, şirketi feshetmek yerine davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen diğer bir çözüme karar verecektir. Bu bağlamda, kanun koyucu fesih kararını son çare olarak kabul etmiştir.[120]

---

116 Hızlısoy, **a.g.e.**, s. 362; İnşai davanın reddi üzerine verilen kararın tespit hükmü niteliğinde olduğuna ilişkin olarak bkz. Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 470, 471.

117 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 851.

118 Erdem, **a.g.e.**, s. 165; Hanağası, **a.g.m.**, s. 240.

119 Hızlısoy, **a.g.e.**, s. 362. Zira, HMK m. 303'e göre, iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin, ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olduğu hallerde, kesin hüküm söz konusu olur.

120 Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 4. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 625; Nomer Ertan, **a.g.m.**, s. 429.

Mahkemenin fesih kararı ile mevcut bir hukuki durum ortadan kaldırıldığından, bu karar bozucu inşai nitelikte bir hükümdür.[121] Fesih kararı, her ne kadar sonuçlarını davalı sıfatını haiz şirket tüzelkişiliği üzerinde gösterse ve davalı şirketin sona ermesine sebep olsa da, inşai hükmün etkisi sebebiyle davaya katılan ve katılmayan tüm pay sahipleri için etkili olacaktır.[122]

C. Davacı Pay sahibinin Ortaklıktan Çıkarılması

Anonim şirketin haklı nedenle fesih davası, mahkemenin fesih kararı vermeden önce haklı nedeni etkin bir şekilde ortadan kaldıracak alternatif çözümü araştırmakla yükümlü olması ve çözümün varlığı halinde feshe karar verememesi sebebiyle, TTK m. 353'de düzenlenen kuruluşa ilişkin sakatlıklar sebebiyle fesih davası ve TTK m. 530'da düzenlenen organ eksikliği sebebiyle fesih davasından sonuçları bakımından ayrılmaktadır.[123] TTK m. 531'de davacı pay sahibinin paylarının gerçek değer üzerinden satın alınarak ortaklıktan çıkarılması, mehaz İsvBK m. 736/4'den farklı olarak, alternatif çözümlere örnek olarak hükümde açıkça ifade edilmiştir. Yargıtay'ın da bu çözümü benimsediği kararları bulunmaktadır.[124]

Davalı sıfatının yalnızca anonim şirket tüzelkişiliğine ait olduğunun belirlenmesinin ortaklıktan çıkarmaya karar verilmesi bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. Şöyle ki, TTK m. 531'de davacının paylarının kimin tarafından satın alınacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Maddenin gerekçesinde ise, çıkarılmalarına karar verilecek davacı pay sahiplerine paranın kimin tarafından ve nasıl ödeneceği meselelerinin çözümünün doktrindeki görüşler ve yargı kararlarına bırakıldığı ifade edilmiştir.[125] Bu çerçevede, ortaklıktan çıkarma kararı verilmesi halinde, davacının paylarının kim veya kimler tarafından satın alınabileceği, mahkeme kararıyla diğer pay sahipleri tarafından satın alınıp alınamayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Türk hukukunda çoğunluk görüşüne göre, mahkemenin davacının ortaklıktan çıkarılmasına kararı vermesi halinde, pay bedellerinin yalnızca ano-

---

121 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 469-470.

122 Hanağası, **a.g.m.**, s. 247.

123 Yüksel, **a.g.m.**, s. 875.

124 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 2.6.2014, E. 2014/3669, K. 2014/10238; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 3.3.2016, E. 2015/9088, K. 2016/2352 (www.kazanci.com).

125 TTK m. 531 Gerekçe

nim şirket tarafından ödenmesine karar verilebilir; diğer pay sahipleri veya şirket dışı üçüncü kişiler tarafından ödenmesine karar verilemez. Şahin'e göre, haklı nedenle fesih davasında diğer pay sahipleri taraf olmadığından ve diğer pay sahiplerinin bu payları satın almaya zorlanmaları tek borç ilkesine aykırı olacağından, davacıya ait payların diğer pay sahiplerince satın alınması mümkün değildir.[126]

Hanağası'na göre, üçüncü kişilerin fer'i müdahil olarak davaya katılması halinde de, HMK m. 69/1 uyarınca fer'i müdahil hakkında karar verilemeyeceğinden, davacı pay sahibinin paylarının diğer pay sahiplerince veya ortaklık dışındaki kişiler tarafından satın alınması medeni usul hukuku yönünden mümkün gözükmemektedir.[127] İsviçre doktrininde de baskın görüş, mahkemenin davanın tarafı olmayan kişileri bağlayacak biçimde davacının paylarının diğer pay sahipleri veya başka üçüncü kişiler tarafından satın alınmasına karar vermesinin mümkün olmadığı yönündedir.[128]

Buna karşılık, mahkemece davacı pay sahibinin ortaklıktan çıkarılmasına karar verilmesi halinde, pay bedellerinin diğer pay sahipleri tarafından da ödenebilmesine imkan verilmesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Bu doğrultuda, Aker'e göre, mahkemece davacının paylarının diğer pay sahiplerince satın alınmasına karar verilebilir. Ancak, bu sonuca ulaşmak için payları satın almaya razı olan pay sahipleri bakımından öncelikle taraf teşkilinin sağlanması gerekmektedir.[129]

Yüksel, davacının ortaklıktan çıkarılmasına ilişkin çözüm bakımından diğer pay sahiplerinin davaya taraf olduklarının kabul edilmemesinin sorun doğurabileceğine dikkat çekmiştir.[130] Yazara göre, şirketin bu payları iktisap etmek konusunda yeterli kaynağa sahip olmaması halinde bu çözüm uygulanamayacaktır.[131] Nitekim, davacının paylarını satın almayı kabul eden pay sahiplerinin davalı tarafta yer alması, özellikle payların gerçek değerinin be-

---

126 Şahin, **a.g.e.**, s. 421; aynı yönde bkz. Hızlısoy, **a.g.e.**, s. 294-295; Nomer Ertan, **a.g.m.**, s. 431; Ayoğlu, **a.g.m.**, s. 244-245.

127 Hanağası, **a.g.m.**, s. 256.

128 Şahin, **a.g.e.**, s. 417, dpn. 131'den naklen Höhn, **a.g.e.**, s. 123; Handschin, **a.g.e.**, s. 45; Kunz, **a.g.e.**, s. 244; Lüscher, **a.g.e.**, s. 182.

129 Aker, **a.g.m**., s. 139.

130 Yüksel, **a.g.m.**, s. 880.

131 Ibid.

lirlenmesi bakımından ortaya çıkabilecek ihtilafları çözümlemek bakımından yararlı olacaktır.[132]

HMK m. 124/1 uyarınca, *"Bir davada taraf değişikliği, ancak karşı tarafın açık rızası ile mümkündür"*. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, *"Ancak, maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi, karşı tarafın rızası olmaksızın hakim tarafından kabul edilir"*. Bu çerçevede, medeni usul hukukunda dava devam ederken karşı tarafın açık rızası veya belirli şartlarda mahkemenin izniyle tarafta iradi değişiklik yapılması yoluyla taraf teşkilinin sağlanması mümkündür. Buna karşılık, her ne kadar medeni usul hukukunda dava devam ederken iradi taraf değişikliğine imkan tanınsa da, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasının niteliği gereğince diğer pay sahipleri ve üçüncü kişiler davalı sıfatını haiz olmadığından, mahkemenin davanın tarafı olmayan kişileri bağlayacak şekilde karar vermesi mümkün olmadığından ve diğer pay sahiplerinin payları satın almaya zorlanmaları tek borç ilkesine aykırı olacağından, davacıya ait payların diğer pay sahiplerince veya üçüncü kişilerce satın alınmasına karar verilmesinin mümkün olmadığı görüşüne katılıyoruz.

D. Diğer Uygun ve Kabul Edilebilir Çözümler

TTK m. 531 uyarınca hakim, fesih ve davacı pay sahibinin ortaklıktan çıkarılması dışında duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme de hükmedebilir. O halde, mahkemece aranan çözümün iki niteliğe sahip olması gerekir. İlk olarak, çözümün duruma uygun düşmesi, bir başka deyişle uyuşmazlığa sebebiyet veren haklı sebebin ortadan kalkmasına imkan sağlayacak nitelikte olması gerekir.[133] İkinci olarak, çözümün kabul edilebilir olması, diğer bir ifade ile tüm ilgililerin (şirket, davacı pay sahibi, diğer pay sahipleri ve çalışanlar) haklarını dikkate alması ve ilgililerin menfaatleri arasında adil bir denge kurması gerekir.[134] Bu kısımda sadece davalı sıfatının belirlenmesi hususunu ilgilendirdiği ölçüde, diğer pay sahiplerinin paylarının davacı tarafından satın alınmasının mümkün olup olmadığı ve şirketin bölünmesine karar verilip verilemeyeceği olmak üzere tartışmalı iki alternatif çözüm yolu üzerinde durulacaktır.

---

132 Ibid.

133 Nomer Ertan, **a.g.m.**, s. 429.

134 Çamoğlu, **Hakimin Takdir Yetkisi**, s. 14; Nomer Ertan, **a.g.m**., s. 429.

a. Mahkemece Diğer Pay Sahiplerinin Paylarının Davacı Tarafından Satın Alınmasına Karar Verilmesinin Mümkün Olup Olmadığı

Çoğunluğun tahakkümüne dayanan olguların veya kilitlenme gibi haklı sebeplerin bulunduğu hallerde, alternatif bir çözüm yolu olarak mahkemenin diğer pay sahiplerinin paylarının davacı tarafına satın alınmasına karar vermesinin mümkün olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Doktrinde bu hususa ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Şahin'e göre, mahkemenin davacı pay sahibinin diğer pay sahiplerine ait payları satın almasına karar vermesi, ortaklık ilişkisini sürdürmek isteyen diğer pay sahiplerine paylarını satma yükümlülüğü getireceğinden tek borç ilkesine aykırı olacaktır.[135] Bununla birlikte, yazara göre, diğer pay sahiplerinin kendi paylarını davacıya satma iradesi bulunsa dahi, medeni usul hukuku çerçevesinde mahkemece davaya taraf olmayan kişiler hakkında karar verilmesi mümkün değildir.[136] Ayoğlu da davacının dışında kalan diğer pay sahipleri davada taraf olmadıklarından, mahkemece bu pay sahiplerini yükümlülük altına sokacak herhangi bir çözüme hükmedilemeyeceği ve diğer pay sahiplerinin şirketten çıkartılmalarına karar verilemeyeceği görüşündedir.[137]

Buna karşılık, Yüksel, haklı nedenle fesih davasının çoğunluk tarafından açılması halinde davalının yalnızca şirket olabileceğinin kabul edilmesinin, azınlığın paylarının satın alınması şeklinde olası bir alternatif çözümü engelleyeceğine dikkat çekmektedir ve çoğunluk tarafından açılan haklı nedenle fesih davasında, azınlığın davalı sıfatını haiz olması gerektiğini savunmaktadır.[138]

HMK m. 69/1 uyarınca taraf sıfatı olmayan kişiler hakkında hüküm verilemeyeceğinden, mahkemenin davada taraf sıfatı olmayan diğer pay sahiplerini bağlayacak şekilde bu kişilerin paylarının davacı tarafından satın alınmasına karar veremeyeceği yönündeki görüşlere katılıyoruz.

b. Tam Bölünme Kararı Verilip Verilemeyeceği

Anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında mahkemenin alternatif

---

135 Şahin, **a.g.e.**, s. 426.

136 Ibid.

137 Ayoğlu, **a.g.m.**, s. 248.

138 Yüksel, **a.g.m.**, s. 881.

bir çözüm olarak bölünme kararı verip veremeyeceği de tartışmalı bir konudur. Şahin'e göre, mahkemenin bölünme kararı ile birlikte hem genel kurul hem yönetim kurulu yerine geçerek bir dizi karar alması gerektiğinden ve bu durum, davalı şirketin karar mekanizmalarına müdahale sınırını aştığından, mahkeme, davalı şirketin bölünmesine hükmedemeyecektir.[139]

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, mahkeme davalı şirketin bölünmesine hükmedebilmelidir. Altay, bölünmenin şirket düzenini ciddi anlamda başkalaştıracak nitelikte radikal bir çözüm yolu olması sebebiyle, bu çözüm yoluna şirketin somut gerçekliğinin elverdiği istisnai durumlarda başvurulması gerektiği görüşündedir.[140] Nomer Ertan da, şirketin bölünmesi, davaya taraf olmayan pay sahiplerinin menfaatlerine doğrudan bir müdahale teşkil edeceğinden, bu çözümün kabul edilmesinin ancak çok istisnai hallerde mümkün olması gerektiğine dikkat çekmiştir.[141]

Ayoğlu'na göre, özellikle az sayıda pay sahibi bulunan şirketler ve aile şirketlerinde, şirkette kilitlenmeden kaynaklanan haklı sebebin varlığı halinde bu çözüm etkin bir yöntem oluşturabilir.[142] Biz de Ayoğlu'nun görüşüne katılıyoruz. Zira, mahkemece davacı pay sahibinin şirketten ayrılması kararı verilmesi halinde de, şirket davacı pay sahiplerinin paylarının değerini sermayenin azaltılması yoluna başvurarak ödeyebilir. Hem sermayenin azaltılması hem de bölünme kararı neticesinde davalı şirketin malvarlığının bir bölümü şirketten ayrılmaktadır. Bu kapsamda, bölünme kararı verilmesinin özellikle az sayıda pay sahibinden oluşan şirketlerde ve aile şirketlerinde kilitlenmeden kaynaklanan haklı sebebin varlığı halinde işlevsel bir çözüm yolu olabileceği görüşündeyiz. Nitekim, her ne kadar bölünme şirket düzenini ciddi şekilde değiştiren radikal bir çözüm yolu olsa da, şirketin feshine tercih edilmesi gereken bir yöntemdir.[143]

Mahkemece bölünme kararı verilebileceği kabul edilecek olursa, davalı sıfatının belirlenmesinin en önemli sonucu, tercih edilecek bölünme türü bakımından ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, tam bölünme-kısmi bölünme ayrımı,

---

139 Şahin, **a.g.e.**, s. 580-581.

140 Altay, **a.g.e.**, s. 692.

141 Nomer Ertan, **a.g.m.**, s. 434.

142 Ayoğlu, **a.g.m.**, s. 248, dpn. 62. İsviçre doktrininde aynı görüşü savunan yazarlar için bkz. Hızlısoy, **a.g.e.**, s. 357, dpn. 1378'de belirtilen yazarlar.

143 Altay, **a.g.e.**, s. 692.

bölünme kararının ardından bölünen şirketin infisah edip etmemesine göre yapılmaktadır. Bölünen şirket, tam bölünmede infisah ederken, kısmi bölünmede faaliyetlerine kaldığı yerden devam etmektedir(TTK m. 159, 179/2 ve 179/3). Tam bölünmeye karar verilmesi halinde davalı şirket infisah edeceğinden, diğer pay sahiplerinin de başka şirketlerde pay sahibi olmaları gerekecektir. Bu durum, ana kural gereğince davalı sıfatına sahip olmayan diğer pay sahiplerine yükümlülük getireceğinden, mahkemece tam bölünme kararı verilmesi mümkün olmamalıdır. Nitekim, diğer pay sahiplerine başka şirketlerde pay sahibi olma yükümlülüğü getirilmesi, tek borç ilkesine de aykırı olacaktır. Bu itibarla, mahkemece tam bölünmeye karar verilemeyeceği, kısmi bölünmeye karar verilebileceği görüşüne katılıyoruz.[144] Buna ek olarak, oranların korunduğu (simetrik) bölünmede bölünen şirkette mevcut olan sorunlar, aynen devralan şirkette de devam edeceğinden, burada oranların korunmadığı (asimetrik) bölünmenin gündeme geleceği açıktır.[145]

SONUÇ

Türk hukukunda anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında davalı sıfatının kime veya kimlere ait olduğuna ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler ve Yargıtay kararları arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Özellikle Yargıtay kararlarında medeni usul hukukuna dair birçok önemli hususun göz ardı edilmesi ve kararlar arasında ciddi farklılıklar bulunması hukuk güvenliğini zedelemektedir. Bu itibarla, çalışmamız kapsamında davalı sıfatının belirlenmesi sorunsalı, medeni usul hukukunu ilgilendiren yönleriyle ele alınmıştır.

Anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında, her ne kadar şekli taraf teorisi uyarınca davacı tarafından diğer pay sahiplerinin de şirket yanında davalı tarafta gösterilmesi mümkünse de, diğer pay sahiplerinin davalı sıfatını haiz olup olmadığı taraf kavramından ayrı incelenmesi gereken bir konudur. Davalı sıfatı, dava konusu talep açısından yükümlü olmayı gerektiren bir kavramdır. Fakat, anonim şirketin haklı nedenle feshi davasının HMK m. 26/2'de yer alan taleple bağlılık ilkesinin istisnasını oluşturması nedeniyle, dava sonucunda davacının talebinden bağımsız olarak hakimce karar

---

144 Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, **Şirketler Hukuku**, 9. Bası, Bursa: Dora Yayıncılık, 2013, s. 573-574.

145 Erdem, **a.g.e.**, s. 247.

verilecek olan çözümü önceden bilmek ve talep yükümlüsünü tespit etmek olanaklı değildir. Bu durum, davalı sıfatının belirlenmesini daha da güçleştirmektedir.

Anonim şirketin haklı nedenle feshi davası, yenilik doğuran (inşai) bir davadır. İnşai davada davalı sıfatı, davacının kendisiyle olan hukuki ilişkileri yeniden düzenlenmesi amaçlanan kişiye aittir. TTK m. 531'de anonim şirketin haklı nedenle feshi davasının öngörülmüş olmasının amacı, esasen davacı pay sahibi ile anonim şirket arasındaki ilişkilerin yeniden düzenlenmesidir. Diğer pay sahiplerinin konumu ise inşai davada davalı sıfatı tanımı ile örtüşmemektedir. Nitekim, mahkemece dava sonucunda verilebilecek kararların diğer pay sahiplerini doğrudan etkilemesi hususu da inşai hükümleri diğer hükümlerden ayıran inşai hükmün tesiri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, diğer pay sahiplerinin davalı sıfatına sahip olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bununla birlikte, dava sonucunda verilecek olan karar diğer pay sahiplerinin hukuki durumunu doğrudan etkileyeceğinden, diğer pay sahiplerinin fer'i müdahale yoluyla davaya katılma imkanı bulunmaktadır. Fer'i müdahilin davayı katıldığı andan itibaren takip edebilmesi, daha önce yapılan işlemlerle bağlı olması ve müdahalenin etkisi nedeniyle diğer pay sahiplerinin davadan haberdar edilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, mahkemece davalı şirkete yönelik ara karar verilmesi ve yönetim kurulunun özen borcu çerçevesinde diğer pay sahiplerinin davadan haberdar edilmesi isabetli olacaktır.

Son olarak, diğer pay sahipleri anonim şirketin haklı nedenle feshi davasında taraf sıfatını haiz olmadıklarından, HMK m. 69/1 uyarınca diğer pay sahipleri hakkında hüküm verilemeyecektir. Bu kuralın dava sonucunda verilebilecek kararlar bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. Kanaatimizce, davacı pay sahibinin ortaklıktan çıkarılmasına karar verilmesi halinde, davacıya ait payların diğer pay sahiplerince veya üçüncü kişilerce satın alınmasına karar verilemeyecektir. Diğer uygun ve kabul edilebilir çözümler bakımından ise, mahkemece taraf sıfatına sahip olmayan diğer pay sahiplerini bağlayacak şekilde bu kişilerin paylarının davacı tarafından satın alınmasına karar verilemeyecek ve diğer pay sahiplerine yükümlülük getirecek şekilde tam bölünme kararı verilemeyecektir.

KAYNAKÇA

AKER Halit, "Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **BATIDER**, C. 32, S. 1, Ankara, 2016, s. 63-150.

AKIN Murat Yusuf, **Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu**, İstanbul, 2002.

ALANGOYA Yavuz / YILDIRIM Mehmet Kamil / DEREN YILDIRIM Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2009, s. 112

ALTAY Sıtkı Anlam, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.

AYOĞLU Tolga, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013/2.

BİLGE Mehmet Emin, "Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi", **EÜHFD**, C. XVI, S. 3-4, s. 261-294.

BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, **Şirketler Hukuku**, 9. Bası, Bursa: Dora Yayıncılık, 2013.

ÇAMOĞLU Ersin; "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi", Prof. Dr. Yavuz Alangoya'ya Armağan, İstanbul: Alkım Yayınevi, 2007, s. 667-684.

ÇAMOĞLU Ersin, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimin Takdir Yetkisi", **BATIDER**, C. XXXVI, S. I, s. 5-19.

ERDEM Nuri; **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

HANAĞASI Emel, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medeni Usul Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi", **BATIDER**, C. 32, S. 1, Ankara, 2016.

İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, **Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

İMREGÜN Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, İstanbul, 1989.

KENDİGELEN Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. Bası, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2012.

KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 22. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.

KURU Baki, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2015.

MOROĞLU Erdoğan, "Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih", Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, (Makaleler I, İstanbul, 2006), s. 89-102.

MUŞUL Timuçin, **Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.

NOMER ERTAN Füsun, "Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi Davası – TTK m. 531 Üzerine Düşünceler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 73, S. 1, 2015, s. 421-440.

ÖNEN Ergun, **İnşai Dava**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 459, 1981.

PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 4. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

PEKCANITEZ Hakan / ÖZEKES Muhammet / AKKAN Mine / TAŞ KORKMAZ Hülya, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017.

PEKCANITEZ Hakan, **Fer'i Müdahale**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No. 30, 1992 (Fer'i Müdahale).

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku**, Cilt II, 13. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.

PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 4. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

RÜZGAR Eser, "Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi", **TAAD**, Yıl: 5, Sayı: 16, Ocak 2014, s. 337-371.

SÜMER Ayşe, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, 2012, s. 839-849.

ŞAHİN Ayşe; **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

ŞENER Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 3. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

TEKİNALP Ünal, "Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Önemli Sebeplerle Feshi – Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına

Karşı Etkili Bir Araç", İktisat ve Maliye Dergisi, C. 21, S. 8, Kasım 1974, s. 321-326 (Önemli Sebeplerle Fesih).

TEKİNALP Ünal, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usuli Sorunları", Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, s. 211-222 (Usuli Sorunlar).

YASAMAN Hamdi, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul, 2009.

YÜKSEL Sinan Hüdai, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, Ocak 2017, s. 864-881.