



**İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ**

**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Yıl 3 Sayı 1 - Haziran 2017**

**Year 3 Issue 1 - June 2017 - ISSN 2149-5890**



**İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Yıl 3 Sayı 1 - Haziran 2017**

**Year 3 Issue 1 - June 2017**

## İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN 2149-5890

### Sahibi

Dr. Mustafa Aydın

### Yayın Periyodu

Yılda iki sayı: Haziran & Aralık

### Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Zeynep Akyar

### Yayın Dili

Türkçe

### Editör

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Yıl 3 Sayı 1 - Haziran 2017

Year 3 Issue 1 - June 2017

### Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Yard. Doç. Dr. Pakize Ezgi Akbulut

Arş. Gör. Buse Aksaray

### Yazışma Adresi

Beşyol Mahallesi, İnönü Caddesi, No: 38, Sefaköy, 34295

Küçükçekmece/İstanbul

**Tel:** 0212 444 1 428 - 23410

**Fax:** 0212 425 57 97

**Web:** www.aydin.edu.tr

**E-mail:** hukukdergi@aydin.edu.tr

### Akademik Çalışmalar Koordinasyon Ofisi

### İdari Koordinatör

Gamze Aydın

### Baskı

Armoninuans Matbaa Yukarıdudullu, Bostancı Yolu Cad.

Keyap Çarşısı B-1 Blk. No:24 Ümraniye/İSTANBUL

**Tel:** 0216 540 36 11

**Fax:** 0216 540 42 72

**E-mail:** info@armoninuans.com

### Teknik Editör

Merve Keleş

### Türkçe Redaksiyonu

Nigar Dilşat Kanat

## HAKEM KURULU

- Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ**, *Türk - Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Arif KOCAMAN**, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi*
- Prof. Dr. Atilla ÖZER**, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ**, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*
- Prof. Dr. Cemal OĞUZ**, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Cemil KAYA**, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Cevdet Salih ŞAHİNİZ**
- Prof. Dr. Emin MEMİŞ**, *İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN**, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Enver BOZKURT**, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Eyyup Günay İSPİR**, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT**, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Gürsel TEKİN**, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Havva KARAGÖZ**, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN**, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN**, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Kadir ARICI**, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Kayıhan İÇEL**, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Kudret GÜVEN**, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Levent AKIN**, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Mehmet AYAN**, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR**, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU**, *Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN**, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ**, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Rıza AYHAN**, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA**, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK**, *FSM Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Timuçin MUŞUL**, *Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR**, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Doç. Dr. Ali Hakan EVİK**, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Doç. Dr. İbrahim SUBAŞI**, *Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksek Okulu*
- Doç. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA**, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Doç. Dr. Murat YAVAŞ**, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Doç. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU**, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

**Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL**, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
**Doç. Dr. Serdar Mustafa ÖZBEK**, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
**Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK**, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
**Yard. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ**, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
**Yard. Doç. Dr. Aslihan ÖZTEZEL**, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
**Yard. Doç. Dr. Başak BAŐOĐLU**, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
**Yrd. Doç. Dr. Ender DEMİR**, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
**Yard. Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN**, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
**Yard. Doç. Dr. Hilal YENER COŐKUN**, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
**Yard. Doç. Dr. Mustafa Cahit GÜNEL**, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
**Yard. Doç. Dr. Mehtap İPEK İŞLETEN**, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
**Yard. Doç. Dr. Nuri ERDEM**, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
**Yard. Doç. Dr. Umut YENİOCAK**, *İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
**Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT**, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

# İçindekiler

## **Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Bağlamında Ayıp İhbarında Şekil ve İspat Sorunu**

*The Problem Of Form And Proof In The Notice Of Fault In The Context Of The Buyer's Warranter Dept In Commercial Sales Contracts*

Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY, Av. Hanife ÖZDİL..... 1

## **Alman Devletlerinde Sosyalist Siyasal Düşünceler, Hukuk Felsefesi ve Din Felsefesi (1830-1840)**

*Socialist Political Thought, Legal Philosophy, and Philosophy of Religion in the German States (1830-1840)*

Ateş USLU..... 21

## **Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi**

*Substantial Amendment at Working Conditions and Cancellation of Amendment*

Ramazan YÜCEL..... 49

## **Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı Ve Tacirler Hakkında Uygulanması**

*Personal Application Area Of The General Terms And Conditions And Implementation About Merchants*

Oğuz ERSÖZ.....69

## **Türkiye'de Yabancılara Yasak Olan Meslek Grupları**

*Some of the job sectors which are forbidden for foreigners in Turkey*

Melis KUTLU ..... 105



## EDİTÖRDEN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015 yılında ilk sayısı ile yayım hayatına başlamıştır. Dergimiz yılda iki kez yayımlanan hakemli dergidir. Dergimizde hakem denetiminden geçmiş makalelere ve çevirilere yer verilmektedir.

Bu sayımızda Prof. Dr. Ömer Adil Atasoy ve Av. Hanife Özdil'in "*Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Bağlamında Ayıp İhbarında Şekil ve İspat Sorunu*" isimli makalesi, Doç. Dr. Ateş Uslu'nun "*Alman Devletlerinde Sosyalist Siyasal Düşünceler, Hukuk Felsefesi ve Din Felsefesi (1830-1840)*" isimli makalesi, Ar. Gör. Ramazan Yücel'in "*Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi*" isimli makalesi, Ar. Gör. Oğuz Ersöz'ün "*Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması*" isimli makalesi, Ar. Gör. Melis Kutlu'nun "*Türkiye'de Yabancılara Yasak Olan Meslek Grupları*" isimli makalesi yer almaktadır. Bu sayımızda katkılarını sunan yazarlarımıza çok teşekkür ederim. Bu sayımızda beş hakemli makale bulunmaktadır.

Hukuk bilimine katkısı ve etkisi büyük olan Hukuk Fakültesi dergilerinde hukuki konular, farklı görüş ve yaklaşımlarla değerlendirilmektedir. Bizim amacımız, hukuk dünyasına yararlı çalışmaların yayımlanarak düşünce dünyamızın zenginleşmesine katkıda bulunmaktır. Bundan sonraki sayılarda dergimizi daha iyiye ulaştırma gayreti içinde olacağız.

**Doç. Dr. Ebru Ceylan**





# ***Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Bağlamında Ayıp İhbarında Şekil ve İspat Sorunu***

***Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY \****

***Av. Hanife ÖZDİL \*\****

## **Özet**

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda satıcının ayıptan sorumluluğu m.219 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Alıcının satım konusu maldaki ayıbı satıcıya bildirme yükümlülüğünün nasıl olacağı hakkında ise herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 18/III de, tacirler arasındaki bir takım ihbar ve ihtarların belirli şekillerde yapılacağı belirtilmiştir. Bu hüküm nedeniyle ticari satım sözleşmelerinde tacir sıfatına sahip olan alıcının herhangi bir şekil şartıyla bağlı olmaksızın ayıp ihbarında bulunup bulunamayacağı hususu tartışmalıdır.

Bu çalışmada ticari satımda ayıp ihbarının şekle tâbi olup olmadığı ve ispatı meselesi hukuk yazını ve Yargıtay kararları çerçevesinde incelenecektir.

***Anahtar Kelimeler:*** *Ticari Satım Sözleşmesi, Ayıp, İhbar şekli, İspat*

## **The Problem Of Form And Proof In The Notice Of Fault In The Context Of The Buyer's Warranter Dept In Commercial Sales Contracts**

### **Abstract**

The liability of the seller for fault is regulated in the Article 219 etc. in 6098 numbered Turkish Code of Obligations. If the buyer's sale subject matter is about how the obligation to report the fault of the asset to the seller will be, no form requirement is anticipated. However in the Article 18 / III of the Turkish Commercial Code No. 6102, it is mentioned that certain notices and warnings between traders will be made in certain forms.

---

\* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

\*\* İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi

Because of this verdict, the subject of whether or not the buyer who has the title of merchant in the contracts of commercial sale will be able to report the fault without being bound in any form requirement is controversial.

In this study, whether or not the fault report is subject to form and its proof will be examined within the framework of the Supreme Court decisions.

**Keywords:** *Commercial Sale Contract, Fault, Form of announcement, Proof*

## **Giriş**

14/2/2011 tarihli 27846 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 13.01.2011 tarihinde kabul edilen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrası, **“Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır”** şeklindedir.

Kanun bu hükümlerle tacirler arasında bir kısım ihtar ve ihbarların belirli şekillerde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Ticari satım sözleşmelerinde satım konusu "şey" in ayıplı olması durumunda alıcının satıcıya ayıba ihbar yükümlülüğünün TTK. md. 18/III de belirtilen şekle uygun yapılmasının gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Bu durum, tacirler arasında sıkça ayıplı mal satışına ilişkin uyuşmazlıklar açısından, alıcı tacirin ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabilmesi ve bu hakkın kullanılmasının sonuçları bakımından önem arz etmektedir.

## **1. TİCARİ SATIM KAVRAMI VE TACİRLER ARASI TİCARİ SATIMLARDA SATICININ AYIPLI İFASINDA UYGULAMA ALANI BULACAK HÜKÜMLER**

TTK Madde 23'de “Ticari satış ve mal değişimi” düzenlenmiş, tacirler arasında yapılan ticari satışlarda esas itibariyle TBK'nın ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtildikten sonra bu tür satışlar hakkında özel bazı hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümlerin uygulanabilmesi için somut olayda ticari satışın mevcut olması gerekir.

Ticari satış, sözleşmenin her iki tarafının da tacir olduğu ve her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olan satıştır.

Tacirler arası ticari satımlarda satıcının ayıplı ifadan sorumluluğu esas itibarıyla TBK Madde 219 vd. hükümlerine tâbidir ancak tacirler arasındaki ticari satımlardan kaynaklanan ayıplı ifa hallerinde alıcının muayene ve ihbar külfetlerinin süresi hakkında TTK Madde 23/1-c de düzenlenmiş olan özel hüküm uygulanacaktır. Satıcının ayıplı ifasına ilişkin diğer konularda ise TBK md. 219 vd. hükümlerinde düzenlenen genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

## **2. TÜRK BORÇLAR KANUNU VE TÜRK TİCARET KANUNU UYARINCA SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU**

Satım konusu şeyin ayıplı olması tarafların edimleri arasındaki mübadele ve karşılıklı adil yarar amacını zedelemekte, edim ve karşı edim arasındaki denklik ilişkisinin bozulmasına neden olmaktadır. Ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen kanun hükümlerinin amacı, tarafların edimleri arasındaki bozulan dengenin yeniden kurulmasıdır<sup>1</sup>.

### **A. AYIPTAN SORUMLULUĞUN MADDİ ŞARTLARI**

#### **1. Satıcının Satılanı Teslim ve Mülkiyeti Geçirme Borcu Yerine Getirilmiş Olmalıdır**

Türk Borçlar Kanunu Madde 207/1'de satış sözleşmesi tanımlanmıştır. Buna göre, satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir. Bu bağlamda satıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri anlamında sorumlu tutulabilmesi için öncelikli şart, satıcının satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcunu yerine getirmesidir.

Ayıplı malın ifa olarak sunulması halinde alıcı satılanın ayıplı olduğunu fark ederse, satılan şeyi ifa olarak kabul etmekten kaçınabilir. Böyle bir durumda alıcı, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması aşamasına geçilmeden satıcıyı borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümler uyarınca sorumlu tutabilir. Alıcı bu halde alacaklı temerrüdüne düşmez.

---

<sup>1</sup> Şahiniz Cevdet Salih, *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.27

## **2. Satılan Ayıplı Olmalıdır**

Satıcının satılan malda varlığını vaat ettiği vasıfların veya maldan beklenen lüzumlu vasıf ve özelliklerin bulunmaması halinde satılan ayıplıdır.

- **Lüzumlu Vasıfların Bulunmaması Şeklindeki Ayıp:** Alıcının dürüstlük kuralı gereğince beklediği vasıfların satılarda bulunmaması ve satılanın kullanım amacı bakımından taşınması gereken vasıfları taşımaması durumudur. TBK Madde 219/1 de “...*nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumludur.*” şeklinde belirtilmiştir.
- **Vaat Edilen Vasıfların Bulunmaması Şeklindeki Ayıp:** Vasıf vaadi, satıcının satılan şeyin olumlu vasıflara sahip olduğunu veya olumsuz niteliklerinin bulunmadığını bildirmesidir. Satıcının vaat ettiği vasıflar, maddi, ekonomik veya hukuki nitelikte olabilir.

## **3. Alıcı Ayıbı Bilmemelidir**

TBK Madde 222 gereğince, alıcı, satılan malda var olan ayıpları daha önceden biliyorsa artık satıcı bundan sorumlu tutulamaz. Satıcı, olağan bir muayene ile anlaşılamayan ayıplardan, alıcıya güvence vermemiş olsa dahi sorumludur. Buna karşılık alıcının malı yeterince muayene etmesiyle anlaşılabilir ayıplardan satıcının sorumlu olabilmesi için bu konuda alıcıya ayrıca güvence vermiş olması gerekir. Ayıbın bilinmesi kavramı, alıcının ayıbın kapsamı ve önemi hakkında bilgi sahibi olması şeklinde anlaşılmalıdır.

Temsilci aracılığıyla yapılan satım sözleşmelerinde, sözleşmenin kuruluşu sırasında temsilcinin veya temsil olunan alıcının, ayıbı bilmesi satıcının sorumluluğunu ortadan kaldırır.

Satıcının ayıptan dolayı sorumluluğunun doğabilmesi için ayıpların satıcı tarafından bilinmesi gerekmez. Satıcı, satılanın ayıplı olduğunu bilmese dahi sorumludur.

#### **4. Ayıp Hasar ve Yararın Alıcıya Geçmesinden Önce Mevcut Olmalıdır**

Hasar ve yararın alıcıya geçmesinden sonra satım konusu şeye ilişkin ayıplardan satıcı sorumlu tutulamaz. Satıcının ayıplardan sorumluluğu taşınır satışlarında ziyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anından önceki bir nedenden kaynaklanan ayıplara ilişkindir<sup>2</sup>.

#### **5. Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu Sözleşme İle Kaldırılmamış veya Sınırlanmamış Olmalıdır**

Satıcının ayıba karşı tekeffülü düzenleyen TBK Madde 219 hükmü emredici nitelikte değildir. Taraflar sorumsuzluk anlaşması yaparak maldaki ayıplardan satıcının sorumlu olmayacağını kararlaştırabilirler. Ancak, TBK Madde 221 uyarınca satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin hükümsüzdür.

#### **B. AYIPTAN SORUMLULUĞUN ŞEKLİ ŞARTLARI**

Satış sözleşmesi bakımından satıcının maldaki ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için alıcının gözden geçirme ve bildirim *yükümlülüğünü* yerine getirmiş olması gerekir. Gözden geçirme ve bildirim alıcı bakımından bir yükümlülük niteliğinde olup alıcı bu yükümlülükleri yerine getirmese malı ayıplı hali ile kabul etmiş sayılır ve ayıp nedeniyle sahip olduğu hakları kaybeder.

Alıcının muayene yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için satın aldığı mal üzerinde doğrudan tasarruf edebilmesi gerekir, diğer bir ifade ile malın alıcıya sözleşmeyi ifa etme iradesiyle fiilen teslim edilmiş olması gerekir. Satış konusu mal, alıcıya teslim edilmeden önce alıcı malın ayıplı olduğunu bir şekilde öğrenmiş olsa bile ayıp ihbar süresinin başlangıcı yine de malın fiilen teslimidir.

Borçlar kanununda 223. Maddede alıcının “gözden geçirme ve satıcıya bildirme yükümlülüğü” düzenlenmiştir: *Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılанда satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır. Alıcı gözden geçirmeyi*

<sup>2</sup> Aydoğdu Murat - Kahveci Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.149

*ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılarda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır.*

Türk Borçlar Kanunu'nun 223. Maddesine göre, adi satımda, olağan bir gözden geçirme ile ortaya çıkarılabilecek ayıplarda satıcının sorumlu tutulabilmesi için alıcının işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz malı muayene etmesi, ayıbın varlığı halinde, ayıbı uygun bir süre içinde satıcıya bildirmesi gerekir. Olağan bir gözden geçirme ile ortaya çıkacak bir ayıp yoksa satıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için ayıp ortaya çıkar çıkmaz derhal, ayıp satıcıya bildirilmelidir.

Ticari satımlarda muayene ve ihbar yükümlülüğüne ilişkin olarak ise özel bir düzenleme getirilmiştir.

*Malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Diğer durumlarda, Türk Borçlar Kanununun 223 üncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanır. (TTK Madde 23/1-c)*

TTK Madde 23/1-c hükmüne göre, ticari satımlarda üç ayıp türü öngörülmüştür.

**a. Açıkça Belli Ayıplar:** Satılanın teslimi sırasında, onun muayene edilmesine gerek olmaksızın belli olan ayıplar: Bu tür ayıplar malın teslimi sırasında açık bir şekilde görülebilecek ayıplardır. Örneğin, satılan bir aracın aynasının ya da farının kırık olması. Bu tür ayıbın varlığı halinde alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir.

**b. Açıkça belli Olmayan Ayıplar:** Satılanın teslimi sırasında açıkça belli olmayan fakat olağan bir muayene ile meydana çıkacak ayıplar (adi ayıplar) : Bu tür ayıplar olağan bir muayene ile görülebilecek ayıplardır.

Örneğin, satılan bir aracın koltuk ayar düğmelerinin bozuk olması. Bu tür ayıbın varlığı halinde, alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemeli veya incelettirmeli ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbar etmelidir.

**c. Gizli Ayıplar:** Maddi ve olağan bir muayene ile meydana çıkmayan ayıplar ise gizli ayıplardır. *Örneğin, satılan aracın motorunda bulunan bir ayıp nedeniyle aracın birkaç ay kullanılması sonucu motorunun arızalanması.* Bu tür ayıbın varlığı halinde alıcı, TTK Madde 23'ün TBK Madde 223'e yaptığı atıf gereğince, *ayıp ortaya çıkar çıkmaz* ayıbı hemen satıcıya ihbar etmelidir.

Teslim tarihi aynı zamanda zamanaşımı süresinin de başlangıç tarihidir. Gizli ayıplarda, gizli ayıp teslimden çok sonra ortaya çıksa bile zamanaşımı süresi yine teslimle başlar.

Gerek muayene gerekse ihbar yükümlülüğüne ilişkin TBK ve TTK ile getirilen hükümler yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Tarafların sözleşme ile aksini kararlaştırmaları mümkündür. Dolayısıyla tarafların ihbara ilişkin süreleri uzatmaları veya kısaltmaları mümkün olduğu gibi, taraflar ayıbın niteliğine göre yasal hükümlerden farklı bir düzenlemeyi de kabul edebilirler.

## C. AYIP HALİNDE ALICININ SEÇİMLİK HAKLARI

### 1. Sözleşmeden Dönme

Alıcı, satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Sözleşmenin dönme ile sona ermesi halinde taraflar birbirlerinden aldıklarını iade ile yükümlü hale gelirler.

Satılan, alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcının sözleşmeden dönme imkânı sona erer. Alıcı bu durumda sadece satılanın değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini talep edebilir.

TBK Madde 227/4 gereğince, alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı *göstermiyorsa hâkim, satılanın* onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir.



## **2. Satış Bedelinde Ayıp Oranında İndirim İsteme**

Alıcı satış konusu şeyi kendisinde tutmak niyetindeyse, ayıp nedeniyle maldaki değer azalmasının satıcı tarafından ödenmesini isteyebilir.

TBK Madde 227/5 gereğince, Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir. Bu durumda indirim isteme hakkı kullanılamaz.

## **3. Satılanın Ayıpsız Misliyle Değiştirilmesini İsteme**

Satılanın misli eşya olması halinde alıcı bu seçimlik hakkını da kullanabilir. Ancak, satılan, alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcının değiştirme imkânı sona erer. Alıcı bu durumda sadece satılanın değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini talep edebilir.

TBK Madde 227/3 gereğince, satıcı da alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek alıcının seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.

## **4. Satılanın Onarılmasını İsteme**

TBK Madde 227/1-3 gereğince, alıcı, onarımın aşırı bir masrafa yol açmaması koşuluyla *bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere* satılanın ücretsiz olarak onarılmasını isteyebilir.

## **D. AYIPLI MAL VE HİZMET İFALARINDA DAVA ZAMANAŞIMI SÜRELERİ**

Ticari satımlarda ayıptan doğan hakların kullanılabilmesi bakımından, genel hüküm niteliğindeki TBK Madde 231/1 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça ticari satımlarda da satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılandaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak 2 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ancak, satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise 2 yıllık zamanaşımı süresinden yaralanamaz. Belirtmek isteriz ki eski TTK 'da 6 aylık bir zamanaşımı süresi öngörülmüşken yeni TTK 'da bu süre kaldırılmıştır.

### 3. TİCARİ SATIMLARDA AYIP İHBARININ ŞEKLİ VE İSPATI SORUNU

Türk Borçlar Kanunu açısından ayıp ihbarının yapılması herhangi bir şekil şartına tabi kılınmamıştır. Böyle olmakla birlikte 6102 sayılı *Türk Ticaret Kanununda: Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır (TTK MADDE 18/3)* hükmü düzenlenmiştir. Bu hükme ilişkin olarak iki husus tartışmalıdır.

#### 1. Öngörülen Şeklin Geçerlilik Şartı Mı Yoksa İspat Şartı Mı Olduğu Tartışması

TTK Madde 18/3 hükmü kapsamında tartışılan hususlardan birisi hükmün getirdiği şekil koşulunun geçerlilik şekli mi yoksa ispat şekli mi olduğudur. Bu tartışma aslında 6102 sayılı TTK Madde 18/3'ün eski kanundaki karşılığı olan 6762 sayılı eski TTK Madde 20/3 hükmünden kaynaklanmaktadır: *Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesih yahut ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar ve ihtarların muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması şarttır ( ETTK Madde 20/3).*

Eski kanunda madde metnindeki “şarttır” ibaresinden ve “muteber olması için” ibaresinden bu hükümde öngörülen hükmün geçerlilik şartı olduğu hususu anlaşılmalıdır. Doktrindeki hâkim görüşe göre, *ETTK Madde 20/3* hükmünde öngörülen şekil geçerlilik şartıdır<sup>3</sup>. Bu nedenle bu hükümde öngörülen hususlara ilişkin ihtar ve ihbarlar, hükümde gösterilen şekillerden biri ile yapılmalıdır. Hükümde belirtilen ihbar ve ihtarlar, hükümde belirtilen şekillerde yapılmazsa, geçersiz sayılır.

Ancak ticaret hayatının pratik ihtiyaçları karşısında söz konusu ihtar ve ihbarlar için öngörülmüş olan şeklin ispat şartı olduğu bazı yazarlar ve *Yargıtay Kararlarında* kabul edilmiştir<sup>4</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12.03.1997 tarih ve 996/11-951 E. 997/178 K. Sayılı kararında, *hükümde öngörülen şekillerin geçerlilik şartı olmayıp*

<sup>3</sup> İmregün Oğuz, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, İstanbul 2005, s.148

<sup>4</sup> Şahiniz, s. 78

*ispat şartı olduğunu belirterek, faksla yapılan fesih bildiriminin geçerli olduğuna karar vermiştir*<sup>5</sup>.

Tartışmalar devam ederken Eski TTK yürürlükten kalkmış ve Yeni TTK yürürlüğe girmiştir. Yeni TTK Madde 18/3 hükmünde eski kanundan farklı olarak “şarttır” ve “muteber olması için” ibaresine yer verilmemiştir. Ayrıca, söz konusu hükmün gerekisinde: “... *Tasarı ile bu maddenin üçüncü fıkrasında üç köklü değişiklik yapılmıştır: Hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski metinde yer alan “muteber olması için” ibaresine metinde yer verilmemiştir. Bu değişikliğin sebebi, geçerlilik şartının artık haklı bir gerekçesinin bulunmaması ve teknikteki hızlı gelişmedir. Ayrıca hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartı yer almamaktadır. Şartın tacir gibi basiretli bir işadama için öngörülmüş olması da anlamsız bulunmuştur...*” ifadeleriyle yeni kanunda şartın ispat şartına dönüştüğü belirtilmiştir.

Doktrinde yeni kanunda düzenlenen şeklin ispat şekli olduğu kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Ancak hükmün gerekçesinde bu bir ispat şartıdır vurgusu yapılarak tartışmaların önü alınamadığı zira getirilen şart ispat şartı ise neden bu kadar ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır sorusuna tatminkâr bir cevap verilemediği de belirtilmektedir<sup>7</sup>.

## **2. Tacirler Arasındaki Ticari Satımlardan Kaynaklanan Ayıp İhbarının Hükümde Öngörülen Şekil Şartına Tabi Olup Olmadığı Tartışması**

Tacirler arasında ticari satımlara ilişkin ayıp ihbarlarının bu hükmün kapsamına girip girmeyeceği hususu doktrinde ve uygulamada tartışmalıdır. TBK açısından şekle tabi olmayan ayıp ihbarı TTK açısından şekle tabi kılınmıştır denilebilir mi?

Doktrinde aksi yönde fikirler<sup>8</sup> bulunmakla birlikte hâkim görüşe göre, ayıp ihbarı TTK Madde 18/3 (Eski TTK Madde:20/3) hükmünde öngörülen

<sup>5</sup> Şahiniz, s. 78

<sup>6</sup> Bozkurt Tamer, *Ticari İşletme Hukuku*, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 98. -Arkan Sabih, *Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T.İş Bankası A.Ş Vakfı)*, Ankara 2011, s.154

<sup>7</sup> Arıkan Mustafa, “*Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Bu Bağlamda 6102 Sayılı TTK. m. 18/ü Hükümünün Değerlendirilmesi*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, cilt:18, sayı:2, 2012, s.14

<sup>8</sup> Tunçomağ Kenan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul 1977, s.137

şekil şartının kapsamına girmez. Bu nedenle tacirler arası ticari satımlarda ayıp ihbarının yapılması herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir.

Bu görüşe göre, 6102 sayılı TTK Madde 18/3 de sözü edilen şekil şartı, sadece sözleşmenin diğer tarafını temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe ve sözleşmeden dönmeye ilişkin olup bunun dışında kalan hususlar hükmün uygulama alanı dışındadır. *Bu hüküm istisnai nitelikte* olup bu hükümde hangi ihtar ve ihbarların burada öngörülen şekle tabi oldukları sınırlayıcı (tahdidi) şekilde sayılmıştır. Bu hükümde ayıp ihbarından söz edilmemiştir. Ayrıca, istisnai nitelikteki hükümlerin genişletici yoruma tabi tutulması mümkün değildir, bu nitelikteki hükümler daraltıcı yoruma tabi tutulabilirler<sup>9</sup>. Bu durumda, ticari satımlarda ayıp ihbarının noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemiyle yapılması zorunlu değildir<sup>10</sup>. Bu nedenle ayıp ihbarının yapıldığı her türlü delille ispat edilebilir. Bununla birlikte yine hâkim görüşe göre, alıcı fesih hakkını kullanmak isterse ayıp ihbarı bakımından değil de fesih beyanı bakımından TTK Madde 18/3 deki şekle uyulması gerekir<sup>11</sup>. Bu görüşe göre, ayıp ihbarında temel amaç maldaki ayıptan satıcıyı haberdar etmek olup bu nedenle ayıp ihbarı sözlü bir şekilde yapılabileceği gibi bir eylem ile de gerçekleştirilebilir<sup>12</sup>.

Bir başka görüşe göre ise “Bir tacir, satın aldığı maldaki ayıbı ihbar edecek ise, yapacağı ihbar TTK. 18/3 kapsamına girmez; fakat, ayıp ihbarı ile birlikte sözleşmeden dönme hakkını da kullanıyorsa, belirtilen üç şekilden birine uymak zorundadır”<sup>13</sup>.

Kanaatimizce, ticari satım sözleşmelerinde satım konusunun nitelik, nicelik ve ücret yönünden adi satımlardan farklı olması dikkate alınarak her ne kadar kanun metninde ayıp ihbarının bu şekillerden biri ile yapılması açık bir şekilde ifade edilmese de işin önemine ve ayıp ihbarıyla elde edilmek istenen hukuki sonuca göre, TTK Madde 18/3 hükmünün uygulama alanının ayıp ihbarını da kapsamı gerektiği düşüncesini taşımaktayız.

<sup>9</sup> Şahiniz, s.79.- Arkan, s.155

<sup>10</sup> Arıkan, s.15

<sup>11</sup> Bozkurt, s.155.

<sup>12</sup> Arı Zekeriyya, “Ticari Satışlarda Alıcının Muayene ve İhbar Külfeti”, www.e-akademi.org, (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Sayı: 113, Temmuz 2011, s.21

<sup>13</sup> Bahtiyar Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, Beta Yayını, 15. Bası, İstanbul, 2014, s. 102.

### **3. Yargıtay Kararlarında Ayıp İhbarının Şekli:**

TTK Madde 18/3 de sayılmış olan şekil şartının ayıp ihbarı konusunda geçerli olup olmadığı ile ilgili Yargıtay'ın farklı kararları mevcuttur.

Yargıtay 19. HD, E: 2015/11602 K:2015/17407. Sayılı ve 22.12.2015 tarihli kararında “...*Ayıp ihbarının yapıldığını ileri süren kişi ayıp ihbarının 6762 sayılı TTK'nun 20.maddesinde öngörülen şekilde yapıldığını kanıtlamalıdır. 6762 sayılı TTK'nun 20/3. maddesine göre, ayıp ihbarının noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektupla yahut telgrafla yapıldığı kanıtlanmalıdır...*” ifadelerine yer verilerek tacirler arasında ayıp ihbarının TTK. Madde 18/3 (Eski TTK. m. 20/3) aranan şekil şartına tâbi olduğu ve şeklin ispat şekli olduğu kabul edilmiştir<sup>14</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararları da bu yöndedir. T.C. Yargıtay HGK E. 2014/19-861 K. 2016/632 T. 25.5.2016'lı kararında “...*davacının ayıp ihbarını olayın meydana geldiği tarihteki yasal düzenlemelere uygun delillerle kanıtlayamadığı yönündeki Özel Daire bozma kararının doğru olduğu sonucuna varılmıştır.*” ifadelerine yer vererek ayıp ihbarının yapıldığının ispatının TTK Madde 18/3 (ETTK Madde : 20/3) belirtilen şekillerle, yani noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla, güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerektiğini ve maddede belirtilen şartın ispat şartı olduğunu kabul etmiştir<sup>15</sup>.

Buna karşılık Yargıtay 11. HD.'nin kararlarında ise ayıp ihbarının tacirler arasında dahi şekle tâbi olmadığı savunulmaktadır<sup>16</sup>. Yargıtay 15. HD. de ticari satımlarda ayıp ihbarının şekle tabi olmadığı ve her türlü delille ispat edilebileceğini kabul etmiştir. Yargıtay 15. HD., 14.06.2016 T., 2015/4872 E., 2016/3397 K. kararında: “...*Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre; ayıp ihbarının şekil koşuluna bağlı olmadığı ve ayrıca;*

<sup>14</sup> <https://emsal.yargitay.gov.tr>. (Erişim tarihi: 06.05.2017), Aynı yönde bakınız: Yargıtay 19. HD, 20.03.2003 T., E:2002/287, K:2003/2427 (Şahiniz s.80-dipnot:226), Yargıtay 19. HD., 30.09.2010 T., 2010/999 E., 2010/10499 K. <https://emsal.yargitay.gov.tr>. (Erişim tarihi: 06.05.2017)

<sup>15</sup> <https://emsal.yargitay.gov.tr>. (Erişim tarihi: 06.05.2017)

<sup>16</sup> Yargıtay 11. HD, 09.03.1998 T., E: 1997/9174, K: 1998/1531: “...*Davacı, satıma konu emtiadaki ayıbın gizli ayıp olduğunu ileri sürmüş olup, bu konuda delillerini ibraz etmiş tanık dahi göstermiştir. Ayıp ihbarının yapıp yapılmadığı hususu tanıkla dahi kanıtlanabilir. O halde, davacı vekilinin ayıp ihbarının süresinde yapıldığına ilişkin tanıkları dinlenip, diğer deliller ile birlikte değerlendirilip sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, eksik incelemeye dayanılarak hüküm kurulması doğru görülmemiştir...*” <http://www.turkhukuk sitesi.com>. (Erişim tarihi: 12.11.2016)

*hukuki bir işlem değil “hukuki işlem benzeri bir fiil” olması nedeniyle süresi içerisinde ayıp ihbarının yapıldığının tanık da dahil olmak üzere her türlü delille kanıtlanabileceği kabul edilmektedir...” ifadelerine yer vermiştir<sup>17</sup>.*

#### **4. TİCARİ SATIMLARDA AYIP İHBARININ İSPATI MESELESİ**

Yargıtay’ın ayıp ihbarının yapıldığının ispatı konusunda verdiği farklı kararlara yukarıda değinilmiştir. Yargıtay bir kısım kararlarında tacirler arasında ayıp ihbarının yapıldığının TTK Madde 18/3 hükmünde belirtilen şekillerde ispatlanması gerektiğini belirtirken bir kısım kararlarında tacirler arasında olsa dahi ayıp ihbarının yapıldığının her türlü delille ispatlanabileceği belirtilmiştir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi kararlarının çoğunluğunda ayıp ihbarının TTK Madde 18/3 (ETTK Madde 20/3) kapsamında olduğunu, bu kapsamda ayıp ihbarının madde metinde belirtilen şekillerde yapılması gerektiğini belirtmiştir. Ancak aşağıdaki kararlarda da görüleceği üzere bazı kararlarında ayıp ihbarının “yazılı” şekilde yapılması gerektiği ve bu hususun yazılı delille ispatlanması gerektiğini, bazı kararlarında da e-mail’in ayıp ihbarının yapıldığına delil oluşturacağını belirtmiştir.

Yargıtay 19. HD. 16.01.2014 T., 2013/16010 E , 2014/1319 K.<sup>18</sup> : “... Dava ayıplı maldan dolayı açılan aynen iade davasıdır. Davacı taraf davaya konu aracın kapısının boyasının orijinal olmadığını 29.09.2011 tarihinde aracı götürdüğü serviste öğrendiğini iddia etmiş ve bu durumu hemen ertesi gün maille ihbar olunan Volvo A.Ş.ye bildirmiştir. Bu durumda mahkemece söz konusu mail üzerinde durulup ayıp ihbarının süresinde yapıldığı hususu gözetilmeden ve ayıbın niteliği konusunda uzman bilirkişiden rapor alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...”

Yargıtay 19. HD., 09.01.2014 T., 2013/16008 E. , 2014/852 K. <sup>19</sup>: “... Dava ayıplı mal iddiasıyla açılan alacak davasıdır. Dosya incelendiğinde davaya konu malın teslim tarihinin 31.05.2011, davanın açıldığı tarihin

<sup>17</sup> <https://emsal.yargitay.gov.tr>. (Erişim tarihi: 06.05.2017), Aynı yönde bakınız: Yargıtay 15. HD. 13.05.2011 T., 2010/7511 E., 2011/2896 K..<https://emsal.yargitay.gov.tr>. (Erişim tarihi: 06.05.2017)

<sup>18</sup> <https://emsal.yargitay.gov.tr>. (Erişim tarihi: 06.05.2017)

<sup>19</sup> <https://emsal.yargitay.gov.tr>. (Erişim tarihi: 06.05.2017)

*ise 28.07.2011 olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu tarih aralıklarında davacının ayıp ihbarı yaptığına dair YAZILI bir delil dosyada mevcut değildir. Mahkemece tacir olan davacının TTK ve TBK'da belirtilen sürelerde basiretli bir tacir gibi davranarak ayıp ihbarını yapmadığı ve tanık beyanları dışında ayıp ihbarı yapıldığına dair delil olmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir..."*

Yargıtay kararları ve doktrinde ayıp ihbarının ispatı noktasında farklı görüşler mevcuttur. Kanaatimizce tacirler arasındaki ayıp ihbarının TTK madde 18/3 de düzenlenen madde metninde açıkça belirtilmemiş olsa da bu madde kapsamında kaldığı ve maddenin gerekçesi de göz önüne alınarak maddede belirtilen şeklin ispat şekli olduğu kabul edilmelidir. TTK Madde 18/2 de düzenlenen her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekeceği yönündeki hüküm dikkate alınarak alıcı tacirin ayıp ihbarını yaptığını TTK Madde 18/3 de belirtilen şekillerde ispat etmesi gerektiği kabul edilmelidir. Zira büyük meblağlı ve kapsamlı ticari satım sözleşmelerinde ayıp ihbarının yapıldığının tanık gibi takdiri delillerle ispat edilebileceğinin kabulü satıcı tacirin ekonomik olarak zor durumda kalmasına sebep olabilecektir. Ayıp nedeniyle doğacak seçimlik haklar TBK Madde 227' ye göre; sözleşmeden dönme, satış bedelinden ayıp oranında indirim isteme, satılanın ayıpsız misliyle değiştirilmesini isteme, satılanın ücretsiz onarılmasını isteme hakları olup kapsamlı ve sözleşmeyi önemli bir şekilde etkileyen, sözleşmenin sonuçları ve karşı edim üzerinde değişiklik yapan, yenilik doğuran haklardır. Bu husus da göz önünde tutulduğunda tacirler arasındaki ayıp ihbarının TTK Madde 18/3 de belirtilen şekillerden biri ile yapılarak yazılı delil ile ispatlanması gerektiği kabul edilmelidir.

## **5. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUK VE TİCARİ SATIMDAN FARKI**

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) 8. maddesi ve devamındaki hükümlerinde *ayıplı ifa ve ayıplı ifadan doğan sorumluluk düzenlenmiştir*. Satıcı tarafından alıcıya teslim edilen mal 6502 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde yer alan durumlardan birinin varlığı halinde ayıplı olarak kabul edilmektedir.

Tüketiciler açısından ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine

başvurabilmek için adi satımda ve ticari satımda aranan muayene külfetine 6502 sayılı kanunda yer verilmemiştir. Bu nedenle tüketiciler açısından böyle bir külfetin olmadığı kabul edilmelidir.

4077 Sayılı Eski TKHK’de tüketicinin satın alınan malda meydana gelen ayıbı malın teslim tarihinden itibaren 30 gün içinde satıcıya bildirme yükümlülüğü bulunmaktaydı. İhbar yükümlülüğünün süresinde yerine getirilmemesi halinde ise tüketici, kanunda öngörülen seçimlik haklarını kullanamamaktaydı. 6502 sayılı TKHK da ise 30 günlük ihbar süresi kaldırılmıştır.

TKHK’nin 10’uncu maddesinde tüketici lehine ispat kolaylığı öngörülmüştür: *Teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir. Bu durumda malın ayıplı olmadığına ispatı satıcıya aittir. Bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz (TKHK Madde 10/1).*

Bu maddeye göre, malın teslimi tarihinden itibaren 6 ay içinde ortaya çıkan ayıpların teslim tarihinde var olduğu kabul edilecek ve malın ayıplı olmadığına ispatı satıcıya ait olacaktır. Satıcının, ayıbın teslim tarihinden itibaren 6 ay içinde ortaya çıkması ve satıcı tarafından malın teslim tarihinde ayıplı olmadığına ispatlanamaması halinde ayıptan sorumlu olması gündeme gelecektir. Bu yeni düzenleme ile birlikte, satıcılara yüklenen ödevler artmakta olup, tüketicilerin bu kapsamda dürüstlük karinesine uygun hareket etmesi öngörülmektedir. Tüketicinin sözleşmenin kurulduğu anda ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının beklendiği durumlar ise bu madde kapsamına girmez.

Bu çözümün satıcıyı mağdur edeceği ve alıcının satıcı aleyhine spekülasyon imkanı kazandığı düşünülmemelidir. Unutmamak gerekir ki, tüketici ayıptan doğan haklarını kullanmak için zaten zamanaşımı süresi içinde satıcıya başvurmalıdır. Bu başvuru, olayların birçoğunda ayıbın tespitinden kısa süre sonra olacaktır. Alıcının satıcıya başvurmadığı, hafif ayıplı malı kullanmaya devam ettiği ve zamanaşımı süresinin dolmasına yakın satıcıya başvurarak malı değiştirmek istediği bir durum ise zaten ya hakkın kötüye kullanılması sayılarak MK m. 2, f. 2 çerçevesinde değerlendirilecek ya da ilgili ayıbın malın tesliminden sonra, yani tüketicinin kusurundan



kaynaklanmış olması ihtimali ağır basacaktır.<sup>20</sup>

TKHK madde 11 de ise tüketicinin ayıplı ifa karşısında başvurabileceği seçimlik haklar belirtilmiştir. Bu seçimlik haklar,

- Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme,
- Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme,
- Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme,
- İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme, ‘dir.

Maddenin 2’inci fıkrasında tüketicinin üretici ve ithalatçıya karşı yalnızca “*ücretsiz onarım*” ve “*malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi*” haklarını kullanabileceği belirtilmiştir. *Satıcı, üretici ve ithalatçı bu iki hakkın yerine getirilmesi bakımından ise müteselsilen sorumludur.*

Maddenin 3’üncü fıkrasına göre, ücretsiz onarım ve malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarının kullanımında bu hakların yerine getirilmesinin satıcı için orantısız güçlükler sebep olması halinde ise tüketici yalnızca “*sözleşmeden dönme*” ve “*ayıp oranında bedelden indirim*” hakkını kullanabilir.

Tüketicinin malın ayıplı olması nedeniyle kullanabileceği seçimlik haklarının yanında tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır. TKHK’da tüketicinin tazminat talep etme hakkı bakımından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümlerine atıf yapılmıştır. Zamanaşımı ise TKHK Madde 12 de düzenlenmiştir:

*Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda taşınmazın teslim tarihinden itibaren beş yıldır. Bu Kanununun 10 uncu maddesinin üçüncü fıkrası saklı olmak üzere ikinci el satışlarda*

<sup>20</sup> Atamer Yeşim M. –Baş Ece, “*Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk*”, İstanbul Barosu Dergisi, cilt:88, özel sayı:1, 2014, s.33.

*satıcının ayıplı maldan sorumluluğu bir yıldan, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda ise üç yıldan az olamaz. Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz.*

Buna göre, ticari satımdan farklı olarak ikinci el satışlar bakımından zamanaşımı süresinin bir yıldan az olamayacağı düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere TKHK kapsamına giren ayıplı satış halinde ticari satımlarda düzenlenen ayıp ihbar süreleri bulunmamaktadır. Yine tüketicilere ayıplı satış halinde satıcı haricinde üretici ve ithalatçıya da başvurma imkânı getirilmiştir. Ayrıca ikinci el satışlar bakımından zamanaşımı süresinin bir yıldan az olamayacağı düzenlenmiştir.

### **Sonuç**

Günlük hayatta sıkça karşılaşılan ticari satım sözleşmelerinde ayıplı ifa hali nedeniyle alıcının seçimlik haklarını kullanabilmesi ve hakkına kavuşabilmesi için ayıp ihbarında bulunması zorunludur. Ticari satım sözleşmelerinde alıcının ayıp ihbarının nasıl yapılacağı ve ayıp ihbarının yapıldığının ispatı hususu tartışmalıdır.

Tacirler arasında ayıp ihbarının 6102 Sayılı TTK. m. 18/3 de bahsedilen şekil kurallarına göre yapılması gerekli midir değil midir sorusunun cevabı ticari hayat açısından oldukça önemlidir.

Uygulamada ve doktrinde ticari satım sözleşmelerinde satım konusunun adi satım sözleşmelerindeki satım konusuna oranla daha yüksek meblağlı, nitelikli olması gibi gerekçelerle alıcının mutlaka TTK. m. 18/3 deki kurala uygun bir ayıp ihbarında bulunması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Özellikle Yargıtay'ın 19. Hukuk Dairesi bu paralelde kararlar vermiştir.

TTK. m. 18/3 de ayıp ihbarının hüküm içerisinde açık bir *şekilde ifade edilmemesinden* hareketle ticari satım sözleşmelerinde alıcının hiçbir şekle tabi olmadan ayıp ihbarında bulunabileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Özellikle Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin kararları da bu yöndedir.

6102 Sayılı TTK Madde:18/3 de mevcut pozitif hüküm karşısında yürürlükteki kanun bakımından tacirler arası ticari satımlara ilişkin ayıp ihbarının bu hükümde öngörülen şekillere tabi olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Bazı yazarlar tarafından, TTK Madde:18/3 de sözü edilen şekil şartının, sadece sözleşmenin diğer tarafını temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe ve sözleşmeden dönmeye ilişkin olup bunun dışında kalan hususların *hükümün uygulama alanı dışında olduğu*, hükümün istisnai nitelikte olup bu hükümde hangi ihtar ve ihbarların burada öngörülen şekle tabi olduklarının *sınırlayıcı (tahdidi) şekilde sayıldığı*, *hükümde ayıp ihbarından söz edilmediği belirtilmiş ve ticari satımlarda ayıp ihbarının noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemiyle yapılmasının zorunlu olmadığı* dile getirilmiştir.

Ayıp ihbarının sonuçları düşünüldüğünde özellikle sözleşmeden dönme yani akdin feshi halinde, ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması, aynı zamanda Kanunda (TTK. m. 18/3) yer alan hallerden birinin elde edilmesi amacıyla yönelik olarak kullanılmış olacaktır.

Tacirlerin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü (TTK.m.18/2), ticari sözleşmelerden doğan davalarda dava konusu meblağın büyüklüğü ve hukuk güvenliği gibi özel nedenler göz önünde tutularak tacirler açısından ayıp ihbarları TTK Madde18/3 de belirtilen şekillerden biri ile yapılmalıdır. Ancak, söz konusu hükümün gerekçesi dikkate alındığında, Kanun Koyucunun bir geçerlilik şartı değil, ispat şartı öngördüğü bu sebeple ayıp ihbarının yapıldığının ilgili maddede belirtilen şekillerle ispat edilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Zira büyük meblağlı ve kapsamlı ticari satım sözleşmelerinde ayıp ihbarının yapıldığının tanık beyanı gibi takdiri delillerle ispat edilebileceğinin kabulü satıcı tacirin ekonomik olarak zor durumda kalmasına ve menfaatler dengesinin ciddi şekilde bozulmasına sebep olabilecektir.

## Kaynakça

- [1] **ARI** Zekeriyya, Ticari Satışlarda Alıcının Muayene ve İhbar Külfeti, www.e-akademi.org, (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Sayı: 113, Temmuz 2011
- [2] **ARKAN** Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T.İş Bankası A.Ş Vakfı), Ankara 2011
- [3] **ARIKAN** Mustafa, Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Bu Bağlamda 6102 Sayılı TTK. m. 18/111 Hükmünün Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, cilt:18, sayı:2, 2012
- [4] **ATAMER** Yeşim M.- BAŞ Ece, Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk, İstanbul Barosu Dergisi, cilt:88, özel sayı:1, 2014
- [5] **AYDOĞDU** Murat- Kahveci Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Adalet Yayınevi, Ankara 2017
- [6] **BAHTİYAR** Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayını, İstanbul, 2014
- [7] **BOZKURT** Tamer, Ticari İşletme Hukuku, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2013
- [8] **İLGÜN** Candaş, Ayıplı Mal Satımı Hallerinde ihbar Süreleri ve Şekli, 24-25 Kasım 2011 tarihli Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu
- [9] **İMREGÜN** Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 2005
- [10] **ŞAHİNİZ** Cevdet Salih, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008
- [11] **TUNÇOMAĞ** Kenan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977



# ***Alman Devletlerinde Sosyalist Siyasal Düşünceler, Hukuk Felsefesi ve Din Felsefesi (1830-1840)***

***Ateş USLU \****

## **Özet**

Alman devletlerinde sosyalist düşüncenin 1830'ların başından itibaren gelişimi ve yaygınlaşması, dönemin hukuk fakültelerinde yapılan felsefi tartışmalarla başlamıştır. Hegel felsefesi ve Saint-Simon sosyalizminin sentezini yapan Eduard Gans, yoksulluk sorununu başlıca hukuki tartışma konularından biri haline getirmiştir. Yine 1830'lardan itibaren Hegel düşüncesi Prusya başta olmak üzere Alman devletlerinin mutlakiyetçi yönelimlerine karşı özgürlüğün savunulması için yorumlanmıştır. Almanya'da sosyalist düşünce 1830'ların ikinci yarısında radikal ve devrimci hareketlerle diyalog içinde ve siyasal liberalizmin önem kazandığı bir bağlamda gelişmiştir. Aynı dönemde Moses Hess ve Wilhelm Weitling gibi yazarlar ütopyacı sosyalist literatüre katkılar yapmışlardır. Fransa ve İngiltere'de gelişen erken dönem sosyalist düşünce ile kıyaslandığında Alman sosyalist düşüncesinin felsefe, hukuk ve ilahiyat alanındaki tartışmalarla çok daha yoğun bir bağlantı içinde geliştiği gözlemlenmektedir.

***Anahtar Sözcükler:*** *Hukuk felsefesi, siyasal düşünce, Hegelcilik, Genç Hegelciler, Moses Hess*

---

\* Doç. Dr. Ateş Uslu , İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

## **Socialist Political Thought, Legal Philosophy, and Philosophy of Religion in the German States (1830-1840)**

### **Abstract**

The development and spread of socialist thought in the German States in the early 1830s started with philosophical debates that were undertaken in faculties of law. Eduard Gans, who made a synthesis of Hegel's philosophy with the socialist thought of Saint-Simon included poverty among the main themes of debate in the field of law. It was also from the beginning of the 1830s that Hegel's philosophy was interpreted for defending the principle of liberty against the absolutist tendencies of the German States, especially of Prussia. In the second half of the 1830s, socialist thought in Germany developed in

dialogue with radical and revolutionary movements, but also in a context of rising political liberalism. Several authors of the period, including Moses Hess and Wilhelm Weitling, contributed in the development of utopian socialist literature. Compared to its French and English counterparts, early socialist thought in Germany developed in a closer relation with debates in the fields of philosophy, law, and theology.

**Keywords:** *Philosophy of law, political thought, Hegelianism, Young Hegelians, Moses Hess*

### **Giriş**

Sosyalist siyasal düşünüşün erken dönem gelişiminin incelenmesi çoğunlukla Fransa ve İngiltere'de eser veren düşünürlerin eserlerinin tahlili ile sınırlı tutulur. Fransa'da Claude Henri de Saint-Simon (1760-1825) ve Charles Fourier (1772-1837), İngiltere'de ise Robert Owen (1771-1858) "ütopik sosyalizm" akımının kurucuları olarak ele alınırlar. Sosyalist düşünceler tarih yazımında Georg Wilhelm Friedrich Hegel'in (1770-1831) felsefi sisteminin ve yönteminin Marksist düşünceye kaynaklık ettiği de haklı olarak vurgulanır. Ancak Hegel felsefesinin 1830'lu yıllardan itibaren yapılan sol/radikal yorumları ile ütopik sosyalizm ve devrimci hareket arasında nasıl bağlantılar olduğuna dair kapsamlı bir inceleme yapılmaz. Bu çalışmada, 1830'lu yıllarda Alman devletlerinde (özellikle Prusya'da) sosyalist siyasal düşünüşün çoğunlukla hukuk felsefesi ile bağlantı içinde gerçekleşen gelişimine dair genel bir çerçeve çizilmesi hedeflenmektedir.

Almanya’da XIX. yüzyılda hukuk felsefesinin ve siyasal düşüncelerin gelişimi çok sayıda incelemeye konu olmuştur. XIX. yüzyılın ilk çeyreğinde Hegel ve Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) gibi düşünürlerin ve hukukçuların gerek hukuk, gerekse siyaset teorisine yaptıkları katkılar üzerine kapsamlı incelemeler kaleme alınmıştır. Mart 1848’de Fransa’da başlayan ve gerek Alman devletlerine, gerekse diğer Avrupa devletlerine hızlıca yayılan devrim dalgasını önceleyen dönemde (1840’lı yıllarda) kamu hukuku ve siyasal düşüncelerin gelişimi de literatürde çok çeşitli incelemelere konu olmuştur: Karl Marx (1818-1883) ve Friedrich Engels’in (1820-1895) gençlik dönemi eserleri ve Max Stirner (1806-1856) gibi filozofların düşünceleri üzerine ayrıntılı çalışmalar yapılmıştır. Ancak 1830’lu yıllarda (Savigny ve Hegel sonrası, Marx öncesi dönemde) siyaset ve hukuk teorisinin gelişimi üzerine yapılan çalışmaların sayısı son derece yetersizdir.

Bu çalışmada Almanya’da sosyalist düşünüşün erken dönemlerdeki gelişiminin dönemin genel entelektüel ve politik bağlamı ile nasıl ilişkilendiği ele alınacaktır. Bu çerçevede hukuk felsefesi, din felsefesi, ütöpik sosyalizm ve edebiyat gibi çeşitli alanlarda eserler veren yazar ve düşünürlerin eserlerinin birbirlerini karmaşık bir bütünün parçaları olarak nasıl etkiledikleri incelenecektir. Makale iki bölüme ayrılmaktadır. İlk bölümde 1830-1835 arasında Alman devletlerinde sosyalizmin ve radikal düşüncelerin yaygınlaşma sürecine değinilecek, özellikle Hegel’in hukuk felsefesinin yoksulluk sorunlarına ve mutlak yönetimlere alternatif bir düşünce oluşturmak üzere yeniden yorumlama çabalarına dikkat çekilecektir. Bu dönemde ortaya çıkan devrimci düşünceler ve hareketler de bu bölümde incelenecek olan konular arasındadır. Makalenin ikinci yarısında 1830’ların ikinci yarısında geleneksel din yorumlarını eleştiren yaklaşımların Hegelci düşünürlerin ve hukukçuların önemli bir kısmı da dahil olmak üzere dönemin radikal düşünürleri nasıl etkilediği incelenecek ve bu dönemde ütöpik sosyalizm literatürüne Almanya’da yapılan katkılara dikkat çekilecektir.



## **I. Almanya’da Sosyalizmin ve Radikal Düşüncelerin Yaygınlaşması (1830-1835)**

### **A. 1830 Sonrasında Prusya’da Devrim, Yoksulluk Sorunu ve Eduard Gans’ın Hukuk Felsefesi**

XIX. yüzyılın ilk yarısı boyunca siyasi açıdan çok sayıda devlete bölünmüş durumdaydı. Almanya’nın batısında, tüm Alman toprakları arasında en sanayileşmiş bölgelerden olan Ren Vadisi Fransız İmparatorluk Savaşları sırasında Fransız işgali altında kalmıştı; Fransız işgali bölgedeki aristokratik-feodal ilişkilerin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmuştu. Bu topraklar, Viyana Kongresi’nden beri (1815) Doğu Almanya’nın halen feodal ilişkilerin ağırlıkta olduğu bir ülkesi olan Prusya’nın egemenliği altındaydı. Bölgedeki genç burjuvalar Prusya devletinin gerici ve baskıcı olarak gördükleri yapısına karşı reform talepleri geliştiriyor ve bu yolla radikalleşiyorlardı. Gareth Stedman Jones, bu dönemde Almanya’da radikal siyasal düşüncelerin sanayileşmenin sonucu olarak ortaya çıkmadığını, Fransız Devrimi’nin etkisi ve baskıcı politik dinamiklere ve hukuki yapılara karşı oluşan tepkilerle açıklanabileceğini haklı olarak belirtir.<sup>1</sup>

Fransa’da Temmuz 1830’da gerçekleşen devrim Alman devletlerinde büyük bir yankı uyandırdı; Braunschweig, Saksonya, Kurhessen ve Hanover’de Fransız devrimcilerle dayanışma gösteren anayasa yanlıları barikatlar kurdu ve silahlı çatışmalar başlattı, bunun sonucunda sözkonusu devletlerde anayasal rejimler kuruldu.<sup>2</sup> Temmuz 1830 devriminde işçilerin büyük bir rol oynaması da Alman siyasetçilerin ve düşünürlerin işçiler ve yoksulluk gibi sorunlar üzerine daha ayrıntılı bir şekilde düşünme gereği duymalarını sağladı.<sup>3</sup> Dönemin liberal (ve cumhuriyetçi) entelektüel ve öğrencilerinin anayasal rejimlere ilişkin ümitleri ilerleyen aylar ve yıllarda Alman hükümdarları ve hükümetleri tarafından alınan muhafazakâr önlemlerle birlikte son buldu. Hesse-Kassel Elektör Prensi II. Wilhelm (1777-1847) 1832’den itibaren anayasa karşıtı hamleler yaptı, Saksonya’da hükümet muhalefete karşı baskıcı yöntemler uyguladı. Benzer uygulamalar

<sup>1</sup> Stedman Jones, Gareth, “The Young Hegelians, Marx and Engels”, Jones, Gareth Stedman & Gregory Claes (ed.) *The Cambridge History of Nineteenth-Century Political Thought*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 557.

<sup>2</sup> Schulze, Hagen, *The Course of German Nationalism: From Frederick the Great to Bismarck, 1763-1867*, çev. Sarah Hanbury-Tenison, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, s. 7.

<sup>3</sup> Stedman Jones, a.g.m., s. 562.

sonraki dönemlerde de devam etti, örneğin Hannover Elektör Prensi 1837'den itibaren parlamentoyu askıya aldı.<sup>4</sup> Coğrafya ve yüzölçümü açısından (Avusturya hariç tutulursa) en önemli Alman devleti konumunda olan Prusya'da 1820'li yıllara damga vuran muhafazakâr yönelim 1830 sonrasında da devam etti.

Alman devletlerinde sosyalist düşüncelerin yaygınlaşmasında Fransız sosyalizminin, özellikle de Saint-Simon'un eserlerinin büyük bir etkisi olmuştur. Düşünce tarihçisi Warren Breckman'a göre Almanya'da sosyalizmin tarihi Fransa'daki Temmuz Devrimi ile başlar. Gerçekten de 1830'lu yıllarda Fransız toplumsal düşüncesi ile Alman siyasi düşüncesi arasında önemli bir bağlantı vardır; Fransa kökenli sosyalist fikirler 1820'li yıllardan beri Alman yazar ve siyasetçilerce tanınmaktaydı, Friedrich Buchholz (1768-1843) 1820'lerin ortasından beri Saint-Simon'un eserlerinin Almanca tercümelerini yapıyordu.<sup>5</sup> Ancak bu fikirlerin Almanya'da tam anlamıyla benimsenmesi ve tartışılması 1830'u izleyen on yıl içinde mümkün olmuştur.<sup>6</sup> Saint-Simon 1800'lerin başından beri yayımladığı çok sayıda eseri ve yazısıyla sosyalist düşüncenin gelişimine katkıda bulunmuş, yoksulluğun artışı gibi konularda önemli açıklamalar getirmişti.<sup>7</sup> Saint-Simon'un ve izleyicilerinin “Yeni Hıristiyanlık” doktrini yoksulluğa karşı toplumsal dayanışmanın geliştirilmesini ve bencilliğin yok edilmesini öngörüyordu.

Prusya'da 1830'lu yıllarda siyaset ve hukuk teorisi alanlarındaki en etkili düşünür olan Eduard Gans (1798-1839), Saint-Simon'culuğun Almanya'da yayılması sürecinde merkezi önemde bir rol oynamıştır. Bir Berlin Yahudisi olan Gans, Berlin, Göttingen ve Heidelberg üniversitelerinde 1810'lu yılların en önemli hukukçuları arasında yer alan Savigny, Gustav Hugo (1764-1844) ve Anton Friedrich Justus Thibaut'dan (1772-1840) ders almış, Yahudi olması dönemin Prusya mevzuatına göre kamu görevlerinde bulunmasına engel teşkil ettiğinden 1820'lerin ortasında Protestanlığa

<sup>4</sup> Breckman, Warren, *Marx, the Young Hegelians, and the Origins of Radical Social Theory: Dethroning the Self*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, s. 133.

<sup>5</sup> Breckman, Warren, “Eduard Gans and the Crisis of Hegelianism”, *Journal of the History of Ideas*, cilt 62, sayı 3, 2001, s. 548.

<sup>6</sup> Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 148.

<sup>7</sup> Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Uslu, Ateş, “Sosyalist Düşüncenin Kaynakları: Büyük Britanya ve Fransa'da İşçi Hareketlerinin Başlangıcı ve Ütopya Düşüncesi (1800-1830)”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, cilt 70, sayı 1, s. 48-50, 53-55.

geçmiş, yine aynı dönemde Hegel'in en yakın çalışma arkadaşlarından biri olmuştur.<sup>8</sup>

Gans 1830 devrimini izleyen aylarda Fransa'ya bir ziyaret yaptı, bu ziyareti sırasında Saint-Simon'un eserlerini inceleme fırsatı buldu. Gans'ın Fransa'yı ziyaret ettiği 1830 yılında Saint-Simon'un izleyicileri adeta bir tarikat gibi örgütlenmiş durumlardı. Temmuz 1830 Devrimi'ni takiben yayınladıkları *La doctrine de Saint-Simon (Saint-Simon Doktrini)* kitabında yoksulluk konusu başlıca politik sorunlardan biri olarak işleniyordu. Bu kitapta Fransız Devrimi'nin zorbalığı ve köleliği tamamen ortadan kaldırmadığı hatırlatılıyordu.<sup>9</sup> Gans'ın 1830'larda Fransa'da ve daha sonra İngiltere'de yoksulluğun artışı üzerine yaptığı gözlemler de Saint-Simon ve izleyicilerinin eserlerinden hareketle yoksulluk üzerine geliştirdiği fikirleri pekiştirdi.<sup>10</sup> Böylece Gans 1830'ların başından itibaren Saint-Simonculuğun Alman devletlerindeki en önemli temsilcilerinden biri oldu;<sup>11</sup> Hegelcilik ve Saint-Simonculuk arasında bir sentez geliştirdi.

Gans Hegel'in ölümünden sonra düşünürün *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* kitabının yeni baskısını hazırlamakla görevlendirildi; Hegel'in ve öğrencilerinin ders notlarından hareketle kitabın ilk baskısına ekler yaptı ve kitabın halen kullanılan standart şeklini almasını sağladı.<sup>12</sup>

Gans'a göre sınırsız bir rekabet toplumu çeşitli tehlikelere gebeydi; Fransa ve İngiltere'de varlıklı kesim ve yoksullar arasındaki uçurumun arttığını gözlemlemiş, sınıf karşıtlıklarının tehlikeli bir boyuta gelmekte olduğunu farketmişti.<sup>13</sup> Gerek Hegel'in mülkiyet tanımını halen benimsemesi, gerekse 1820'lerin sonunda miras hukuku konusunda yaptığı çalışmalara halen fikren sadık kalması nedeniyle "mülkiyet ortaklığı" yönünde herhangi bir çözüm önermiyordu, ancak özellikle 1832-1833 yıllarındaki derslerinden itibaren yoksulların maddi durumunun iyileştirilmesi, katılımcı kurumlara dahil edilmeleri yoluyla tahakkümün ortadan kaldırılması ve devletin

<sup>8</sup> Waszek, Norbert, "Eduard Gans on Poverty and on the Constitutional Debate", Moggach, Douglas (ed.) *The New Hegelians: Politics and Philosophy in the Hegelian School*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 27-29.

<sup>9</sup> Stedman Jones, a.g.m., s. 562.

<sup>10</sup> Waszek, a.g.m., s. 36-37.

<sup>11</sup> Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 159, 164.

<sup>12</sup> Waszek, a.g.m., s. 24.

<sup>13</sup> Stedman Jones, a.g.m., s. 562.

“etik yaşam”ının (*Sittlichkeit*) organik parçaları haline gelmeleri gereğinin altını çiziyordu.<sup>14</sup> Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts (Hukuk Felsefesinin İlkeleri*, 1820) kitabında sivil toplumun korporasyonlarla örgütlenmesi gerektiğini belirtiyordu. Gans ise 1833-1834’ten itibaren işçilerin katılımını sağlayacak “kurum”lar önerdi; böylece Gans henüz sendikaların ortaya çıkmadığı bir dönemde işçi haklarını savunacak olan sendika benzeri derneklerin kurulmasını savunuyordu.<sup>15</sup> Gans sonraki yıllarda da emeğin örgütlenmesi konusunda düşüncelerini geliştirmeye devam etti. Yazar 1836 tarihli *Rückblicke auf Personen und Zustände (İnsanlar ve Tabakalara Bakışlar)* başlıklı kitabında Ortaçağ’daki loncalarla güncel çalışma koşulları arasında karşılaştırma yapar. Ona göre Ortaçağ’da loncalar emek için ustaların hakimiyeti altında organik bir yapı sağlamaktaydı. Ancak artık loncaların varlığından bahsetmek mümkün değildir, loncaların organik yapısından kurtulan emek yeni bir despotizme (fabrika sahibinin hakimiyetine) tâbi hale gelme tehlikesi altındadır.<sup>16</sup>

## **B. Anayasa Tartışması, Sağ ve Sol Hegelcilik**

Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*’nde “yoksulluk”, “sivil toplum”, “özgürlük” ve “anayasa” konularını birbirinden ayırmaksızın ele alıyordu; Gans da Hegel’i takip ederek yaptığı incelemelerde bu konuları birbiriyle bağlantılı olarak ele aldı, dolayısıyla 1830’ların başında yoksulluk konusuna paralel olarak anayasa hukuku ile de ilgilendi. Bu noktada Gans’ın *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*’nin yeni basımına yazdığı 29 Mayıs 1833 tarihli önsöze değinmek gerekiyor. Gans bu kısa metinde bir yandan Hegel’in kitabının öneminin altını çizer, diğer yandan da kendi hukuk felsefesi ve siyasal düşünceleri hakkında kapsamlı bir bilgi verir. Gans’a göre Platon’un *Politeia*’sı (Devlet) ve Aristoteles’in *Politika*’sı gerek doğal hukuk, gerekse politika kitaplarıdır; doktrinleri ve bu doktrinlerin hayata uygulanmasına ilişkin bilgileri içerirler.<sup>17</sup> XVII. ve XVIII. yüzyıllarda Ortaçağ’ın partikülarist, parçalı siyasal yapıları yerini devlete bırakınca hukuk ile yönetime (“devlet adamlığına”) ilişkin pratik / hayati konular arasında bir ayrışma meydana gelmiştir; hukukçular

<sup>14</sup> Waszek, a.g.m., s. 40-41.

<sup>15</sup> Stedman Jones, a.g.m., s. 562.

<sup>16</sup> Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 171.

<sup>17</sup> Gans, Eduard, “Gans’s Preface to Hegel’s *Philosophy of Law*” (1833), Hoffheimer, *Michael H., Eduard Gans and the Hegelian Philosophy of Law*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, [1833] 1995, s. 88.

yaşamdan yoksun bir takım kalıntıları miras almışlardır, politika ise dinamik bir “devlet bilimi”nden ibaret hale gelmiş ve bir bakıma keyfi bir şekil almıştır.<sup>18</sup> Gans’a göre modern devletin siyaset-hukuk arasındaki bu ayrıma son vermesi ve siyaset ile hukuk arasındaki organik bütünlüğü yeniden kurması gereklidir; Hegel’in *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* tam da bu yönde bir katkıdır ve hukuk ile siyasetin birbirine organik bağlarla bağlı niteliğini vurgular.<sup>19</sup> Gans, yayımlandığı dönemde Hegel’in kitabına getirilen bazı eleştirilere yanıt verir. Kimi yazarlar kitabın bir özgürlüğe karşı köleliği öven bir kitap olduğunu ve özgürlüğü sevenlerin onu okumaması gerektiğini söylemişlerdir. Oysa Gans’a göre bu yanlış fikirleri bir kenara bırakarak *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*’ni okuyanlar özgürlük konusunun kitabın dokusuna işlediğinin farkına varacaklardır.<sup>20</sup>

Hegel 1820’lerde özgürlük bilincinin özgürlüğün gerçekleşmesine zemin hazırladığını düşünmüş, Prusya’da bir özgürlük bilinci geliştiğini varsaymış ve anayasal bir rejimin kurulacağına dair ümidini canlı tutmuştu. Hegel’in ölümünden sonra, 1830’lu yıllarda filozofun öğrencileri bu ümidin gerçekleşmesinin mümkün olmadığını ve anayasa vaatlerinin yerine getirilmesinin güç olduğunu farkına vardılar.<sup>21</sup> Bu noktada Hegelciler “sağ Hegelciler” ve “sol Hegelciler” (ya da Genç Hegelciler) olarak ikiye ayrılmaya başladılar. Sağ Hegelciler Hegel düşüncesinin mutlakiyetçi Prusya kurumları ile ve Hristiyan dininin konvansiyonel bir yorumuyla uyumlu olduğunu öne sürdüler. Sol Hegelciler ise Hegel felsefesinden hareketle gerek Prusya devleti kurumlarını, gerekse dönemin yaygın Hristiyanlık yorumlarını eleştirmeye başladılar. Friedrich Engels, sağ Hegelcilerin gerici bir siyasal yönelimi, sol Hegelcilerin ise radikalizmi temsil ettiğini öne sürer. Frederick C. Beiser’e göre sağ Hegelciler Hegel’in sisteminden etkilenir, onun “aktüel olan rasyoneldir” sözünü realitenin rasyonel/ideal olduğu biçiminde yorumlarlar, teorinin pratiğe uyması gerektiğini düşünürler. Sol Hegelciler ise Hegel’in yöntemini geliştirirler, “rasyonel olan aktüeldir” sözünü merkeze alırlar, evrensel/ideal/rasyonel olanın tarihin temel amacı olduğunu ve her şeyin ona uyması gerektiğini düşünürler.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Gans, a.g.m., s. 88.

<sup>19</sup> Gans, a.g.m., s. 88.

<sup>20</sup> Gans, a.g.m., s. 89-90.

<sup>21</sup> Waszek, a.g.m., s. 42.

<sup>22</sup> Beiser, Frederick C., “Hegel and Hegelianism”, Jones, Gareth Stedman & Gregory Claeys (ed.) *The Cambridge History of Nineteenth-Century Political Thought*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 143.

Almanya’da 1830’lu yılların ortasından itibaren sosyalizm ve cumhuriyetçilik ile bağlantılı tartışmalarda Hegelci ekolün sol kanadına mensup, çoğunlukla genç felsefecilerin önemli katkıları olmuştur. Alman devletlerinin genel muhafazakârlaşma eğilimine paralel olarak başta Prusya’da muhafazakâr düşünür ve siyasetçilerin Hegel’in siyaset felsefesine saldırımları, genç Hegelcilerin anayasacı ve liberal fikirleri Hegelcilikle özdeşleştirme çabalarının yoğunlaşması sonucunu doğurdu.<sup>23</sup> Gans Hegel’in bir ilerici düşünür olduğunu sürekli olarak belirtiyor ve Prusya devletinde özgürlüğün gerçekleşmemesini sıklıkla eleştiriyordu; gerek özgürlük üzerine görüşleriyle, gerekse yoksulluğa karşı Saint-Simon’dan etkilenerek geliştirdiği önerilerle sol Hegelcileri yoğun bir şekilde etkilemişti. Buna karşılık, onu “sağ” ya da “sol” Hegelcilik kategorilerinden birine dahil etmek mümkün değildir; 1830’ların en saygın Hegelci düşünürü olarak bu iki akımın mensuplarının da saygısını kazanmıştı; kaldı ki siyaset ve din eleştirilerinde genç Hegelciler kadar da ileri gitmiyor ve Hegel yorumunda bir “Aristotelesçi orta yol” benimsiyordu.<sup>24</sup>

### C. Genç Almanya Hareketi: Heinrich Heine ve Georg Büchner

Gans’ın, diğer yandan genç Hegelcilerin Prusya devletini özgürlük kavramı üzerinden eleştirdikleri ve Hegelcilik ile sosyalizmin bir sentezini geliştirmeye başladıkları dönemde, başka Alman devletlerinde kimi zaman “demokrasi” savunusu üzerinden anayasa reformu talepleri, kimi zaman da radikal devrimci isyan çağrıları dile getiriliyordu. Çeşitli Alman devletlerinde eser veren ve demokrasi, sosyalizm ve rasyonalizm savunusu yapan yazarlar 1830’ların ilk yarısından itibaren “Genç Almanya” (Junge Deutschland) olarak adlandırılan bir edebi-siyasal hareket oluşturdular. Genç Almanya’nın mensupları arasında Karl Gutzkow (1811-1878), Heinrich Laube (1806-1884), Theodor Mundt (1808-1861), Ludolf Wienbarg (1802-1872), Heinrich Heine (1797-1856), Ludwig Börne (1786-1837) ve Georg Büchner’in (1813-1837) isimleri sayılabilir.

Almanya’da 1830’lu yıllarda Saint-Simon etkisi Eduard Gans’ın geliştirdiği Hegel - Saint-Simon sentezi ile sınırlı kalmamış, hızlıca başka yazarlara doğru yaygınlaşmıştı. Trier başpiskoposunun 1832’de Saint-Simon’cuları

<sup>23</sup> Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 135.

<sup>24</sup> Waszek, a.g.m., s. 42, 47.

kınayan bir metin yayınlaması, hareketin Almanya'daki artan önemini kanıtlar.<sup>25</sup> Saint-Simonculuğun Almanya'da yaygınlaşmasına katkıda bulunan yazarlar arasında, Genç Almanya hareketinin 1830'lu yıllar boyunca Paris'te sürgünde bulunan Ludwig Börne ve Heinrich Heine gibi üyeleri bulunuyordu.<sup>26</sup> Genç Almanlar Saint-Simon'culuğun büyük ölçekli taleplerinin ahlaka dair bir görüş açısıyla desteklenmesinden etkileniyorlardı.<sup>27</sup> Heinrich Heine Saint-Simon'dan etkilendiği gibi, 1820'lerde kimi derslerini takip ettiği Hegel'in tarih anlayışını da benimsiyordu, genç Hegelcilerin tarihin durdurulamaz bir diyalektiği olduğu fikrini geliştiriyordu. Friedrich Engels, Heine'nin 1834 tarihli *Zur Geschichte der Religion und Philosophie in Deutschland (Almanya'da Din ve Felsefenin Tarihi Üzerine)* başlıklı kitabını bir Genç Hegelci tarafından yayımlanan ilk kitap olarak değerlendirir.<sup>28</sup>

Heine ve Börne'nin 1830'lu yıllardaki etkisi edebi ve felsefi eserleri ile sınırlı değildir. Yazarlar Paris'te sürgünde buldukları dönemde Alman Halk Derneği (*Deutsche Volksverein*) adlı derneği kurdular; dernek Fransa polisi tarafından dağıtılınca bir grup radikal üye yine 1834 yılında Kanunsuzlar Birliği'ni (*Bund der Geächteten*) kurdular.<sup>29</sup> Bu topluluk, 1830'larda Fransa'da çeşitli örneklerine rastlanan cumhuriyetçi-devrimci gizli örgütler<sup>30</sup> ile benzerlik gösteriyordu. Alman devletlerinde özellikle 1835'ten itibaren Genç Almanlar gibi topluluklara karşı baskılar arttı, Heine ve Börne gibi yazarların eserleri “ahlaksız” ve “dinsiz” oldukları gerekçesiyle Alman Konfederasyonu'nun meclisi (*Bundesversammlung/ Bundestag*) tarafından yasaklandı.<sup>31</sup>

Georg Büchner, 1830'lu yıllarda kısa süreyle de olsa etkili bir devrimci hareket yaratmayı başarmıştır. Bir doktorun oğlu olan Büchner, filoloji ve

<sup>25</sup> Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 159.

<sup>26</sup> Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 158.

<sup>27</sup> Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 160.

<sup>28</sup> Holub, Robert C., “Troubled Apostate: Heine's Conversion and Its Consequences”, Cook, Roger F. (ed.) *A Companion to the Works of Heinrich Heine*, Rochester: Camden House, 2002, s. 246.

<sup>29</sup> Kitchen, Martin, *A History of Modern Germany, 1800–2000*, Malden: Blackwell, 2006, s. 66.

<sup>30</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Uslu, Ateş, “Avrupa'da Erken Dönem Sosyalist Teori ve İşçi Hareketleri (1830-1840)”, *Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Akademik İncelemeler Dergisi*, cilt 9, sayı 1, s. 17.

<sup>31</sup> Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 134; Kitchen, a.g.e., s. 66.

tıp eğitimi gördü ve 1820'lerin sonunda Hesse Grandükalığı'nda faaliyet gösteren devrimci örgütlerle bağlantıya geçti.<sup>32</sup> Protestan ilahiyatçı Friedrich Ludwig Weidig'in (1791-1837) yardımıyla 1834 yılında *Der Hessische Landbote (Hesse'li Haberci)* başlıklı bir siyasi broşür kaleme aldı. Broşürün giriş kısmında, sonraki dönemde Almanya'da sol çevrelerde yaygınca kullanılan "Friede den Hütten! Krieg den Palästen!" ("Kulübelere barış! Saraylara savaş!") çağrısı yer alır. Büchner metnin ilk yarısında Hesse Grandükalığı'nda toplanan vergilerden yola çıkarak aristokratlar ve halk arasındaki gelir uçurumunu ve yöneticilerin aşırı harcamalarını eleştirir. Yazara göre 1834 yılında Kitab-ı Mukaddes yalanlanmış durumdadır. Kutsal kitapta hiçbir şekilde yer almayan eşitsizlikler dönemin toplumunda gözle görülür bir hale gelmiştir; bir tarafta asiller, zenginler, diğer tarafta ise köylüler, yoksullar bulunur.<sup>33</sup> Hesse Grandükalığı'nda toplanan vergilerden ve diğer gelirlerden örnekler verir ve vergi uygulamalarının adaletsizliğine dikkat çeker; "düzen içinde yaşamak" uğruna grandük ve onun üst düzey memurlarına yüklü bir miktar vergi ödenmekte, bu vergi hükümette yer alan kişilerin lüks harcamalarına aktarılmakta, halk ise açlıktan ölmektedir.<sup>34</sup> Ona göre prens insanlar üzerine yapışmış olan sülüğün başı, bakanlar dışı, memurlar ise kuyruğudur; bunlar halkın çocuklarını hizmetçileri ve uşakları haline getirirler. Halktan toplanan vergilerle gösterişli binaların yapılmasına ve halkın çocuklarının hükümdarların birbirleri arasındaki sorunlar nedeniyle ölüme gönderilmesine, iktidarın Tanrı'dan geldiğine inanılması nedeniyle göz yumulmaktadır. Oysa bu hükümdarların meşru bir otoritesi yoktur ve sonları yaklaşmaktadır.<sup>35</sup>

Büchner metnin ikinci yarısında Fransız Devrimi'nde olanları hatırlatır: Fransa'da halk isyan ettikten sonra kralın herkes gibi bir insan olduğu kabul edilmiştir, daha sonra insan hakları listesi ilan edilmiştir. "Herkesin ya da çoğunluğun iradesi" kanun kabul edilmiştir, bu irade halkın seçilmiş temsilcileri tarafından ortaya konur. Böylece hükümet ve yasama meclisi halk tarafından seçilmiş, "Fransa bir özgür devlet haline gelmiştir".<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Kitchen, a.g.e., s. 65.

<sup>33</sup> Büchner, Georg, "Le messenger Hessois (1834)", Bravo, Gian Mario (ed.) *Les socialistes avant Marx*, Paris: François Maspéro, [1834] 1970, s. 8-9.

<sup>34</sup> Büchner, a.g.e., s. 9.

<sup>35</sup> Büchner, a.g.e., s. 13-14.

<sup>36</sup> Büchner, a.g.e., s. 15.



Büchner Fransız Devrimi'nin "Terör" döneminden (1793-1794) ayrıntılı olarak söz etmese de bu dönemi olumlu imalarla ele alır. Ona göre diğer krallar Fransız halkının gücünden korkmuş, Fransa'daki asilzadelerin bir kısmı ile ittifak yapmıştır; bunun üzerine halk öfkelenmiş, Özgürlük zorbalarının kanı içinden doğru büyümüştür. Napoléon Bonaparte dönemi ise yeni bir evreye işaret eder: Bu dönemde Fransızlar yeni doğan özgürlüklerini şan-şöhret karşılığında Napoléon Bonaparte'a satmışlardır. Fransa'da 1815'ten itibaren yeniden Bourbon hanedanının başa gelmesi ise Fransızların babadan oğula geçen monarşiden tam olarak vazgeçmeleri için Tanrı'nın göndermiş olduğu bir cezadır.<sup>37</sup>

Büchner buradan hareketle Almanya'daki anayasaları inceler ve bunların efektif olmaktan uzak, çoğu zaman göz boyamaktan öteye geçmeyen düzenlemeler olduğunu belirtir. Büchner'e göre "Alman halkının tamamı özgürlüğünü kazanmalıdır", bunu yapacağı dönem ise uzak değildir.<sup>38</sup> Büchner, kanları emilen halk kitleleri arasında köylülerin yanında burjuvaları da sayar.<sup>39</sup> Metnin sonlarına doğru Eski ve Yeni Ahit'ten yaptığı alıntılarının sayısı fazlalaşır; böylece isyan çağrısının dinsel dayanaklarını güçlendirir, kaldı ki metin Büchner'in halkın okumasını salık verdiği bir dua ile son bulur: "Rabbim, bizi ezenlerin kamçısını kır ve senin krallığın, adaletin krallığı gelsin. Amin."<sup>40</sup>

Büchner ve Weidig'in metni, grandükalığın aristokrasisini olduğu kadar liberal burjuvaziye de rahatsız etti. Weidig tutuklanıp hapse atıldı, 1837'de işkenceyle öldürüldü; Büchner ise Fransa'nın Strasbourg şehrine iltica etti, bir yandan tıp öğrenimine devam ederken diğer yandan oyun yazarlığı yaptı. Tıp fakültesinde öğretim üyesi olarak atandığı Zürich'te de oyun yazarlığına devam etti. Büchner'in 1835'te yazdığı *Dantons Tod* (*Danton'un Ölümü*), Fransız Devrimi'nin Terör döneminin bir analizini içerir. Yazar, 1837 yılında otuz dört yaşında öldüğünde *Woyzeck* adlı oyunu üzerine çalışıyordu. *Woyzeck*, taşra kökenli bir erin hayatından bir kesit anlatan, derinlikli toplumsal ve psikolojik tahliller içeren bir oyundur.

<sup>37</sup> Büchner, a.g.e., s. 15.

<sup>38</sup> Büchner, a.g.e., s. 16-17.

<sup>39</sup> Büchner, a.g.e., s. 9, 18.

<sup>40</sup> Büchner, a.g.e., s. 20.

## II. Din ve Devlet Eleştirisinden Ütopik Sosyalizme Almanya’da Siyasal Düşünceler (1835-1840)

### A. Geleneksel Din Yorumlarının Reddi: David Friedrich Strauss ve Moses Hess

Genç Hegelciler 1830’ların ortasında yalnızca özgürlük ve anayasa gibi konularda Hegel’e getirdikleri yorumlarla değil, geleneksel Katolik ya da Protestan din anlayışlarla bağdaşmayan panteizm gibi görüşler üzerine yaptıkları tartışmalarla da muhafazakâr düşünürlerin tepkisini çekmeye başladılar. Bu dönemden itibaren Almanya’da sol düşünce bir yandan devletin eleştirisi, diğer yandan da din eleştirisi alanlarında odaklandı.<sup>41</sup> Dönemin Alman filozoflarının başlıca tartışma konularından biri, genç ilahiyatçı David Friedrich Strauss’un (1808-1874) 1835’te ilk basımı yayımlanan *Das Leben Jesu* (İsa’nın Hayatı) başlıklı kitabında öne sürdüğü çarpıcı tezlerdi. Strauss, İncillerde anlatılan İsa öyküsünün mitsel bir öykü olduğunu belirtir, İsa’yı mitik bir figür olarak ele alır.<sup>42</sup> Strauss İsa’nın Tanrısal varlığını (hatta insan olarak varlığını) sorgular. Strauss bundan sonra insanlığın tanrısallığı üzerine tezler geliştirir; ona göre Hıristiyanlık içindeki “rasyonel hakikat”, “insani olan ve tanrısal olanın birliği”dir. Strauss’a göre İsa, insanlığın kolektif tanrısallığının kişileştiği mitik bir figürdür,<sup>43</sup> İnciller arkaik doğaüstü unsurlarından arındırılarak incelenirse insani-tanrısal birliği (dolayısıyla Hıristiyanlığın rasyonel hakikati) açıkça anlaşılabilir.<sup>44</sup>

Strauss’un kitabı yayımlanmasını takiben büyük bir popülerliğe kavuştu; ilk baskısı iki yıl içinde tükendi; 1840’a kadar toplam dört baskı yaptı; bu başarı, kitabın etkisinin sadece akademik çevrelerle sınırlı kalmadığını göstermektedir.<sup>45</sup> Strauss’un tezleri Hegelci akımın üyeleri tarafından genel olarak eleştirel bir tavırla karşılaşırsa da dönemin din eleştirisinin radikalleşmesine katkıda bulundu. Genç Hegelciler, Hegel’in mutlak tin/zihin (*absoluter Geist*) kavramını insanlık ile özdeşleştiriyorlardı, bu nedenle Tanrı-insan birliğini temel hakikat olarak ele alan Strauss’un

<sup>41</sup> Hobsbawm, Eric, *How to Change the World: Reflections on Marx and Marxism*, New Haven: Yale University Press, 2011, s. 40.

<sup>42</sup> Beiser, a.g.m., s. 141.

<sup>43</sup> Kitchen, a.g.e., s. 69; Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 135-137.

<sup>44</sup> Stedman Jones, a.g.m., s. 563.

<sup>45</sup> Linstrum, Erik, “Strauss’s ‘Life of Jesus’: Publication and the Politics of the German Public Sphere, *Journal of the History of Ideas*, cilt 71, sayı 4, 2010, s. 598.

fikirlerini kendi fikirlerine yakın bulmuşlardı. Bu dönemde Halle Üniversitesi'nde öğretim üyesi (*Privatdozent*) olarak görev yapan Arnold Ruge (1802-1880) Strauss'u savunan genç Hegelci radikallerin başında geliyordu.<sup>46</sup>

Almanya'da 1830'ların ikinci yarısında geleneksel dinsel yorumların eleştirisini yaparak alternatif bir felsefe geliştiren düşünürlerin arasında David Friedrich Strauss'un yanında Moses Hess'in (1812-1875) de ismini saymak mümkündür. Hess, Batı Almanya'dan Yahudi bir tüccar ailenin oğluydu. Aldığı dini eğitim, siyasal düşünceleri üzerinde büyük etki yaptı. *Die heilige Geschichte der Menschheit* (İnsanlığın Kutsal Tarihi) başlıklı kitabı 1837'de yayımlandı; yazarın ismi belirtilmemiş, kapak sayfasına "Spinoza'nın genç bir öğrencisi tarafından" ibaresi konmuştu. Hess'in bu eseri kaleme aldığı dönemde pek çok genç Avrupalı Yahudi, Baruch Spinoza'yı (1632-1677) "ilk modern Yahudi" olarak değerlendiriyordu ve onun bir yandan Yahudi kökenlerini aşmış diğer yandan Hıristiyanlığı da benimsememesini kendi tutumları için de bir model olarak görüyordu.<sup>47</sup> Hess de kendi düşüncesini geliştirirken bu Spinoza yorumundan etkilenmişti; kitabında Spinoza'nın *Tractatus Theologico-Politicus* (*Teolojik-Politik İnceleme*) ve *Ethica* gibi eserlerine çok sayıda atıf yer alıyordu.

Kitap "Geçmiş" ve "Gelecek" başlıklı iki bölüme ayrılmıştır. Hess, kitap boyunca çeşitli vesilelerle Tanrı'yı "yaşam" ile özdeş olarak inceler.<sup>48</sup> "Yaşam, herşeyi kapsayan ve ebedi olandır", Tanrı ise "her şeydeki her şey"dir.<sup>49</sup> Hess'e göre "tüm zamanların ebedi kanunu", baştaki Bir'in daha sonra daha yüksek bir hayat içinde bir araya gelmek üzere parçalanmasıdır.<sup>50</sup> Tıpkı doğan diğer her şey gibi insan da öncelikle kendi içinde birlik içindedir, daha sonra (tohumun filizlenmesine benzer olarak) bölünür, son olarak da olgunlaşır ve kendi kendisiyle yeniden bir bütün olur.<sup>51</sup> Hess'e göre tüm dünyevi çabaların genel amacı ebedi hakikate, "tek hayat"a ya da Tanrı'ya ulaşmaktır; kısmi hayatların

<sup>46</sup> Stedman Jones, a.g.m., s. 564.

<sup>47</sup> Avineri, Shlomo, "Introduction", Hess, Moses, *The Holy History of Mankind and Other Writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. x.

<sup>48</sup> Hess, Moses, *The Holy History of Mankind and Other Writings*, çev. Shlomo Avineri, Cambridge: Cambridge University Press, [1837] 2004, s. 34.

<sup>49</sup> Hess, a.g.e., s. 33.

<sup>50</sup> Hess, a.g.e., s. 46.

<sup>51</sup> Hess, a.g.e., s. 17.

her biri bu “bütün”den yola çıkar ve yine ona geri döner.<sup>52</sup> Dolayısıyla temel amaç, parçalılıktan bütüne doğru ulaşmaya çalışmaktır.

Hess insanlık tarihini birleşme ve ayrışmaların birbiri ardına geldiği dönemlerin tarihi olarak inceler. Dünyanın yaratılışından kitabın yazıldığı döneme uzanan tarihsel gelişim sürecini üç alt dönemde inceler. Bu dönemler sırasıyla Adem, İsa ve Baruch Spinoza ile birlikte başlar; bu üç dönem aynı zamanda Hıristiyan teolojisindeki Kutsal Üçleme'nin üç parçasına (Baba, Oğul ve Kutsal Ruh) denk düşer, ilk dönem Baba'nın, ikinci dönem Oğul'un, üçüncü dönem ise Kutsal Ruh'un dönemidir. Hess'e göre her üç dönemde birer “tufan” ortaya çıkmıştır; ilk dönemde kelimenin maddi anlamıyla bir tufan olan Nuh Tufanı, ikinci dönemde bir insanlar tufanı olan Kavimler Göçü, son dönemde ise bir fikirler tufanı olan Fransız Devrimi yaşanmıştır.

Hess'in kitabı her üç dönemle ilgili ayrıntılı çözümler de içerir. Düşünürü göre ilk insanlar bir “birlik yaşamı” yaşamaktadırlar, özgür ve eşittirler ve birlik içindedirler.<sup>53</sup> İnsanlar çoğaldıkça hayal güçleriyle beraber arzuları da büyür ve birlik yerini karmaşaya bırakır.<sup>54</sup> Mülkiyet hakkı da zamanla, tarihsel gelişim süreci içinde ortaya çıkar ve buna bağlı olarak toplumda eşitsizlikler başgösterir; mülkiyet hakkıyla beraber miras hakkının ortaya çıkması da eşitsizlikleri artırır.<sup>55</sup> Hess'e göre bu süreç içinde kimi noktalarda insanlar kimi kutlu kişiler (örneğin Hz. İbrahim) vasıtasıyla bölünmelerini bir süreliğine bırakarak yeniden birliğe doğru yönelirler, ancak kısa bir süre içinde bölünmeler ve eşitsizlikler artarak devam eder. Miras hakkı, eşitsizliğin muhafaza edilmesini sağlar; örneğin Hz. İbrahim'in soyundan gelenler atalarının haklarıyla kazandıklarını aslında hiçbir hakları olmamasına rağmen miras almışlardır;<sup>56</sup> bu şekilde miras sistemi, insanların üzerlerinde hakları olmadığı şeyler üzerinde hak iddia etmelerini sağlayarak eşitsizliklere zemin hazırlamıştır.

Hess'e göre insanlık tarihinde ikinci büyük dönem Hz. İsa ile başlar; bu dönemde Tanrı önceki dönemlere göre daha soyut bir düzlemde düşünülür,

<sup>52</sup> Hess, a.g.e., s. 61.

<sup>53</sup> Hess, a.g.e., s. 68.

<sup>54</sup> Hess, a.g.e., s. 6-7.

<sup>55</sup> Hess, a.g.e., s. 9, 68.

<sup>56</sup> Hess, a.g.e., s. 66.

Tanrı'nın her şeyi kapsayan ve ebedi niteliğinin idrakine varılır.<sup>57</sup> Hess'e göre İsa'nın çarmıh yolunda çektiği acılar insanlığın acılarının bir modelidir; İsa'nın acılarının anlatısında insanlığın yüksek önemi ortaya konmuştur.<sup>58</sup> Hess bu bölümde Kuran'dan da bir alıntı yapar ve İslam'ın ortaya çıkışını incelemesine dahil eder; ona göre İslam insanlığın bölünme dönemlerinden birini ortaya çıkaran bir birleşme çabasıdır.<sup>59</sup> Hess İslam'ı incelediği bölümde oryantalist bir analiz çerçevesi geliştirir, “Doğu”yu “geçicilik” gibi kavramlarla özdeşleştirir ve İslam'ın getirdiği birliğin adeta Doğu'nun sıcak ikliminde hızlıca çürüyen meyvelere benzer bir şekilde hızlıca ortadan kalktığını söyler. Şarlman'ın Roma İmparatorluğu'nu yeniden kurma çabası da bir birlik kurma denemesidir, ancak bu da hızlı bir şekilde bölünme ile sonuçlanır.<sup>60</sup> Ortaçağ sonlarında bir yandan Ruhban sınıfının “büyülü gücü”, diğer yandan da dünyevi zorbalara maddi gücü zayıflamış durumdadır. On yedinci yüzyılın ilk yarısında meydana gelen Otuz Yıl Savaşları bölünmeyi ileri bir boyuta götürür ve bu dönemin sonunda yeni bir birleşme Baruch Spinoza'nın felsefesini geliştirmesiyle birlikte sağlanır.<sup>61</sup>

Hess, Spinoza'yı “ustamız” ve “ölümsüz öğretmenimiz” olarak anar. Hess'e göre Spinoza sayesinde Tanrı'nın en saf bilgisine, “Kutsal Ruh” olarak Tanrı'nın bilgisine erişmek mümkün olmuştur. Hess'e göre Tanrı'nın en saf bilgisine ne Friedrich Schelling'in Tanrı'yı doğa felsefesinde arayan düşüncesiyle, ne de Hegel'in Tanrı'yı tin/zihin (*Geist*) üzerinden anlamaya çalışan felsefesiyle ulaşılabilir. Dolayısıyla Tanrı'yı sadece doğada ya da sadece tün/zihin düzleminde aramak yersizdir; onu yaşamın bütününde aramak gereklidir. Hess'e göre her varlığın ruhuna Tanrı'nın kanunu kazanmıştır,<sup>62</sup> Hess'e göre insanlar özgürdür ancak bu özgürlük keyfi bir irade kullanmak anlamını taşımaz; insanların tanrısal kanuna bilinçli bir şekilde itaat etmeleri anlamına gelir.<sup>63</sup>

Hess'in *İnsanlığın Kutsal Tarihi* kitabının ikinci bölümü “Gelecek” başlığını taşır. Düşünür burada daha önceki bölümde yaptığı mülkiyet,

<sup>57</sup> Hess, a.g.e., s. 33.

<sup>58</sup> Hess, a.g.e., s. 93.

<sup>59</sup> Hess, a.g.e., s. 26.

<sup>60</sup> Hess, a.g.e., s. 27-28.

<sup>61</sup> Hess, a.g.e., s. 33.

<sup>62</sup> Hess, a.g.e., s. 51.

<sup>63</sup> Hess, a.g.e., s. 56.

miras hakkı ve eşitsizlikçi toplum eleştirilerini geliştirir ve eşitlikçi bir ütopya ortaya koyar. Tarih boyunca parçalılıktan yeniden birliğe ulaşma yönündeki çabalarda eşitlikçi bir sistemi kurma çabalarının taşıdığı öneme dikkat çeker. Ona göre tüm ayrı varlıklar, birinin varoluşu diğerininki olmadan düşünülemeyeceğinden tek bir Varlık oluştururlar. İnsanlar aynı çabadan ilham aldıkları takdirde birbirlerini desteklerler, insani amacın (parçalılıktan kurtularak birleşme amacının) farkına varanların geliştirdiği toplumsal düzenlemeler en başta insanların birlik ve eşitlik yönünde çabalarını muhafaza edecektir.<sup>64</sup> Hess'e göre "tam eşitlik" in mümkün olması için hiçbir şeyin bir kişinin mülkiyetinde bulunduğu, "toplumun hazineleri" nin herkese açık olduğu bir komünal mülkiyet (*gemeinschaftlicher Besitz*) durumu gerekmektedir.<sup>65</sup> Miras (ve dolayısıyla mülkiyet) hakkının kalkması insanların Tanrı'nın tam bilgisine ulaşması ile bağlantılıdır: Ebedi miras hukukunun Ebedi Tanrı'ya (Hess'in deyişiyle, Büyük Tüm'e) ait olduğunun ve kişilerin ya da halkların sınırlı oldukları için hiçbir şeyi ebediyen ellerinde bulunduramayacaklarının anlaşılması, miras hakkının ortadan kalkmasına zemin hazırlar.<sup>66</sup>

Hess, gelecek perspektifini ortaya koyduğu ve "ebedi mülkiyet" olarak miras hakkı eleştirisi yaptığı bölümlerde kendi döneminin toplumsal eşitsizliklerine ilişkin önemli değiniler yapar. Ona göre kitabın yazıldığı dönemde baskıcı sınıf ayrımları altında yaşayan insanlar bu durumdan Ortaçağ aristokrasisini sorumlu tutmaktadırlar, kimi durumlarda da öfkelerini aristokratlara yöneltmektedirler. Ancak Hess'e göre bu hatalı bir tespittir, soylular zaten uzun zaman önce yenilmiştir, yeni dönemde "geleceğimizi yok edebilecek olan" düşmanlar, zenginlerdir, başka bir deyişle, "para aristokrasisi"dir.<sup>67</sup> Böylece Hess Büchner'in 1834 tarihli (bu makalede önceki sayfalarda ayrıntılı olarak incelenen) broşüründe benimsediği tutumdan çok farklı bir tutum takınır ve "düşman" ın aristokrasi değil, burjuvazi olduğunu belirtir.

Hess'in ütopyik anlatısı özel mülkiyet ve mirasın ortadan kalkması ile sınırlı değildir. "Birliğin hüküm sürdüğü yerde güç, hayat ve özgürlük

<sup>64</sup> Hess, a.g.e., s. 64.

<sup>65</sup> Hess, a.g.e., s. 65.

<sup>66</sup> Hess, a.g.e., s. 72-73.

<sup>67</sup> Hess, a.g.e., s. 78-80.

vardır. Uyuşmazlıkla zayıflık, ölüm, kölelik yerleşir”.<sup>68</sup> Uyum, güç ve birliğin çeşitli unsurlarından söz etmek mümkündür. Hess’e göre eşitlik ve birliğin kurulmasıyla diller de birleşecektir.<sup>69</sup> Herkes tüm yetilerini vatanına adayacağı için ülke içeride birleşmiş, dışarıya karşı ise güçlü duruma gelecektir. Kadınlar erkeklerle aynı eğitimi alacaktır.<sup>70</sup> Kitabın yazıldığı dönemde olduğu şekliyle evlilik zorlaması (*Ehezwang*) ortadan kalkacak, evlilik bağı bir kölelik zinciri olmaktan çıkacak, böylece kadınlar ve erkekler zorla boyun eğme yoluyla değil, özgür aşk bağıyla birleşeceklerdir.<sup>71</sup>

Hess’e göre daha önceki dönemlerde seçkinler ve avam, zenginler ve yoksullar arasında var olan ayrımlar “Kutsal Krallık” olarak adlandırdığı geleceğin eşitlikçi toplumunun kurulmasıyla son bulacaktır. Eskiden ayrımlar ve karşıtlıklar korku duyulan unsurlar iken “Tanrı’nın Krallığı”nın eşitlikçi toplumunda karşıtlıklar tehlikeli olmaktan çıkacaktır ve zamanla ortadan kalkacaktır. “Tanrı’nın Krallığı”nda üç erk olacaktır: bir kitle olarak halk, kanunların yürütücüsü olarak (irade olarak) halk ve kanun koyucu olarak (zihin/tin olarak) halk. Halk hükümet tarafından yönetilecek, ancak hükümet de halkın zekâsı tarafından denetlenecektir.<sup>72</sup>

Hess’in bu kitabı pek çok düşünce tarihçisi tarafından “Almanya’nın ilk sosyalist kitabı” olarak nitelenir.<sup>73</sup> Kitapta “sosyalizm” kelimesine hiç yer verilmese de yazarın özellikle ikinci bölümde yaptığı eşitsizlik ve mülkiyet eleştirileri ve ütöpik toplum anlatısında ortaya koyduğu eşitlikçi toplum özlemi, bu nitelemeyi haklı çıkarır. Kitap yayınlandığı dönemde herhangi bir etki yapmasa da dönemin ütöpik sosyalist literatürüne özgün bir katkı teşkil etmesi açısından tarihsel önem taşır.

## **B. “Göttingen Yedilisi” Tartışmasından Sağ Hegelciliğin Yükselişine**

Almanya’da sosyalist düşünüşün geliştiği ve yaygınlaştığı bağlamda siyasal liberalizmin önemli bir gelişme gösterdiğini de belirtmek gerekmektedir. Pek çok Alman devletinde 1830’ların ikinci yarısı boyunca gerek liberal

<sup>68</sup> Hess, a.g.e., s. 83.

<sup>69</sup> Hess, a.g.e., s. 66.

<sup>70</sup> Hess, a.g.e., s. 86.

<sup>71</sup> Hess, a.g.e., s. 87.

<sup>72</sup> Hess, a.g.e., s. 91.

<sup>73</sup> Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 119; Avineri, a.g.m., s. xvii.

politikacılara ve öğretim üyelerine, gerekse Genç Hegelciler gibi devlet ve din eleştirileri yapan entelektüel çevrelere kapsamlı saldırılar başlatıldı.

Anayasal rejim ve meclisli monarşi konuları, Alman devletlerinde 1830'ların ikinci yarısının entelektüel ve siyasal tartışmalarının en önemli konularından birini teşkil ediyordu. Tartışmalar, Göttingen Üniversitesi'nden yedi öğretim üyesinin (*Göttinger Sieben – Göttingen Yedilisi*) yaptıkları mutlakiyetçilik eleştirisi üzerinde yoğunlaşıyordu. Göttingen, 1830'lu yıllarda Hannover Krallığı'nın parçasıydı. Dük Ernst August (1771-1851), 1837'de I. Ernst August adıyla Hanover kralı olunca parlamentoyu feshetti, Hannover'in liberal ilkeler üzerine kurulu olan 1833 tarihli anayasasını askıya aldı ve daha eski bir tarihli anayasayı tekrar yürürlüğe koydu. Bu düzenlemelerden sonra, öğretim üyeleri de dahil olmak üzere tüm kamu görevlileri krala (ve onun anayasasına) bağlılık yemini etmeye zorlandı.<sup>74</sup> XVIII. yüzyılda kurulmuş olan ve Alman devletlerinin en önemli yükseköğretim kurumlarından biri haline gelmiş olan, mezunları arasında Arthur Schopenhauer (1788-1860), Wilhelm von Humboldt (1767-1835) ve Heinrich Heine'nin de bulunduğu Göttingen Üniversitesi'nin öğretim üyelerinden yedisi yeni kral ve anayasaya bağlılık yemini etmedi. Grubun üyeleri arasında muhalefette en etkin olanı, tarihçi Friedrich Christoph Dahlmann (1785-1860) idi. Jacob Grimm (1785-1863) ve Wilhelm Grimm (1786-1859), grubun en iyi tanınan üyeleriydi; Grimm kardeşler Alman dilinin en ünlü sözlüklerinden birini hazırlamış ve Almancanın en ünlü masal derlemesini yapmışlardı. Grubun diğer üyeleri de dönemin en önde gelen akademisyenleri arasındaydı: tarihçi Georg Gottfried Gervinus (1805-1871), fizikçi (ve elektromanyetik telgrafın mucitlerinden olan) Wilhelm Eduard Weber (1804-1891), şarkiyatçı Heinrich Ewald (1803-1875) ve XIX. yüzyılın en önemli anayasa hukukçularından olan Wilhelm Eduard Albrecht (1800-1876).

Bu yedi kişi tarihe “Göttingen Yedilisi” olarak geçti. I. Ernst August'u esas öfkeliendiren, muhalif öğretim üyelerinin görüşlerini kamuoyuyla paylaşmalarıydı: Kral, kayınbiraderi olan Prusya Kralı III. Friedrich Wilhelm'e (1770-1840) yazdığı bir mektupta, öğretim üyelerinin şikâyetlerini kendisine özel mektup yazmak yoluyla belirtmeleri halinde

<sup>74</sup> Nipperdey, Thomas, *Deutsche Geschichte, 1800-1866: Bürgerwelt und starker Staat*, München: C. H. Beck, 2013, s. 376.



bir sorun olmayacağını belirtiyor, muhaliflerin görüşlerini toplantılarda açıklamalarının ise kabul edilemeyeceğini söylüyordu. Göttingen Yedilisi'nin her biri hızlıca görevlerinden uzaklaştırıldı. "Göttingen Yedilisi" olayı Hanover ile sınırlı kalmadı, diğer Alman devletlerindeki liberal çevrelerde ve Alman entelektüel çevrelerinde büyük bir yankı buldu. Eduard Gans, görevden atılan öğretim üyelerine parasal destek sağlamak için düzenlenen bir dayanışma grubuna başkanlık etti.<sup>75</sup> İlerleyen dönemlerde Albrecht, Dahlmann ve Weber Leipzig'ye, Gervinus Heidelberg'e, Ewald Tübingen'e, Grimm kardeşler Berlin'e yerleşti.<sup>76</sup>

Keyfi yönetimin sınırlandırılması, anayasa ve akademik özgürlükler bu tartışmaların yapıldığı bu dönemlerde özellikle Prusya üniversitelerinde Hegel'in sağ ve sol yorumlarını yapan düşünürler ve hukukçular arasında yapılan tartışmalar devam ediyordu. Bu dönemde Genç Hegelciler Alman entelektüel hayatında ve kamuoyunda giderek daha çok dikkat çekiyorlardı. Bruno Bauer (1809-1882) tarafından 1837'de Berlin'de kurulan "Doktorlar Kulübü" Genç Hegelcileri bir araya getiren bir topluluktu; topluluğun genç üyeleri arasında 1836 sonbaharında Berlin Üniversitesi'nde öğrenime başlayan Karl Marx da bulunuyordu. Marx, Almanya'nın sanayileşme ve şehirleşme oranının en yüksek olduğu ve Fransa'ya coğrafi açıklığı nedeniyle XVIII. yüzyıl sonundan beri Fransa'daki devrimci gelişmelerin doğrudan etkilediği bir bölge olan Ren Vadisi'nde, Trier şehrinde doğmuştu; babası toplumsal hiyerarşide yükselebilmek için Lutherci Protestanlığı seçmiş olan Yahudi kökenli bir devlet memuruydu. Marx 1830'lardan itibaren içinde yaşadığı toplumun çelişkileri üzerine gözlemler yapmaya başladı. Berlin Üniversitesi'ndeki ilk yılında dönemin birbiriyle rekabet içinde olan en meşhr iki hukukçusundan, Savigny ve Gans'tan ders aldı.<sup>77</sup> Dönemin radikal entelektüel çevreleriyle (özellikle de Genç Hegelciler ile) bağlantılar kurdu.

Aynı dönemde tıpkı Marx gibi Ren Vadisi kökenli olan bir diğer genç olan Friedrich Engels de toplumsal ve iktisadi koşullar üzerine eleştirel bir

<sup>75</sup> Waszek, a.g.m., s. 26.

<sup>76</sup> Bu tartışmaları takiben Göttingen Üniversitesi yaklaşık yetmiş yıllık bir çöküş dönemine girdi. XX. yüzyılın ilk yarısında fizik alanında büyük başarılarla öne çıksa da, Nazi Döneminde (1930'lu yıllarda) yeni bir politik darbeye maruz kaldı.

<sup>77</sup> Kelley, Donald R., "The Metaphysics of Law: An Essay on the Very Young Marx", *The American Historical Review*, cilt 83, sayı 2, 1978, s. 351-352.

bakış geliştirmektedir. Engels'in ailesinin Batı Almanya'da İngiltere'de (Manchester'da) fabrikaları vardı, ailesi genç Engels'in fabrika yönetiminde yer almasını istese de o devrimci düşünce ve hareketlerle ilişki kurmayı tercih ediyordu; Marx'ın Berlin'de sol Hegelci çevrelerle bağlantı kurduğu dönemde, 1838 yılında, Engels de Bremen'de Hegel üzerine okumalar yapıyordu.

Genç Hegelcilerin uyandırdığı etki ve Hegel'in radikal sol yorumlarının yaygınlaşmaya başlaması tepki uyandırmakta gecikmedi. Tarihçi Heinrich Leo (1799-1878), 1838'den itibaren Genç Hegelcilere karşı büyük bir saldırı kampanyası başlattı ve sözkonusu çevreler üzerinde polis denetimi uygulanması gerektiğini savundu.<sup>78</sup> Bir grup Hegelci de buna karşılık kendi görüşlerinde bir radikalleşmeye gittiler; gerek sağ Hegelcilere (ve Hegel'in bazı uzlaşmacı fikirlerine), gerekse Prusya'nın devlet ve toplum yapısına karşı geliştirmiş oldukları eleştirileri daha da keskinleştirdiler.<sup>79</sup> Friedrich Christoph Förster (1791-1868) gibi yazarlar Hegelcilikten etkilenmekle birlikte Hegel'in liberalizm ve anayasacılık yanlısı bir tavır takınmadığını öne sürdüler. Bu ve benzeri görüşlerden etkilenen Arnold Ruge, Edgar Bauer (1820-1886) ve Karl Marx gibi yazarlar 1840'lı yıllarda Hegel'in siyaset ve hukuk felsefesinin kapsamlı bir eleştirisi yapmaya giriştiler.<sup>80</sup>

### C. Wilhelm Weitling ve Alman Ütopik Sosyalizmi

Gerek sol Hegelcilerin 1830'lu yıllardan yaptıkları kapsamlı din ve devlet eleştirisini, gerekse bu felsefi tartışmaların Marx ve Engels'in gençlik dönemi eserleri üzerine yaptığı etkiyi göz önünde bulunduran bazı yazarlar, Almanya'da radikal ve sosyalist düşüncenin esas olarak siyasi ve felsefi bir nitelik taşıdığı, işçi sınıfıyla bağlantısının zayıf olduğu sonucuna varırlar. Oysa bu dönemde Almanya'da işçi hareketleri içinden gelişen özgün bir ütopyacı düşüncenin varlığından da söz etmek mümkündür. Bu doğrultuda en büyük rolü ülke dışına çalışmaya gidip sosyalist çevrelerle bağlantı kuran Alman kalfalar (*Handwerksgesellen*) oynamıştır.

Bu noktada Almanya'da işçi sınıfının bileşimine ve konumuna kısaca değinmek gerekiyor. Tıpkı on dokuzuncu yüzyılın ilk yarısı boyunca

<sup>78</sup> Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 140.

<sup>79</sup> Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 142.

<sup>80</sup> Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 142-143.

İngiltere ve Fransa işçi sınıflarında olduğu gibi, Alman ülkelerinde oluşmakta olan işçi sınıfı içinde de yeni gelişen sanayi sektörlerinde çalışan işçilerin olduğu kadar zanaatkârların da önemli bir yeri vardır. XIX. yüzyılın ilk yarısında Almanya’da üretimin büyük çoğunluğunu zanaatkârların yaptığı üretim teşkil ediyordu. Zamanla Alman devletleri loncaların esnafı koruyucu özelliklerini ilga etti, bu şekilde zanaatkârlar serbest ticaret koşullarında korumasız hale geldiler. Güvencesiz çalışma koşullarına ek olarak, zanaatkârlar mekanize olan sanayi üretimiyle rekabet içine girdiler.<sup>81</sup> Buna ek olarak, zanaatkârlar çalışma yaşamında köyden kente göçen ve düşük ücretlerle çalışan kalifiye olmayan işçilerle de rekabet etmek zorunda kaldılar, keza 1830’lara gelindiğinde önceki dönemlerin esnaf teşkilatlarıyla bağlantısı olmayan ve fabrikalarda çalışan bir işçi sınıfı oluşmuştu. Dönemin yayınlarında ise değişen üretim koşulları içinde ortaya çıkan bu sınıfı belirtmek için “proleter” terimi sıklıkla kullanılıyordu.<sup>82</sup>

Zanaatkârlar arasında yine Fransa ve İngiltere’de olduğu gibi sınıfsal bir ayırım göze çarpar. Usta zanaatkârlar Ortaçağ’dan beri sahip oldukları korumak istemekte, lonca sisteminin çözülmesine karşı çıkmakta, iktisadi politika açısından serbest ticarete ve kapitalizme eleştiriler yöneltmekte, toplumsal açıdan ise düzene ve hiyerarşiye dayalı bir sistemin bekasını tercih etmekteydiler. Zanaatkâr hiyerarşisinin alt basamaklarında yer alan kalfalar ve çıraklar ise ustalarının temsil ettiği toplumsal hiyerarşiyi karşılıklarına alıyorlardı; kalfaların önemli bir kısmı bu dönemden itibaren gelişen sosyalist ve radikal hareketlere destek verdi.<sup>83</sup> Bununla birlikte, tıpkı ustalar gibi kalfalar da sınai kapitalizmin gelişimini bir tehdit olarak algıladılar.

Kalfa kökenli Alman ütopya teorisyenler arasında en önemlilerinden biri Wilhelm Weitling’dir (1808-1871).<sup>84</sup> Bir terzi olan Weitling, 1836’da Paris’te Adiller Birliği’ni (Fr. *Ligue des Justes*, Alm. *Bund der Gerechten*) kurdu ve Paris’te sürgünde bulunan Alman radikaller tarafından 1834’te

<sup>81</sup> Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 150; Kitchen, a.g.e., s. 42.

<sup>82</sup> Breckman, *Marx, the Young Hegelians...*, s. 150.

<sup>83</sup> Kitchen, a.g.e., s. 44.

<sup>84</sup> Weitling hakkında ayrıntılı biyografik bilgi için bkz. Wittke, Carl, *The Utopian Communist: A Biography of Wilhelm Weitling, Nineteenth-Century Reformer*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1950.

kurulmuş olan Kanunsuzlar Birliği'nin bir uzantısıydı.<sup>85</sup> Weitling'in ilk eseri olan *Die Menschheit, wie sie ist und wie sie sein sollte* (İnsanlık: Nasıldır ve Nasıl Olması Gelmektedir) 1838 tarihinde yayımlandı.

Weitling, kitapçığında çalışan kitlelere hitap eder, görünürde çalışanların refahını ve düzeni sağlamak için onlara kanunlar ve kurallar dayatmışlardır; halkın çoğu zaman bunların içeriğinden bile haberi yoktur. Weitling, dönemin birçok yazarı gibi Hıristiyanlığın radikal bir yorumundan yola çıkar; ona göre “komşunu sev” Tanrı'nın ilk emridir, bu emrin içeriğinde tüm insanların mutluluğu ve refahı bulunur. Weitling buradan hareketle insanların egoizmden kurtulmalarını salık verir. Tatmin olan kişi, mutlu kişidir; tatmin olmak içinse kaygısız bir yaşam sürmek (herkesin ihtiyacı olanı elde ettiğini bilmek) ve arkadaşlara sahip olmak gerekir.<sup>86</sup> Bütün bunlar için, herkes için eşit yaşam şartlarının olması gereklidir. İşin, malların, iş ürünlerinin eşitsiz bölüşümüne dikkat çeker ve zengin olmanın adaletsiz olmak anlamına geldiğini belirtir.<sup>87</sup> Weitling'e göre çalışanlar sefaletletin nedenini sürekli olarak çevrelerinde ararlar, ancak bu nedenin “saraylarda, tahtlarda, yumuşak halılarda” aranması gerekir.<sup>88</sup> Weitling'e göre insanların ölçülü bir şekilde yaşamaları ve ihtiyacı olanlara isteyerek yardım etmeleri, mutluluğu ve düzeni getirecektir.<sup>89</sup> Ancak bunun bireysel bir çabayla gerçekleşmesi yeterli değildir. Herkesin harcaması gereken emek süresi belirlenmeli ve bu yolla herkese bir iş sağlanmalıdır. Hıristiyanların arasında o döneme kadar mal ortaklığı sistemi, güçlülerin ve papazların yolsuzluğa batmış hali nedeniyle kurulamamıştır.<sup>90</sup>

Weitling milliyet ve mezhep ayrımlarının ortadan kalktığı, tüm insanlığın büyük bir aileler federasyonu şeklinde örgütlendiği, herkesin ihtiyaç maddelerinden eşit olarak yararlandığı ve çalışmanın eşit bir şekilde bölüşüldüğü, iki cinsiyet için eşit bir eğitim, eşit haklar ve ödevlerin teminat altına alındığı, özel miras ve mülkiyet haklarının ortadan kaldırıldığı, yöneticilerin genel oy ile seçildiği ve çalışma ya da mülk gibi konularda

<sup>85</sup> Kitchen, a.g.e., s. 66.

<sup>86</sup> Weitling, Wilhelm, “L'humanité tel qu'elle est et telle qu'elle devrait être (1838)”, Bravo, Gian Mario (ed.) *Les socialistes avant Marx*, Paris: François Maspéro, [1838] 1970, s. 73.

<sup>87</sup> Weitling, a.g.e., s. 74.

<sup>88</sup> Weitling, a.g.e., s. 77.

<sup>89</sup> Weitling, a.g.e., s. 79.

<sup>90</sup> Weitling, a.g.e., s. 82-83.

herhangi bir ayrıcalığa sahip olmadığı, herkesin (başkalarına haklarına zarar vermemek koşuluyla) mümkün olan en geniş eylem ve konuşma özgürlüğüne sahip olduğu, suçluların idam cezasıyla cezalandırılmadığı bir sistem öngörür.<sup>91</sup>

Weitling pek çok ütopyacı yazarın aksine reformcu bir yöntem benimsemez, yeni toplum düzeninin devrimci yollarla kurulabileceğini savunur; devrimin hemen sonrasında bir geçiş dönemi olarak halk diktatörlüğünün uygulanacağını öne sürer.<sup>92</sup> Böylece Adolphe Blanqui gibi devrimci yazar ve eylemcilerde görülen bazı fikirleri sosyalist düşünceyle sentezler ve daha sonra Marx ve Engels'in eserlerinde de ortaya çıkacak olan devrim modeline bir temel oluşturur. Weitling önerdiği reform programının kendi döneminin bir ürünü olduğunun da farkındadır: “Her neslin, her bireyin kendi mükemmellik anlayışı vardır: İnsan ona her zaman yaklaşabilir ancak bu hayatta mükemmelliğe tam anlamıyla ulaşmak mümkün değildir”.<sup>93</sup>

Weitling'in metninin ikinci yarısı somut “toplumsal reform” tasarısını içerir. Yazar, toplumun piramit yapısı içinde örgütlendiği bir model öngörür; bu hiyerarşik yapı fikrini geliştirmesinde yine bir hiyerarşik örgüt olan Adiller Birliği deneyiminin önemli bir etkisi olmuştur. Weitling aileyi toplumun temel birimi olarak görür. Ailenin önemine yaptığı vurgu romantik ya da muhafazakâr bir görüşten ibaret değildir; yazar aynı zamanda kadınların çalışmasının ve boşanma işlemlerinin kolaylaştırılması gerektiğini savunur. Weitling'e göre temelde yaşlı aile üyelerinin gözetimi altında bulunan aileler yer alır. Yaklaşık bin aile bir “aileler birliği” oluşturur ve bir birlik şefi seçer; bin birlik ise on bin ailelik bir topluluk oluşturur ve yine bunun başkanını seçer. Bu toplulukların temsilcileri bir kongre teşkil eder ve kongre üyeleri bir senato seçer. Bu senato aile birliklerinin en yüksek yasama organıdır. Köylüler, işçiler, öğretmenler ve “sanayi ordusu” mensupları da kendi meslek gruplarının içinde hiyerarşik olarak örgütlenirler. Weitling'in “sanayi ordusu” olarak adlandırdığı meslek grubu; madencilik, demiryolu, baraj, kanal, yol, köprü yapımı, ormancılık,

<sup>91</sup> Weitling, a.g.e., s. 86.

<sup>92</sup> Claeys, Gregory, “Non-Marxian Socialism”, Jones, Gareth Stedman & Gregory Claeys (ed.) *The Cambridge History of Nineteenth-Century Political Thought*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 543-544.

<sup>93</sup> Weitling, a.g.e., s. 89.

bataklık kurutma gibi toplumsal-kollektif nitelikte işleri yapar.<sup>94</sup> “Sanayi ordusu” tüm sağlıklı insanların on beş ve on sekiz yaşları arasında üç yıl boyunca çalışmak olduğu bir gruptur. Bu “ordu”nun mensupları çalışma saatlerinin dışında eğitim alırlar ve bir meslek öğrenirler.<sup>95</sup>

Ailelerin ihtiyaçlarının belirlenmesi, üretimin planlanması, ürünlerin eşit dağıtımının yapılması gibi işler senatonun görevidir. Senatonun üçte birlik kısmı her üç yılda bir yapılan seçimlerle yenilenir.<sup>96</sup> Weitling’in modelinin temelinde “hükümet”in yerini “işlerin idaresi”nin alması fikri yer alır; bu bakımdan Weitling Saint-Simon’un eserlerinde dile getirdiği ilkeyi tekrarlar. Aynı fikir sonraki yıllarda Marx’ın bazı eserlerinde de ortaya çıkmıştır.<sup>97</sup>

Weitling “anayasal” reform projesinin yanında, gündelik yaşamın nasıl düzenlenmesi gerektiğine dair önerilerde de bulunur. Her aile geniş ve mobilyalı bir eve ve bir bahçeyi kullanır, aileler ortak mutfakları kullanırlar. Bu ortak mutfaklarda aşçılar idare organlarının belirlediği miktarda besinlerle yemek yaparlar.<sup>98</sup> Kıyafetlerde kullanılacak olan kumaş, kıyafet tarzları, mobilya malzemeleri ve mobilya üslupları yine idare organları tarafından belirlenir.<sup>99</sup> Weitling, insanların farklı istekleri olduğunun, kimilerinin lüks mobilyaları, kimilerinin sanatsal faaliyetleri tercih ettiğinin de farkındadır, ona göre toplumsal eşitlik ilkesi sıkı sıkıya bireysel özgürlük ile karışmalıdır ve insanlar isterlerse bireysel isteklerini tatmin edebilecekleri fazla çalışma saatlerine yönlendirilmelidirler; fazla çalışma faaliyeti yapan kişiler, belirli bir çalışma zamanı harcadıkları takdirde istedikleri giysileri ya da objeleri edinebilirler.<sup>100</sup>

Weitling, önerdiği bu toplumsal reformun kimi sorunlarla başlayabileceğini belirtir. Bu önerilerin tam olarak gerçekleşmesi durumunda düşmanlığın yerini kardeşlik alacaktır, insanlar tüm dünyada seyahat edecekler ve her yerde bir vatan bulacaklardır (Weitling, [1838] 1970: 107). Malların

<sup>94</sup> Weitling, a.g.e., s. 93.

<sup>95</sup> Weitling, a.g.e., s. 92-93.

<sup>96</sup> Weitling, a.g.e., s. 94.

<sup>97</sup> Claeys, a.g.m., s. 523.

<sup>98</sup> Weitling, a.g.e., s. 95.

<sup>99</sup> Weitling, a.g.e., s. 96.

<sup>100</sup> Weitling, a.g.e., s. 97-98.

ortaklığı dünyayı bir cennete çevirecek, şiddet, cinayet, dilencilik gibi olguların ortadan kalkmasına zemin hazırlayacaktır.<sup>101</sup>

## **Sonuç**

Alman devletlerinde 1830'lu yıllarda sol Hegelcilik ve ütopyik sosyalizm gibi çok çeşitli akımlara mensup yazarlar arasında gerçekleşen tartışmaların ve karşılıklı etkileşimlerin etkisiyle, felsefe ve sosyalist düşünce akımları arasında yoğun bir ilişki kurulmasının temeli atılmıştır. Gerek Hegel'in hukuk felsefesini eleştirel bir perspektiften yeniden yorumlayarak mutlakiyetçi-baskıcı devletin eleştirisi için uygulamaya çabalayan düşünürler, gerekse yine felsefi birikimlerini geleneksel Hıristiyan doktrinini eleştirmek için kullanan düşünürler önemli bir düşünsel gelenek yaratmaya başlamışlardır. Bu açıdan incelendiğinde Almanya'da 1830'lu yılların sosyalist düşünürleri çoğunlukla İngiltere ve Fransa'daki düşünürlerin gölgesinde kalsalar da onlara kıyasla daha özgün bir felsefi yorum geliştirmeye çabalamışlardır; bu dönemde Almanya'da (ya da Alman yazarlar tarafından sürgünde) kaleme alınan siyasal metinlerde özgürlük, eşitlik, mülkiyet gibi konular üzerine tartışmalar çoğunlukla hukuk ve felsefe literatüründe geliştirilen perspektiflerle bağlantı içinde geliştirilmiştir. Dönemin sosyalist ve/veya radikal yazarları, Spinoza ve Hegel gibi filozofların ya da Alman tarihselci hukuk okulu mensubu hukukçuların geliştirdikleri kavramsal çerçeveye katkılar ya da eleştiriler getirmişlerdir. Bununla birlikte, bu görüşlerin halen sosyalist/ütopyacı düşünce ile zayıf bağları bulunmaktadır. Kitle hareketleri, cumhuriyetçilik, sosyalist düşünce ve felsefi eleştirinin daha yoğun bağlarla bütünleşmesi için 1840'lı yılları beklemek gerekmiştir.

## **Kaynakça**

- [1] **Avineri, Shlomo**, "Introduction", Hess, Moses, *The Holy History of Mankind and Other Writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. ix-xxvii.
- [2] **Beiser, Frederick C.**, "Hegel and Hegelianism", Jones, Gareth Stedman & Gregory Claeys (ed.) *The Cambridge History of Nineteenth-Century Political Thought*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 110-146.
- [3] **Breckman, Warren**, *Marx, the Young Hegelians, and the Origins*

<sup>101</sup> Weitling, a.g.e., s. 108.

- of Radical Social Theory: Dethroning the Self*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- [4] **Büchner, Georg**, “Le messenger Hessois (1834)”, Bravo, Gian Mario (ed.) *Les socialistes avant Marx*, Paris: François Maspéro, [1834] 1970, s. 8-20.
- [5] **Gans, Eduard**, “Gans’s Preface to Hegel’s *Philosophy of Law*” (1833), Hoffheimer, Michael H., *Eduard Gans and the Hegelian Philosophy of Law*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, [1833] 1995, 87-92.
- [6] **Hess, Moses**, *The Holy History of Mankind and Other Writings*, çev. Shlomo Avineri, Cambridge: Cambridge University Press, [1837] 2004.
- [7] **Hobsbawm, Eric**, *How to Change the World: Reflections on Marx and Marxism*, New Haven: Yale University Press, 2011.
- [8] **Holub, Robert C.**, “Troubled Apostate: Heine’s Conversion and Its Consequences”, Cook, Roger F. (ed.) *A Companion to the Works of Heinrich Heine*, Rochester: Camden House, 2002, s. 229-250.
- [9] **Kelley, Donald R.**, “The Metaphysics of Law: An Essay on the Very Young Marx”, *The American Historical Review*, cilt 83, sayı 2, 1978, s. 350-367.
- [10] **Kitchen, Martin**, *A History of Modern Germany, 1800–2000*, Malden: Blackwell, 2006.
- [11] **Linstrum, Erik**, “Strauss’s ‘Life of Jesus’: Publication and the Politics of the German Public Sphere”, *Journal of the History of Ideas*, cilt 71, sayı 4, 2010, s. 593-616.
- [12] **Nipperdey, Thomas**, *Deutsche Geschichte, 1800-1866: Bürgerwelt und starker Staat*, München: C. H. Beck, 2013.
- [13] **Schulze, Hagen**, *The Course of German Nationalism: From Frederick the Great to Bismarck, 1763-1867*, çev. Sarah Hanbury-Tenison, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- [14] **Stedman Jones, Gareth**, “The Young Hegelians, Marx and Engels”, Jones, Gareth Stedman & Gregory Claeys (ed.) *The Cambridge History of Nineteenth-Century Political Thought*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, 556-600.
- [15] **Uslu, Ateş**, “Avrupa’da Erken Dönem Sosyalist Teori ve İşçi Hareketleri (1830-1840)”, *Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler*



- Enstitüsü Akademik İncelemeler Dergisi*, cilt 9, sayı 1, s. 1-24.
- [16] **Uslu, Ateş**, “Sosyalist Düşüncenin Kaynakları: Büyük Britanya ve Fransa’da İşçi Hareketlerinin Başlangıcı ve Ütopya Düşüncesi (1800-1830)”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, cilt 70, sayı 1, s. 35-63.
- [17] **Waszek, Norbert**, “Eduard Gans on Poverty and on the Constitutional Debate”, Moggach, Douglas (ed.) *The New Hegelians: Politics and Philosophy in the Hegelian School*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 24-49.
- [18] **Weitling, Wilhelm**, “L’humanité tel qu’elle est et telle qu’elle devrait être (1838)”, Bravo, Gian Mario (ed.) *Les socialistes avant Marx*, Paris: François Maspéro, [1838] 1970, s. 72-112.
- [19] **Wittke, Carl**, *The Utopian Communist: A Biography of Wilhelm Weitling, Nineteenth-Century Reformer*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1950.

# ***Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi***

***Ramazan YÜCEL \****

## **Özet**

Kanunda yapılan düzenleme ile çalışma koşullarında yapılacak değişiklikler iş sözleşmesinin feshi ile bağlantılı olarak yeni esaslara bağlanmıştır. İş Kanunu m.22 gerekçesine belirtildiği üzere, bu madde ile amaçlanan, olumsuz bazı durumlarda sözleşmenin işveren tarafından doğrudan feshi yerine, çalışma koşullarında değişiklik yapılarak iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır. İşçi değişiklik önerisini kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir.

## **Substantial Amendment at Working Conditions and Cancellation of Amendment**

## **Abstract**

With the devising at the law to be made the amendments to the working conditions are linked to the new principle in connection with the termination of the employment contract. As stated in article 22 of the labor law, in some unfavorable circumstances by this article intended, the employer directly maintains the business relationship by changing the working conditions of the contracting entity directly. If the employer does not accept the amendment proposal, the employer may terminate the employment contract by writing that the amendment is based on a valid cause or that there is terminated another valid reason.

## **Giriş**

Türk İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, 4857 sayılı İş Kanununun “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi” kenar başlıklı 22. maddesinde düzenlenmiştir. İş Hukukunun amacı, işverene karşı zayıf durumda olan işçiyi işverenin haksız ve kötü

---

\* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Arş. Gör.

niyetli davranışlarına karşı korumak ve işverenin iş sözleşmesine keyfi bir şekilde son vermesini önleyerek işçiye iş güvencesi sağlamaktır. 22. madde de bu amaca uygun olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu *işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir”.*

“Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.”

Hükmün işçi lehine olduğu söz konusu maddeden de açıkça anlaşılmaktadır. Çünkü, 22. madde ile işverenin hangi kaynaklara dayanarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapacağı belirlenmiş, işverene çalışma koşullarında değişiklik yapması için işçinin rızasını alması ve yazılı bildirim zorunluluğu getirilmiş ayrıca, işverenin iş sözleşmesini keyfi olarak sona erdirmesi zorlaştırılmış ve ancak geçerli bir nedenin olması halinde fesih işleminin mümkün olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, fesih en son çare olarak düşünülmüştür.

## **1. ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK**

### **I. Genel Olarak**

4857 sayılı İş Kanunu madde 22’de çalışma koşullarında esaslı değişiklik düzenlenmiştir. Maddenin metnine bakıldığında; “iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik”ten söz edildiği görülmektedir. Bu bağlamda, sadece iş sözleşmesi ile değil, aynı zamanda personel yönetmeliği veya benzeri kaynaklar veya işyeri uygulaması ile oluşan bir çalışma koşulunda esaslı değişiklik de madde kapsamındadır. Söz konusu esaslı değişiklikler ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapılabilir. Bu şekilde uygun

olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir.

Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz (m.22/2).

İşçinin esaslı değişiklik talebini kabul etmemesi durumunda işveren değişikliği yapamayacak ya da esaslı değişikliğin geçerli bir sebebe dayandığını veya fesih için başka bir geçerli sebebin bulunduğunu ispatlayarak süreli feshede gidebilecektir. Bu halde işverenin feshine bağlanan her türlü hak ödenmek zorunda olacaktır: Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı vb. Ancak böyle bir feshede gidilmiş olsa bile yine de işçi iş güvencesi hükümlerine başvurabilecek, başka bir deyişle işe iade davası açabilecektir. Düzenlemenin işçinin konumunu güçlendirdiği açıktır. Bu aslında iş güvencesi hükümlerini de güçlendiren bir düzenlemedir. Aksi halde iş güvencesi hükümlerinden kurtulmak isteyen işveren feshede gitmek yerine işçinin iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yaparak işçiyi işten çıkmaya zorlayacaktır<sup>1</sup>.

## II. Değişiklik Feshine İlişkin Hükümlerin Kapsamı

4857 sayılı Kanunu'nun 22. maddesinde getirilen koruyucu düzenlemeden hangi işçilerin yararlanacağı hususu tartışmalıdır. Doktrindeki bir kısım yazarlara göre bu olanaktan sadece iş güvencesi kapsamındaki işçiler yararlanabilecektir<sup>2</sup>. Buna karşılık bizce iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin de, bu kuralın onlara uygulanabileceği ölçüde 22. maddeden yararlanması kabul edilmelidir<sup>3</sup>. Şöyle ki, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmelerinde esaslı değişiklik yapacak işverenin,

<sup>1</sup> Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29. Bası, s.432; Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 12. Bası, s.700; A. Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/E. Tuncay Senyen-Kaplan, İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, s.206.

<sup>2</sup> Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, s.180-181; Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku s.297.

<sup>3</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.701; Süzek, s.701; Kübra Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi, Çalışma ve Toplum, 2013/3, s.110-111.

feshin geçerli sebebini yazılı olarak açıklamak dışında; değişiklik için işçinin olurlu alma, olur verilmezse feshe gitmeme, feshe gidilirse iş güvencesi dışındaki haklarını elde etmeleri mümkün kabul edilmelidir.

İş Kanunu'nun 22. maddesi bu hükümden sadece iş güvencesi kapsamında olanların yararlanabileceğini belirtmediği gibi, kapsam dışı olanların yararlanamayacağı da düzenlenmemiştir. Öte yandan iş hukukunun koruyucu karakteri de bu sonuca ulaşmayı kolaylaştırmaktadır. Buna karşılık İş Kanunu'nun kapsamı dışında olanlarla, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçiler bakımından 4857 sayılı Kanun m.22'nin uygulanması mümkün değildir<sup>4</sup>.

## **2. ESASLI DEĞİŞİKLİK FESHİNİN KOŞULLARI**

### **I. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapılması**

Kanunu'nun 22. maddesi metninden anlaşılacağı gibi değişiklik feshinin söz konusu olabilmesinin ilk koşulu çalışma koşullarında esaslı bir değişikliğe gidilmesidir. Esaslı değişiklik kavramında ölçüt olarak işçinin durumunun ağırlaşmasını kabul etmek gerekir. İşçinin değişiklikten önce ve sonraki durumu karşılaştırılarak, işçinin menfaati açısından zararına olan bir durum saptanırsa bu değişikliğin esaslı değişiklik olduğu kabul edilmektedir<sup>5</sup>.

Çalışma koşulları iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmelikleri ya da iş koşulu haline gelmiş işyeri uygulamaları ile ortaya çıkabilir. Buna karşılık toplu iş sözleşmesi ile belirlenmiş bulunan çalışma koşulları ancak toplu iş sözleşmesi taraflarınca değiştirilebileceğinden toplu iş sözleşmeleri uygulamaları bu kapsama girmez<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Aksi görüş A. Murat Demircioğlu, Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi, İş Dünyası ve Hukuk, Tankut Centel'e Armağan, İstanbul, 2011, s.125. Yazara göre belirli süreli iş sözleşmelerinde de değişiklik ihtiyacı doğduğunda m.22'deki usule göre hareket edilip, işçinin yazılı kabulünün alınması gerekir. Bu yönüyle belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından fark yoktur. Belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi teklifi reddederse işveren geçerli sebeple süreli feshe gidebilir. İşçinin sözleşmesi belirli süreli ise süreli feshe gidilemez. Bu halde işveren belirli süreli sözleşmeyi sadece haklı sebeple feshedebilir.

<sup>5</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.433; Süzek, s.703; Yarg. 7. HD., 26.5.2014, E. 2014/4483 K. 2014/11162; Yarg. 9. HD., 13.12.2010, E. 2009/39668 K. 2010/37397; Yarg. 9. HD., 12.11.2010, E. 2009/36031 K. 2010/33783, kararlar için bkz. www.kazanci.com.

<sup>6</sup> Süzek, s.702; Fevzi Şahlanan, *İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı*, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2010, s.178

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin işgörmeye borcu ile işverenin ücret ödeme borçları çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, iş yerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ücret eklentileri, ara dinlenmeleri, evlenme, doğum ve ölüm yardımları, özel sağlık sigortası ve bireysel emeklilik sistemi primleri de çalışma koşullarına dahildir<sup>7</sup>.

Çalışma koşullarında değişiklik yapılması ilk bakışta sözleşme ile kurulmuş koşullar bakımından ahde vefa ilkesiyle çatışır gibi görünmektedir. Ancak iş sözleşmesi tarafların sürekli edimini gerektiren bir sözleşme olduğu için zaman içinde koşulların değiştirilmesi, ihtiyacı doğabilir. İşte İş Kanunu m.22 ahde vefa ilkesiyle bu değişiklik gereği arasında denge kurmayı amaçlayan bir düzenlemedir<sup>8</sup>.

Vurgulamak gerekir ki, m.22 sadece esaslı değişiklik için getirilmiş bir hükümdür. Yoksa iş koşullarında esaslı olmayan ve işverenin yönetim hakkı çerçevesinde kalan değişiklikler (tezgâh değişikliği, oda değişikliği gibi) bu madde kapsamına girmez. Ancak kuşkusuz her hak gibi yönetim hakkı da dürüstlük kuralına (MK. m.2) uygun biçimde kullanılmak zorundadır<sup>9</sup>. Tarafların iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle yönetim hakkını sınırlandırmalarına yasal bir engel yoktur. Sözgelimi, toplu iş sözleşmesi ile işverenin yönetim hakkına giren bir hususta karar verme yetkisi bir komisyona bırakılabilir.

Çalışma koşullarında işçinin yararına değişiklik kural olarak esaslı değişiklik ifade etmemekle birlikte, işçinin ücretinde artışı getiren veya bir üst unvanı içeren iş değişikliği her zaman işçinin lehine sayılmayabilir. Bu tür bir değişiklik aynı zamanda çalışma sürelerinde artışı getiriyorsa veya işçinin daha fazla sorumluluk üstlenmesini gerektiriyorsa esaslı değişiklikten söz edilebilir<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Yarg. 9. HD., T. 27.10.2008, E. 2008/29715, K. 2008/28944 (www.kazanci.com).

<sup>8</sup> Doğan Yenisey, s.97-98

<sup>9</sup> Süzek, s.66; Gülsevil Alpagut, İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı, Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.9, 2006, s.51

<sup>10</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.433; Süzek s.703; Gülsevil Alpagut, *Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi*, Bankacılar Dergisi, S.65, 2008, s.106

Bazı hallerde işçinin durumunu ağırlaştırdığı düşünülen bir değişiklik, işçiye sağlanan bazı karşılıklar ve ikame değerler ile dengelenebilir. Bu olasılıkta esaslı değişikliğin bulunmadığı kabul edilmelidir<sup>11</sup>. Örneğin, işyerinde yemek verilmesi uygulamasının kaldırılarak yerine bunun bedelinin nakit olarak ödenmesinde olduğu gibi. Hangi hallerin çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturacağı konusunda önceden mutlak ölçütlerin belirlenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, her somut olayın koşulları dikkate alınarak işçi aleyhine esaslı değişiklik olup olmadığının saptanması gerekir.

## **II. Esaslı Değişiklik Halleri**

4857 sayılı Kanun'un 22/1. maddesinde sözü edilen esaslı değişiklikler kısa, orta ve uzun vadede sözleşmenin yürürlüğü sırasında iş ilişkisinde ortaya çıkan ihtiyaçlar dolayısıyla işverenin yapmak istediği ve yönetim hakkı dışında kalan değişikliklerdir<sup>12</sup>.

Esaslı değişiklik hallerinin neler olduğunu tek tek saymak olanağı yoktur. Bir değişikliğin esaslı olup olmadığını tespit edebilmek için her somut olayın özelliklerine bakmak gerekir. Bu anlamda, kanun koyucunun esaslı değişiklik hallerinin neler olduğunu belirleme yetkisini yargı organlarına bıraktığı söylenebilir<sup>13</sup>. Bu belirsizliğe rağmen uygulamada karşılaşılan esaslı değişiklik halleri arasında genellikle ücret, işyeri, işin niteliği ve çalışma saatlerine ilişkin değişiklikler sayılabilir.

**Ücret değişikliği:** İşveren işçinin ücretinde ve gördüğü işin niteliğinde tek taraflı olarak aleyhe değişiklik yapamaz. Yine Yargıtay'a göre: ücretinde bir indirim sözkonusu olmamakla birlikte, yapılan işyeri değişikliğinde yol ücretlerini işçinin karşılamak zorunda bırakılması aleyhe esaslı bir değişiklik oluşturur<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Süzek, s.703; Alpagut, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, s.106.

<sup>12</sup> Ünal Narmanlıoğlu, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İstanbul, 2009, s.141; Mustafa Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005, s.113; Savaş Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, Doktora Tezi, İstanbul, 1981, s.125

<sup>13</sup> Demircioğlu, s.125

<sup>14</sup> Yarg. 9. HD., 17.5.2005, 27850/18819, İHSGHD, 7, s.1251; Öğretide aynı yöndeki görüşler için bkz. Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s.433; M. Polat Soyer, İşçinin İş Görme Borcu, İzmir, 1979, Doktora Tezi, s.86; Sarper Süzek, *Değişiklik Feshi*, TİSK Akademi, 2006/I, s.14; Gaye Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğan Haklar, Ankara, 2011, s.181.

Ücretsiz izin uygulaması: İşçilerin ücretsiz izne çıkarılması çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına gelir ve İş K. 22. maddenin uygulanmasını gerektirir<sup>15</sup>.

İşin niteliğinde değişiklik: Kural olarak iş sözleşmesinde işçinin yapacağı işin açıkça belirlenmiş olması durumunda, işveren işçiye daha düşük nitelikte başka iş veremez. Yargıtay'a göre; işçinin şoförlük işinden çöp toplama işine verilmesi (Y9HD, 02.05.2006, 2005/34148, 2006/12415), atölyede hızcı olarak çalışan işçiden çatı tamir işinin istenmesi (Y9HD, 02.06.1997, 5567/10579), park ve bahçeler müdürlüğünden bulaşıkçılığa verilmesi (Y9HD, 13.01.1997, 1996/16268, 1997/38), daha önce gündüz çalışırken gece işine verilmesi (Y9HD, 03.07.1996, 3709/15314), epilepsi hastalığı olan bir işçinin inşaat işine verilmesi, işçinin daha ağır ve vardiyalı bir işe verilmesi (Y9HD, 21.12.2005, 14209/40453) esaslı değişiklik niteliğindedir<sup>16</sup>.

İşyeri değişikliği<sup>17</sup>: Taraflar iş sözleşmesinde işçinin çalışacağı işyerini belirlemişlerse işçinin onayı olmadıkça işveren işyerini değiştiremez, onu başka işyerine nakledemez. Bununla birlikte, Yargıtay kararlarında il içinde makul bir uzaklıktaki bir başka işyerine naklin esaslı değişiklik sayılamayacağına hükmedilmektedir (Y9HD, 30.06.1997, 10230/13245). İşçinin il sınırları dışındaki bir işyerine nakledilmek istenmesi esaslı bir değişiklik sayılır ve İş Kanunu madde 22 hükümlerine tabi olur. İşçinin çalıştığı yerin şehir merkezinden uzak olması ve servis temin edilememesi esaslı değişiklik niteliğinde iken (Y9HD, 02.05.2000, 2384/6490), aynı bina içinde başka bir bölümde görevlendirme fiziki mekan, sosyal çevre ve ücret bakımından işçinin aleyhine sonuç doğurmadığı takdirde çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturmaz (Y9HD, 08.11.1999,14476/16682)<sup>18</sup>.

Çalışma saatlerinde değişiklik: Çalışma saatlerinin ve işyerindeki iş ritminin belirlenmesi kural olarak işverenin yönetim hakkı içinde yer alır<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Süzek, s.705; Yarg. 9. HD., 22.11.2005, 21119/36846, Alpagut, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, s.106.

<sup>16</sup> Kararlar için bkz. Alpagut, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, s.106, aynı yöndeki görüş için bkz. Süzek, Değişiklik Feshi, s.13.

<sup>17</sup> Soyer, İş Görme Borcu, s.86; Süzek, Değişiklik Feshi, s.14; Baycık, s.181

<sup>18</sup> Kararlar için bkz. Alpagut, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, s.106.

<sup>19</sup> Süzek s.706; Taşkent, s.68; Süzek, Değişiklik Feshi, s.15; Doğan Yenisey, s.126



Ancak, çalışma saatlerindeki değişiklikler işçi için zorluklar getiriyor ve koşullarda ağırlaşma olarak nitelenebiliyorsa esaslı değişikliğin varlığı kabul edilir. Yargıtay'a göre; iş sürelerinin geceye kaydırılması ve işçinin hafta sonu çalışmaya zorunlu tutulması (Y9HD, 25.06.1996, 2531/14240), gece vardiyasında çalışan işçilerin üç saatlik istirahat süresinin bir saate indirilmesi (Y9HD, 07.12.1995, 20913/35276) esaslı değişiklik oluşturur<sup>20</sup>.

Önemle belirtmek gerekir ki; çalışma koşullarında esaslı değişikliğin mutlaka işverenin bir eylemi sonucu ortaya çıkması gerekmez. İşverenin mevcut bir sözleşme hükmünde öngörülen ücret zammını uygulamaması, artan iş hacmine rağmen yeni işçi almayarak aynı kadro ile işçiyi sürekli olarak daha fazla çalışmaya zorlaması da çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak karşımıza çıkabilir. Yine işyerinden ayrılan bir başka işçinin iş yükünün diğer işçilere yüklenmesi çalışma koşullarında esaslı değişiklik ifade eder.

### **3. DEĞİŞİKLİK YAPMA HAKKININ SAKLI TUTULMASI**

#### **I. Genel Olarak**

Ekonomik ve teknolojik değişmelere bağlı olarak uygulamaya konulan yeni üretim tekniklerinin çalışma yaşamını ve dolayısıyla iş hukukunu etkilememesi mümkün değildir. İşletmeler rekabet güçlerini arttırmak ve daha verimli hale gelebilmek için tüm üretim araçlarını ve bu arada iş gücünü daha esnek bir biçimde kullanmak istemektedirler. Değişen piyasa koşullarına uyum sağlamak ancak daha esnek düzenlemelerle mümkün hale gelmekte; iş ilişkisi kurulurken öngörülemeyen, ancak sonradan ortaya çıkabilecek sorunlarla, esnek hükümler sayesinde başa çıkılabilmektedir<sup>21</sup>.

Değişikliği saklı tutma kayıtları 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesinin varlığı sebebiyle bu kayıtların geçerliliği konusu öğretide yoğun bir biçimde tartışılmıştır. Tartışmaların kaynağını 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısı'nda yer alan ve "... işverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkının

<sup>20</sup> Kararlar için bkz. Alpagut, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, s.106; bu konuya ilişkin diğer Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 9. HD., 7.12.1995, 20913/35276, Tekstil İşv., Mart 1997, s.15; Yarg. 9. HD., 3.7.1996, 3709/15314, Tekstil İşv., Kasım 1996, s.16-17; Yarg. 9. HD., 19.10.1976, 6929/19816 Kutal'ın incelemesi, İHU.

<sup>21</sup> Kübra Doğan Yenisey, İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.2, İstanbul, 2001, s.1175; Nağme N. Hozar, İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelemesi, Sicil, Haziran 2006, s.85;

saklı tutulduğu hallerde... yukarıdaki (İş K. m.22/1) hükmü uygulanmaz.” ifadesinin kanunlaşma sürecinde metinden çıkarılması ve Kanuna alınmaması oluşturmaktadır. Tasarı’da yer alan bu hükmün 22. madde metnine alınmaması karşısında işverenin çalışma koşullarında tek yanlı değişiklik yapma hakkını saklı tutmasının hukuken mümkün olmadığı dile getirilmiş<sup>22</sup>; ancak öğretilerde baskın görüş<sup>23</sup> ve Yargıtay<sup>24</sup> aksi görüşte birleşmiştir.

Bu aşamada belirtelim ki, bize göre de iş sözleşmelerinde işverene tanınan ve sonradan değişiklik yapma yetkisi tanıyan değişiklik kayıtları önceki dönemde olduğu gibi bugün için de geçerli ve bağlayıcı kabul edilmelidir<sup>25</sup>. Ancak kanımızca bu geçerlilik ve bağlayıcılık mutlak nitelik taşımamakta; bir takım koşullar ve uygulama esaslarının bulunması halinde benimsenmelidir.

Yargıtay’ın konuya ilişkin yaklaşımı doktrindeki baskın görüşten çok farklı görünmemektedir. Yargıtay, özellikle işyeri değişikliğine ilişkin işvereni yetkilendiren iş sözleşmesi kayıtlarının, aşağıda ele alacağımız bazı sınırlamalarla, geçerli olduğunu kabul etmektedir<sup>26</sup>.

Bu aşamada vurgulanması gereken bir husus işçinin ücretine ilişkin değişiklik kayıtlarıyla ilgilidir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ücret işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borcudur. İşverenin, asıl ücrette indirim gitme hakkını saklı tutma kaydını geçersiz saymak iş sözleşmesinin karşılıklı özelliğine ve iş hukukunun işçiyi koruyucu karakterine daha uygundur. Buna karşılık ücret eklentilerinde indirim gidilmesi hakkının saklı tutulduğu hallerde bunun geçerli sayılması mümkündür.

<sup>22</sup> Ali Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, s.120; Ünal Narmanlıoğlu, İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre ile Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi, Sicil, Eylül 2011, s.15 vd.

<sup>23</sup> Alp, s.257; Alpagut, s. 59; Hozar, s.85; Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileriyle Feshi, İstanbul 2003, s.97; Bekir Uzun, Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi, Sicil, Haziran 2006, s.54 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.180-181; Savaş Taşkent, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara 2006, s.79.

<sup>24</sup> Yarg. 9. HD., 27.12.2004, E. 2004/20848 K. 2004/29320; Yarg. 9. HD., 4.4.2005, E. 2005/9605 K. 2005/11820; Yarg. 9. HD., 19.4.2005, E. 2004/18827 K. 2005/13746 kararları için bkz, Alpagut, s.50 vd.

<sup>25</sup> Uzun, s.53; Engin, s.317.

<sup>26</sup> Hozar, s.88 vd. kararlar; Alpagut, s.61; Taşkent, s.79-80.

## **II. Değişiklik Kayıtlarının Tabi Olduğu İlkeler**

İş Kanunu m.22’de taraflarca iş sözleşmesine konulabilecek değişiklik kayıtlarına hiç değinilmemiş; maddede, bu tür kayıtların bulunmadığı hallerde iş sözleşmesindeki esaslı değişikliklerin hangi usulle gerçekleştirileceğine yer verilmiştir. Aslen, söz konusu kayıtlarla işveren önceden yetkilendirildiğinden, böyle bir durumda özel bir usul getirilmesine gerek olmadığı da söylenebilir.

Özetle, işverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisinin tanındığı durumlarda İş K.m.22’deki usule uymak gerekmezken; böyle bir yetkinin tanınmadığı hallerde iş sözleşmesinde esaslı bir değişikliğe gitmek isteyen işveren K.m.22’deki usule uymak zorundadır<sup>27</sup>.

Bir kez taraflarca iş sözleşmesiyle işverene tanınmış değişiklik yapma kayıtlarının geçerliliği ve bağlayıcılığı kabul edildikten ve bu durumun İş K.m.22’den bağımsız olduğu saptandıktan sonra; artık söz konusu kayıtların kapsam ve içeriğinin denetimine değinmek gerekir. Bu aşamada belirtilmelidir ki, İş K.m.22 hükmü ile getirilen yöntemin işçiyi koruyan düzenlemesi karşısında, değişiklik kayıtlarının hukuka uygunluğunun denetiminde, önceki döneme göre daha dikkatli olmak gerektiğini düşünmekteyiz.

## **III. Değişiklik Kayıtlarının Denetimi ve Yorumu**

İş sözleşmelerinde esaslı değişiklik yapma yetkisi veren değişiklik kayıtlar ile işverene yönetim hakkını genişletme (örneğin işyerini değiştirme); geri alma (örneğin işçiye sağlanan bir edimden cayma); bağlayıcı olmama (örneğin işverence sağlanan bir edim sebebiyle işyeri uygulamasının işkoşulu haline gelmesini önleme); işçiye sağlanan bir edimi belirli süreli uygulama veya bir konuda toplu iş sözleşmesine atıfta bulunma yetkileri tanınmaktadır<sup>28</sup>.

İşverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma hakkı veren bu tür kayıtlar iki aşamalı bir denetimden geçmek durumundadır. Bunlardan ilki içerik denetimi; ikincisi ise kullanım denetimidir. İçerik denetiminde, söz konusu kaydın içeriğinin hukuka uygunluğu ele alınırken; kullanım denetiminde bu hakkın MK.m.2’de yer alan dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun biçimde kullanılıp kullanılmadığı denetlenmektedir.

<sup>27</sup> Taşkent, s.80; Alp, s.259.

<sup>28</sup> Alp, s.262-268.

a) Genel bir ifade ile işverene sağlanan tek taraflı değişiklik yetkisinin çoğunlukla işçinin gerçek rızasına dayanmadığı ; iş arayan ve iş sahibi olmak isteyen işçinin bu tür değişiklik kayıtlarını kabullenmeye mecbur kaldığı söylenebilir<sup>29</sup>. Bu tür kayıtlar genellikle işverenin bağımlılık unsurunu ve ekonomik gücünü kötüye kullandığı kayıtlardır<sup>30</sup>. İşverenin iş sözleşmesinin kuruluşu sırasında işçiye dayattığı bu hükümlerin/ kayıtların salt akit serbestisi çerçevesinde ele alınması iş hukukunun temel gerekleri ile de çelişebilir; ayrıca bu kayıtlar işçinin bireysel ve aile yaşamını derinden etkileyebilir<sup>31</sup>. Bunlara ek olarak değişikliği saklı tutma kayıtlarının bulunması halinde İş Kanunu m.22'deki işçiyi nispeten koruyucu hükümlerden yararlanılamaması da; söz konusu kayıtların içerik denetimine tabi tutulması ve en azından bu yolla işçinin korunmasını zorunlu kılmaktadır<sup>32</sup>.

İşverene tanınan değişiklik kayıtlarının içerik bakımından kanuna karşı hile niteliğini de taşıyamaması gerekir. Bu tür kayıtlar eğer kanunun yasakladığı bir sonuca bu kayıt sayesinde ulaşma imkânı veriyorsa, örneğin işçinin sendikaya üye olması halinde işinin değiştirileceğine ilişkin bir hüküm getirilmişse, bu hüküm kanuna karşı hile niteliğinde olduğundan geçersiz sayılacaktır<sup>33</sup>.

Son olarak, yukarıda da değinildiği gibi; değişiklik kaydının işverene genel bir biçimde, iş sözleşmesinde değişiklik yapabileceğini içeren soyut yetki vermesi de kabul edilmeyecek; tam tersine iş sözleşmesi ve bunun eki niteliğindeki kaynaklarda somut olarak iş koşullarında bazı değişiklikler yapılabileceği; örneğin, işçinin işverene ait değişik işyerlerinde çalıştırılması öngörülmüş ise ancak bu durumda kaydın hukuka uygun olduğu kabul edilecektir<sup>34</sup>.

b) İçerik yönünden hukuka uygunluğu kabul edilen değişiklik kayıtlarının kullanım denetiminden de geçmesi gerekir. Kullanım denetimi kavramı, değişikliği saklı tutma kaydı ile işverene tanınan hakkın somut olaydaki

<sup>29</sup> Alp, s.262-268.

<sup>30</sup> Uzun, s.55; Doğan Yenisey, s.1180; Alpagut, s.60.

<sup>31</sup> Doğan Yenisey, s.1181.

<sup>32</sup> Süzek, Değişiklik Feshi, s.18; Alp, s.259.

<sup>33</sup> İçerik denetiminde kanuna karşı hile ölçütünün uygulanmasının eleştirisi için bkz. Alp, s.257 vd.

<sup>34</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.181; Uzun, s.55; Taşkent, İş, s.79-80; Alpagut, İş Sözleşmesinin, s.60.

kullanım tarzına odaklanmaktadır<sup>35</sup>. Bu bağlamda, yapılacak denetimin kapsamına dürüstlük kuralı (MK.m.2), ayrımcılık yasağı ve hakkaniyet denetimi gibi unsurlar girmektedir.

Dürüstlük kuralı, MK.m.2’de ifadesini bulan ve herkese haklarını kullanırken dürüst davranma yükümlülüğü getiren ilkedir. Bu bağlamda işveren de kendisine tanınan değişiklik yapma yetkisini dürüstlük kuralına uygun olarak kullanmak zorundadır. Zira bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz ve işverenin dürüstlük kuralına aykırı biçimde yaptığı değişiklik işçiyi bağlamaz. Giderek MK.m.2’ye uygun biçimde kullanılmayan ve dolayısıyla işçi bakımından bağlayıcı olmayan değişikliğe dayalı fesihler haksız ya da geçersiz fesih niteliği taşırlar<sup>36</sup>. Yargıtay’a göre, hizmet sözleşmesinde işçinin başka bir yere nakline ilişkin kayıt varsa, işveren işçiyi başka bir yerde görevlendirebilecek; bu durumda iş şartları esaslı bir tarzda değişmemiş olacaktır. Ancak bu halde dahi işveren keyfilik ve nesnellik denetimine tabi tutulacaktır<sup>37</sup>.

Yargıtayda konuya ilişkin birçok kararında işverene tanınan değişiklik yapma yetkisinin MK.m.2’de yer alan dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerektiğini; söz konusu yetkinin keyfi ve kötüye kullanıldığı durumlarda, işverenin feshinin haksız ya da geçersiz olduğuna hükmettiğini söylemek mümkündür<sup>38</sup>.

MK.m.2’de yer alan dürüstlük kuralı dışında, işverene tanınan değişiklik yapma yetkisi kaydının kullanılması hakkaniyete uygunluk denetimine de tabi tutulabilir. Genellikle Yargıtay’ca sıkça kullanılmayan bu ölçüte göre, hukuki ilişki taraflarının özellikle işçinin özel durumunun dikkate alınması ve buna uygun olarak ölçülü davranılması; özetle somut olay adaletinin sağlanıp sağlanmadığının denetlenmesi söz konusu olur<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Alp, s.401-402.

<sup>36</sup> Ercan Akyiğit, İçtihatlı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, B.2, C.1, Ankara, 2006, s.863; Alpagut, İş Sözleşmesinin, s.60.

<sup>37</sup> Yarg. 9. HD., 24.5.2010, E. 2009/20411 K. 2010/14372 (www.kazanci.com).

<sup>38</sup> Yarg. 9. HD., 4.4.2005, E. 2005/9605 K. 2005/11820 (Çankaya-Günay-Göktaş, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Ankara, 2005, s.598-600); Yarg. 9. HD., 6.2.2006, E. 2006/835 K. 2006/2400 (**Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S.2006/10, s.683-685).

<sup>39</sup> Alp, s.402 vd.

Ekleyelim ki, iş sözleşmesine konulan değişiklik kayıtlarına ilişkin hususlarda sonradan ortaya çıkan koşullar kaydın kapsamına girmeyecek ve dolayısıyla işçiyi bağlamayacaktır. Örneğin sözleşme yapılıp, değişiklik kaydı üzerinde anlaşıldıktan sonra açılan yeni bir işyeri/şube bakımından kayıt kural olarak işçiyi bağlamayacaktır<sup>40</sup>.

#### **IV. Değişiklik Kaydının Uygulanmasının Sonuçları**

Geçerli bir kayda dayalı olarak işverence gerçekleştirilen değişikliğin sonuçlarını da ele almak gerekir. Bu aşamada ikili bir ayırımı gitmek yararlı olacaktır. Eğer işçi içerik yönünden hukuka uygun olan ve dürüstlük kuralı ile hakkaniyete uygun biçimde kullanılan değişiklik kaydına uyar ise, iş sözleşmesi bu değişikliğe rağmen aynen devam eder yani ortaya yeni bir sözleşme çıkmaz. Tarafların arasındaki iş sözleşmesi yeni koşulla (örneğin yeni işyerinde) yürürlüğünü sürdürmeye devam eder.

Buna karşılık işçinin belirtilen özellikleri taşıyan bir değişikliğe uymaması onun iş görme borcuna aykırılık oluşturur ve işveren olayın özelliğine göre “işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” (İş K.m.25/II-h) ya da “izinsiz ve mazeretsiz devamsızlık” ( K.m.25/II-g) gerekçesi ile derhal fesih hakkını kullanabilir<sup>41</sup>. Bu tür fesih işçinin kıdem ve ihbar tazminatı haklarını ortadan kaldırıp onu ciddi biçimde mağdur edeceğinden; işverenin, İş K.m.18’e dayanarak ve işçinin davranışlarına bağlı geçerli sebep dolayısıyla süreli feshe gidebileceği de kabul edilmelidir<sup>42</sup>.

Ekleyelim ki, haklı sebebe dayalı derhal fesihlerde ve geçerli sebebe dayalı süreli fesihlerde, fesih nedeninin açıkça ortaya konulması, feshin sonuçları bakımından önem taşımaktadır. Ancak, her iki tür fesihte de işçinin İş K.m.17-21 veya İş K.m.25/son hükmüne dayanarak feshin geçersizliği/haksızlığı gerekçesiyle işe iade davası açabileceği açıktır.

<sup>40</sup> Murat Şen, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara, 2005, s.173; Doğan Yenisey, İşveren, s.1195; Hozar s.91.

<sup>41</sup> Alpagut, İş Kanununun, s.63-64; Süzek, Değişiklik Feshi, s.22

<sup>42</sup> Aynı görüş Süzek, Değişiklik Feshi, s.22.

#### **4. DEĞİŞİKLİK KAYDININ BULUNMADIĞI HALLERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI**

Değişiklik kaydının bulunmadığı durumlarda işverenin esaslı değişiklik teklifini yazılı olarak yapması gerekir. Bu teklif bir icap (öneri) tır. Bu icapla iş sözleşmesini değiştiren ve kabulü halinde iş sözleşmesinin eki haline gelen bir değişiklik sözleşmesinin kurulması amaçlanmaktadır<sup>43</sup>.

Değişiklik önerisi bir icap olduğu için Borçlar Kanunu anlamında, bir icapta bulunması gerekli tüm özellikleri (açıklık, belirlilik vb) taşımalıdır. Deyim yerindeyse işçinin kabulü ile değişiklik gerçekleşebilmelidir. Söz konusu önerinin ilan ya da toplu bildirim şeklinde duyurulması Kanunun amacına uygun değildir. Bildirimin tek tek ve imza karşılığı yapılması gerekir. Bu yasal bir zorunluluk olup geçerlilik koşuludur<sup>44</sup>.

Önerinin yapılmasından sonra Kanun gereği işçiye alt iş günlük bir bekleme süresi tanınmalıdır. Bu süre nispi emredici olup iş sözleşmeleri ya da toplu iş sözleşmeleri ile arttırılabilir. Ekleyelim ki İş Kanunu Bilim Kurulu taslağında bu süre 15 gün olarak önerilmiş idi<sup>45</sup>. İşçiye bekleme süresi tanınmayıp hemen karar vermeye zorlanması halinde bildirim geçersiz ve yapılmamış olduğu sonucuna varılmalıdır<sup>46</sup>.

#### **I. Değişiklik Önerisinin Kabulü**

İş sözleşmesinde iş koşullarında değişiklik kaydının bulunmadığı durumlarda, işverence yapılan değişiklik önerisinin kabul edilmesi halinde iş sözleşmesi bu değişikliğe rağmen aynen devam eder; yani ortaya yeni bir sözleşme çıkmaz. Tarafların arasındaki iş sözleşmesi yeni koşulla (örneğin yeni iş yerinde, yeni ücret düzeyi üzerinden) yürürlüğünü sürdürmeye devam eder. Belirtelim ki işçinin kabulünün mutlaka yazılı şekilde yapılması gerekli olup, bu bir geçerlik koşuludur. İşveren aldığı yazılı kabul beyanını işçinin özlük dosyasında, gerektiğinde ibraz etmek üzere saklamak zorundadır. Yargıtay yeni personel yönetmeliğini kabul ettiğine yönelik imza atan ve çalışmaya devam eden işçinin sonradan eski yönetmeliğe göre izin ücreti talebini kabul etmemiştir<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Süzek, s.616; Alp, s.130.

<sup>44</sup> Murat Şen, İşçinin Çalışma Koşullarındaki Değişikliği 6 İş Günü İçinde Yazılı Olarak Kabul Etmemesinin Sonuçları, Sicil, Mart, 2007, S.5, s.79.

<sup>45</sup> Süzek, s.619.

<sup>46</sup> Demircioğlu, s.128.

<sup>47</sup> Yarg. 9. HD., 14.12.2010, E. 2010/30973 K. 2010/37847 (www.kazanci.com)

## II. Değişiklik Önerisinin Reddi

İş Kanunu'nun yukarıda ele aldığımız 22. maddesine göre "... ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz." İşçi, değişiklik önerisini yazılı olarak kabul etmez ya da sessiz kalırsa öneriyi reddetmiş olacaktır.

Bu aşamada işçinin değişiklik önerisi karşısında sessiz kalmasının nasıl yorumlanacağı da tartışılabilir. Yargıtayın ilk yıllarda verdiği birkaç kararında hükümdeki yazılılık koşulunu yumuşattığı<sup>48</sup> ve işçinin sessiz kalmasının kabul anlamında yorumlanabileceği yönünde kararlar vardır<sup>49</sup>. Öğretide de değişikliğe sessiz kalıp buna uyan işçinin sonradan değişikliğe itirazının dürüstlük kuralına aykırılık anlamına geleceği yönündeki görüşler ileri sürülmüştür<sup>50</sup>. Maddenin açık düzenlemesi karşısında sessiz kalmanın kabul olarak yorumlanamayacağı kabul edilmelidir<sup>51</sup>. Buna karşın işçinin değişikliği kabul iradesini zımnen ortaya koyduğu, mesela işyeri değişikliğine ses çıkarmayıp yeni işyerinde işe gitmeye devam ettiği hallerde, ya da müdür iken şefliğe geçirilmesine rağmen çalışmasını sürdüren işçinin durumu dikkate alındığında, susmanın kabul anlamına geleceği sonucuna varılabilir. Yargıtay 2008 tarihli bir kararında aynı görüşü benimsemiştir<sup>52</sup>.

İşçisine yaptığı değişiklik önerisi reddedilen işverenin karşısına iki seçenek çıkmaktadır: İşveren ya çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmaktan vazgeçecek ve sözleşmenin eski koşullarla devam etmesine katlanacaktır, ya da fesih için geçerli bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklayacak ve bildirim süresine uyarak iş sözleşmesini feshedecektir.

## III. İşverenin Değişiklik Feshini Uygulaması

Değişiklik önerisi işçisi tarafından reddedilen işveren değişiklik yapmaktan vazgeçmiyorsa iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla feshetmek durumunda kalacaktır. Bu bağlamda işveren bildirim süresini bekleyerek sadece kıdem tazminatı ödeyerek feshe gidebileceği gibi, kanımızca bildirim süresine ait ücreti peşin ödeme yoluna da gidebilir.

<sup>48</sup> Demircioğlu, s.133.

<sup>49</sup> Yarg. 9. HD. 16.9.2005, E. 2005/27701 K. 2005/30370, Tekstil İşveren, Mayıs, 2007, s.2-4.

<sup>50</sup> Alp, s.74; Doğan Yenisey, s.128.

<sup>51</sup> Aynı görüş Çelik; Süzek, s.620; Şahlanan, s.180.

<sup>52</sup> Yarg. 9. HD., 7.7.2008, E. 2007/24548 K. 2008/19209, Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara, 2009.



Belirtelim ki, değişiklik feshi ancak çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise son çare olarak gündeme gelebilir. Bu bağlamda ölçülülük denetiminin önemi büyüktür.

İşverenin burada gideceği fesih süreli fesih olduğu için aranacak neden haklı değil, geçerli neden olmalıdır. Dolayısıyla bu halde iş sözleşmesi işçinin yetersizliği ya da davranışlarına; iş, işyeri ya da işletme gereklerine dayalı sebeplerle feshedilebilecektir. Başka bir anlatımla, İş K.m.22’de, m.18 dışında ve yeni geçerli sebepler yaratılmamıştır. Öğretide baskın görüş de bu yöndedir<sup>53</sup>.

Böylece değişiklik feshine uğrayan işçi işvereni aleyhine normal süreli fesihte olduğu gibi işe iade davası açabilecek ve dava olağan süreçte ve İş K.m.17–21 çerçevesinde devam edecek ve karara bağlanacaktır. Ekleyelim ki, davada değişikliğin değil, feshin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığının araştırılması gerekecektir. Ancak esaslı değişikliğin kendisi aleyhine olduğunu ispat yükü işçidedir.

Değişiklik feshinin sonuçları: İşverenin değişiklik feshine karşı işçi iş güvencesinin kapsamında ise, İş Kanunu madde 18 vd. hükümleri uyarınca işe iade davası açabilir. Feshin geçerli bir nedene dayandığı ispatlanamazsa işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak veya iş güvencesi tazminatını ödemek zorundadır. İşçi iş güvencesine tabi değilse, İş akitleri değişiklik feshi yoluyla sona erdirilen işçiler, işverenden koşulları varsa ihbar, kıdem, kötü niyet tazminatı ya da sendikal tazminat talebinde bulunabilir.

İş Kanunu m.22 belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulanmaz. Belirli süre içinde yaptığı değişiklik önerisini işçinin reddetmesi üzerine işverenin iş akdini feshetmesi bir haksız fesih sayılır ve buna ilişkin yaptırımlar uygulanır.

## **Sonuç**

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik; tüm hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk İş Hukukunda da gerek işletme gerekleri ve gerekse çalışma koşullarındaki esneklik adına ve bazen de işverenlerin kötü niyetli olarak işçi aleyhine en fazla kullandıkları araçlardan biridir.

<sup>53</sup> Süzek, s.624; Engin, s.323; Alp, s.146; Alpagut, İş Sözleşmesinin, s.57; Demircioğlu, s.130.

4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesindeki düzenleme ile işveren karşısında zayıf durumda olan ve hakları sömürülen işçinin menfaat dengesinin korunması amaçlanmıştır. Yapılan düzenlemeye göre işveren çalışma koşullarındaki esaslı değişikliği ancak işçinin yazılı rızasını almak şartıyla gerçekleştirebilir.

İşçi ile işveren arasındaki ihtilafların en önemlilerinden biri de bu süreç içinde ortaya çıkmaktadır. İşçi çoğu kez çalışma şartları ağırlaştığı için işverenin esaslı değişiklik önerisini kabul etmek istememektedir. Böyle bir durumda ya sözleşme eski şartlarda devam etmek zorunda kalmakta ya da işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilmektedir.

Değişiklik feshine karşılık olarak işçi; eğer iş güvencesinden yararlanabiliyorsa işe iade talebiyle, şartlar oluşmuşsa ihbar ve kıdem tazminatlarıyla ve yine iş güvencesinden yararlanamıyorsa ve tazminat koşulları oluşmuşsa; ihbar, kıdem ve kötüniet tazminatı taleplerinde bulunabilecektir. Çalışma koşullarındaki esaslı değişikliklerle ilgili her düzenleme taraflar arasında çalışma barışını ve dirliği ortadan kaldırmaya çok müsait bir zemin yaratmakta ve taraflar arasındaki hukuki ihtilafları ve husumeti arttırmaktadır.

Öte yandan çalışma koşullarındaki değişikle ilgili olarak taraflar arasındaki en önemli hukuki ihtilaflardan biri de 4857 sayılı yasanın esneklik kurgusu nedeniyle iş sözleşmesi yapılırken, işverenin; çalışma koşullarındaki değişiklik hakkını saklı tutmasında yaşanmaktadır. İşverenin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını saklı tutması ve işçinin iş sözleşmesi yapılırken bu koşulu kabul etmesi halinde işverenin yazılı rızasının önceden alındığı varsayılmaktadır. Ancak böyle bir durumda dahi işveren bu hakkını sınırsız olarak kullanamamakta, işçi yazılı rızasını işe kabul edilebilmek maksadıyla vermiş olabileceğinden işveren tarafından çalışma koşullarında yapılabilecek esaslı değişikliğin dürüstlük kurallarına uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir.

## **Kaynakça**

- [1] **Aktay A.** Nizamettin / **Arıcı Kadir** / **Senyen-Kaplan E. Tuncay,** *İş Hukuku*, Yenilenmiş 6. Baskı
- [2] **Akyiğit Ercan,** *İçtihatlı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, B.2, C.1, Ankara, 2006
- [3] **Alp Mustafa,** *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi*, Ankara, 2005
- [4] **Alpagut Gülsevil,** *İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı, Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararları*, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.9, 2006
- [5] **Alpagut Gülsevil,** *Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi*, Bankacılar Dergisi, S.65, 2008
- [6] **Baycık Gaye,** *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara, 2011  
*Çankaya / Günay / Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*, Ankara, 2005, s.598-600
- [7] **Çelik Nuri / Caniklioğlu Nurşen / Canbolat Talat,** *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 29. Bası
- [8] **Çil Şahin,** *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları*, Ankara, 2009.  
**Demircioğlu A. Murat,** *Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi*
- [9] **Doğan Yenisey Kübra,** *İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi*, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.2, İstanbul, 2001
- [10] **Engin Murat,** *İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileriyle Feshi*, İstanbul 2003
- [11] **Eyrenci Öner / Taşkent Savaş / Ulucan Devrim,** *Bireysel İş Hukuku*
- [12] **Güzel Ali,** *İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri*, İstanbul 2004
- [13] **Hozar Nağme N.,** *İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelemesi*, Sicil, Haziran 2006
- [14] **Mollamahmutoğlu Hamdi,** *İş Hukuku*
- [15] **Narmanlioğlu Ünal,** *İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi* 2007
- [16] **Narmanlioğlu Ünal,** *İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin*

- Geçici Süre ile Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi*, Sicil, Eylül 2011
- [17] **Soyer M. Polat**, *İşçinin İş Görme Borcu*, İzmir, 1979, Doktora Tezi
- [18] **Süzek Sarper**, *Değişiklik Feshi*, TİSK Akademi, 2006/I  
**Süzek Sarper**, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 12. Bası
- [19] **Şahlanan Fevzi**, *İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*, Ankara 2010
- [20] **Şen Murat**, *İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik*, Ankara, 2005
- [21] **Şen Murat**, *İşçinin Çalışma Koşullarındaki Değişikliği 6 İş Günü İçinde Yazılı Olarak Kabul Etmemesinin Sonuçları*, Sicil, Mart, 2007, S.5
- [22] **Taşkent Savaş**, *İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi* 2004, Ankara 2006
- [23] **Taşkent Savaş**, *İşverenin Yönetim Hakkı*, Doktora Tezi, İstanbul, 1981
- [24] **Uzun Bekir**, *Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi*, Sicil, Haziran 2006
- [25] Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi  
www.kazanci.com



# ***Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı Ve Tacirler Hakkında Uygulanması<sup>1\*</sup>***

***Oğuz ERSÖZ<sup>2\*3\*</sup>***

## **Özet**

Genel işlem koşulları başta 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu olmak üzere muhtelif kanunlarda düzenleme altına alınmıştır. Her kanunun genel işlem koşulları yönünden kapsam altına aldığı kişi kategorisi de farklılık arz etmektedir. Ayrıca bunların tacirler hakkında uygulanması da doktrinde tartışma içermektedir. Bu bağlamda çalışmamızda genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulama alanı ve tacirler hakkında uygulanması inceleme konusu yapılmaktadır.

***Anahtar Kelimeler:*** *genel işlem koşulları, haksız şart, tüketici, tacir, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, haksız rekabet*

## **Personal Application Area Of The General Terms And Conditions And Implementation About Merchants**

## **Abstract**

General terms and conditions has been taken under several laws in the beginning the Turkish Code of obligations No. 6098. The category of the person covered by each law in terms of general terms and conditions also differs. Also, the implementation of these on merchants also involves discussion in the doctrine. In this context, in our study, the concept statute of limitations's the investigation in terms of legal proceedings will be a research subject.

***Keywords:*** *general terms and conditions, unfair term, consumer, merchant, obligation to act like a prudent business man, unfair competition.*

<sup>1\*</sup> Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans programı ders aşamasında Doç. Dr. Fulya ERLÜLE'nin Genel İşlem Koşulları dersinde seminer çalışması olarak hazırlanarak sunulan ve kabul edilen eserin genişletilmiş halidir.

<sup>2\*\*</sup> Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Araştırma Görevlisi, oerso@nku.edu.tr.

## **Giriş**

Sözleşme, ilke olarak birbirlerine sosyal, ekonomik vb. yönlerden herhangi bir baskın konumu bulunmayan yanlarca müzakere edilmek suretiyle sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde karşılıklı ve birbirine uygun açık ya da örtülü irade beyanlarıyla kurulur. Ancak çağımızın ekonomik gelişim ve değişimleri neticesinde sözleşmenin bir yanının önceden tek taraflı iradesiyle hazırladığı hükümlerle birden fazla kimseyle benzer nitelikli sözleşmeler akdettiği görülmektedir. Standart sözleşmeler olarak ifade edilen bu sözleşmelerde taraflardan birinin önceden birden fazla belirli olmayan kimseyle kullanmak üzere genel ve soyut nitelikte tek başına hazırladığı hükümleri haiz sözleşme ilişkisine diğer yanın mevcut koşullar karşısında herhangi bir pazarlık gücü olmaksızın katılması ya da katılmaması söz konusudur. İşte böylesi bir sözleşme ilişkisinde bahsettiğimiz bu hükümlere genel işlem koşulları adı verilmektedir.

Genel işlem koşulları başta 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>4</sup> olmak üzere muhtelif kanunlarda düzenleme altına alınmıştır. İlgili her kanunun genel işlem koşulları yönünden kapsam altına aldığı kişi kategorisi de farklılık arz etmektedir.

Çalışmamızda öncelikle genel işlem koşullarının teorik çerçevesi başlığı altında genel işlem koşulu kavramı, hukuki niteliği, unsurları, fayda ve sakıncaları ile sözleşmenin kapsamına dâhil olması hususları genel hatlarıyla belirtilecektir. Sonrasında genel işlem koşullarının sevk edildiği belli başlı kanunlar ele alınmak suretiyle kişi bakımından uygulama alanları ifade edilecektir. Nihayetinde teoride ve uygulamada uzun zamandır pek çok yönden tartışma içermekte olan genel işlem koşullarının tacirler hakkında uygulanması konusu etraflıca incelenmeye çalışılacaktır.

## **I) Genel İşlem Koşullarının Teorik Çerçevesi**

### **A) Sözleşme Özgürlüğü İlkesi ve Genel İşlem Koşulları Kavramı**

İki taraflı hukuki muamele niteliğindeki sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun açık veya örtülü irade beyanları ile esaslı hususlar üzerinde uzlaşmalarıyla kurulur (TBK m.1, 2/1). 19. yüzyıldan itibaren bireyci ve liberal hukuk anlayışının etkisiyle özel hukukunun temel ilkesi olarak kabul edilen, bir sözleşmede birbirine karşı ekonomik ya da sosyal vb. herhangi

<sup>4</sup> RG. 4.2.2011, 27836.

bir baskın konumu bulunmayan tarafların hukuki ilişkilerini kanuni sınırlar dâhilinde serbestçe belirlemek suretiyle aralarında adil menfaat dengesi tesisini ifade eden ve irade özerkliğinin sözleşmeler hukukundaki yansımaları olan ilkeye *sözleşme özgürlüğü* adı verilir.<sup>5</sup> Sözleşme özgürlüğü, bireysel sözleşmeler olarak tarif edilen sözleşmelerde kişilerin kendi iradeleri ile bağlanabilecekleri anlayışını esas alır ve sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin içeriğini tayin, türünü belirleme, kanunen öngörülmemişse iradi şekil öngörebilme ile sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma özgürlüklerini kapsamına alır.<sup>6</sup>

Ancak günümüzde iş ve ticaret hayatının gelişiminin sonucu olarak çeşitli sözleşmelerde yer alan hükümlerin ve şartların taraflardan birisince

<sup>5</sup> REİSOĞLU, Sefa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014, s.133-140; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 18. Baskı, Ankara 2014, s.77-82; AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN, Derya Ateş, Borçlar Hukuku, Beta, 24. Baskı, İstanbul 2015, s.61; HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul 2015, s.60-62; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 19. Baskı, Ankara 2015, s.300; CANSER, Erol / ÖZEL, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.125; YILDIRIM, Abdulkarim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2015, s.100-105.

<sup>6</sup> ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Legal Yayınları, Birinci Baskıya Ek Tıpkı Baskı, 2016, s.73-75; TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.163; ARPACI, Abdülkadir \ SEROZAN, Rona \ HATEMİ, Hüseyin \ KOCAYUSUFPAAOĞLU Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1, 5. Basıdan Tıpkı 6. Baskı, İstanbul 2014, s.501 vd; OGUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.24; KAYIHAN, Şaban, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2016, s.43-45; BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Dora Basın-Yayın Dağıtım, 8. Baskı, Mart 2016, s.44-45; ŞENYÜZ, Doğan, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 5. Baskı, 2011, s.25-26; CEYLAN, Ebru, Genel İşlem Koşulları, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları I, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s.172; ULUSAN, İlhan, Genel İşlem Şartlarında ve Özellikler Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, İKU Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:1-2, 2004, s.27; Yargıtay HGK. T:10.12.2003, E:2003/4-693, K:2003/740. "...Anayasa'nın 48. maddesine göre kişiler sözleşme özgürlüğüne sahiptirler. Genel olarak özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda, diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak Anayasa ve Borçlar Kanunu'nda öngörülen sözleşme özgürlüğü (Akit Serbestisinin) ile teminat altına alınmıştır. Bu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişiler kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, buyurucu ve yasak koyan kurallara, ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla Kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkına haizdirler..." (kararara.com).



önceden tek yanlı olarak hazırlanıp karşı tarafa sadece bu kapsamda kabul ya da ret hakkı tanınmak suretiyle sunulduğu görülmektedir. Hatta karşı taraf sözleşmeyi akdederken haklarının ve yükümlülüklerinin neler olduğunu dahi tam anlamıyla bilememektedir. Bu nitelikte hükümlerin yer aldığı sözleşmeler *standart (formüler, yığın, kütle, kitle, tip) sözleşme*<sup>7</sup> olarak anılır.<sup>8</sup> Gerçekten de banka kredi sözleşmesi, dayanıklı tüketim mallarını konu alan sözleşmeler, sigorta poliçeleri, taşımacılık sözleşmeleri ile elektrik, doğalgaz, su aboneliği vb. sözleşmelerde herhangi bir pazarlık veya müzakere imkânı bulunmamakta, var olan şartlar dâhilinde bireylerin sözleşmeye taraf olmak ya da sözleşmeyi reddetmek durumunda buldukları bilinmektedir.<sup>9</sup> Diğer bir söyleyişle bireyler önlerine getirilen sözleşmeye sadece evet ya da hayır deme seçeneklerine sahiptir, evet ama deme imkânları yoktur. İşte genel işlem koşulları olarak tarif edilen kanuni müdahale düzenlemeleri bu nitelikteki sözleşmelerde zayıf durumdaki tarafı korumak amacıyla öngörülmüştür.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Standart sözleşme ile katımlı (iltihaki) sözleşme kavramlarının birbirlerinin yerine kullanıldığı sıklıkla görülmektedir. Ancak iltihaki sözleşmeler, standart sözleşme biçiminde düzenlenebilirse de kural olarak sözleşme yanlarından birini kamu kurum ve kuruluşu ya da yetkili izin veya imtiyaz sahibi kimsenin oluşturduğu kamu hukuku kaynaklı bir sözleşmedir. Bu nedenle öğretilerde iltihaki sözleşme yerine standart sözleşme kavramının kullanılmasını öneren görüşe katılmakta ve çalışmamızda standart sözleşme tabirini tercih etmekteyiz. Aynı yönde bkz: **ANTALYA**, s.398; **ATAMER, Yeşim**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınları, 2.Baskı, İstanbul 2010, s.7; **DERYAL, Yahya**, Tüketici Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, 2008, s.109; 3.HD., T.30.4.2014, E.2014/2855, K.20147/6637;3.HD., T.18.6.2014, E.2014/9956, K.2014/9835;13.HF., T.11.4.2012,E.2012/7979, K.2012/9930;13.HD., T.22.3.2011, E.2010/14259, K.2011/4306; 13.HD., T.7.2.2011, E.2010/3958, K.2011/1717. *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

<sup>8</sup> Doktrinde bir görüşe göre, bir sözleşmenin standart sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için tüm hükümlerinin önceden sözleşmenin bir yanı tarafından hazırlanması gerekir (bkz: **OĞUZMAN / ÖZ**, s.26). Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer görüş uyarınca, bir sözleşmenin standart sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, sosyal, ekonomik vb. nedenlerle sözleşmede baskın konumda yer alan yanın münhasır iradesiyle önceden hazırladığı hükümlerin sözleşmede yer alması gerekli ve yeterlidir (bkz: **ARPACI / HATEMİ / SEROZAN / KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.229).

<sup>9</sup> **İNAN, Ali Naim / YÜCEL, Özge**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 4.Baskı, Ankara 2014, s.304; **AKINCI, Şahin**, Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler), Sayram Yayınları, 9.Baskı, Konya 2016, s.110; **TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU**, s.265; **REİSOĞLU**, s.71; **EREN**, s.214; **OĞUZMAN / ÖZ**, s.27; **KAYIHAN**, s.139; **BİLGİLİ / DEMİRKAPI**, Borçlar Genel, s.46; **YILDIRIM**, s.95; **AKINTÜRK / KARAMAN**, s.47; **ŞENYÜZ**, s.27; **AYDOĞDU, Murat**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Aydın Zevkililer'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, s.575; **AKÇAAL, Mehmet**, Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, 2014, s.50.

<sup>10</sup> **KORKUSUZ, M.Refik / KORKUSUZ, M.Halit**, Hukuk Başlangıcı, Beta Yayıncılık, 3.Baskı, İstanbul 2016, s.202; **KARAKILIÇ, Hasan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, 12

Standart sözleşmede yer bulan ifade ettiğimiz bu hükümlere verilen ad olan genel işlem koşulları, Türk Borçlar Kanunu'nda bir sözleşme yapılırken düzenleyen<sup>11</sup>, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri biçiminde tanımlanmıştır (TBK m.20/1). Alman Medeni Kanunu (BGB) 305.paragrafında ise genel işlem koşulları, bir sözleşmenin kurulmasında, bir tarafın diğer tarafa sunduğu önceden çok sayıda sözleşmeler için formüle ettiği sözleşme şartları olarak tarif edilmektedir.<sup>12</sup>

Belirttiğimiz kanuni düzenlemeler ile doktrinde verilen tanımlar ışığında *genel işlem koşulları*, bir sözleşme kurulurken, kullananın benzer niteliği haiz çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturması maksadıyla önceden tek yanlı olarak hazırlanmış bulunduğu ve karşı tarafa müzakere imkânı tanımaksızın münhasıran bu kapsamda kabul etmesi için sunduğu formüller sözleşme normları biçiminde ifade edilebilir.<sup>13</sup>

Genel işlem koşullarının sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz (TBK m.20/1). Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması da

---

Levha Yayınları, 2.Baskı, 2017, s.63; **YAVUZ, Nihat**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1.Cilt (Madde 1-338), Adalet Yayınevi, 2.Baskı, 2015, s.270; **UYGUR, Turgut**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt-I (Madde 1-236), Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3.Baskı, 2013, s.306.

<sup>11</sup> Öğretide isabetli olarak hükümde geçen düzenleyen ibaresinin genel işlem koşullarının mutlaka sözleşme yanlarından birisince oluşturulması yönünde bir daraltıcı anlam içermesi nedeniyle eleştirilmekte ve düzenleyen yerine kullanan denilmesi önerilmektedir (bkz: **ATAMER**, Denetlenme, s.66; **YENİOCAK**, s.30; **CEYLAN**, s.174; **YELMEN, YELMEN, Adem**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Koşulları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.59).

<sup>12</sup> **KILIÇOĞLU**, s.116; **ULUSAN**, Denetim, s.28.

<sup>13</sup> Doktrinde verilen tanımlar için bkz: **ATAMER**, s.61; **REİSOĞLU**, s.71; **TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU**, s.265; **HATEMİ / GÖKYAYLA**, s.63; **CANSEL / ÖZEL**, s.126; **YELMEN**, s.48; **EREN**, s.215; **KAYIHAN**, s.140; **AKINTÜRK / KARAMAN**, s.48; **AKÇAAL**, s.54; HGK.,T.26.02.2016, E.2014/855, K.2016/187. "Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı âkidine değiştirmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, *genel işlem şartlarının varlığını kabul edebilmek için bazı unsurların gerçekleşmiş olması aranır. Genel işlem şartları kural olarak bir sözleşmenin içeriğini düzenlemek üzere hazırlanırlar ve bu faaliyet tek taraflı olarak sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşir. Amaç, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılacak şartları saptamak ve bunları karşı âkidin müdahalesine imkân tanımadan bir küll olarak sözleşmeye dâhil etmektir. Bu şartların nasıl hazırlandığı, kâğıda dökülüp dökülmediği, yazı türü, metnin sözleşme metnine dâhil olup olmadığı gibi hususlar genel işlem şartı nitelendirmesi açısından önem taşımaz. Genel işlem şartlarının varlığını kabul edebilmek için karşı âkidin bunların içeriğine etki edememiş olması gerekir". Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.*

bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez (TBK m.20/2). Bu şekilde düzenleyenin günümüz teknolojik imkânlarından da faydalanarak çok sayıda farklı tipte sözleşme hazırlayarak genel işlem koşulları denetimini bertaraf etmeye çalışması etkisiz kılınmıştır.<sup>14</sup> Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar da tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz (TBK m.20/3).

### **B) Konusu ve Unsurları**

Genel işlem koşulları, münhasıran iki taraflı hukuki işlem niteliğindeki sözleşmelerde, esaslı unsurlar dışında kalan yan edim yükümlülükleri, yenilik doğurucu haklar vb. hususlar hakkında uygulama alanı bulur. Eş deyişle tek taraflı hukuki işlemlerde söz konusu olmaz.<sup>15</sup> Zira genel işlem koşulları belirli bir kimse dikkate alınmaksızın genel ve soyut biçimde hazırlanmış sözleşme hükümleridir.<sup>16</sup>

Genel işlem koşullarının unsurları; belirli bir kimsenin hedef alınmaması, bir sözleşmenin hükümlerini teşkil etmesi, sözleşmenin kurulmasından önce bir yanlı olarak hazırlanması, ileride benzer nitelikte çok sayıda sözleşme ilişkisinde kullanmak amacıyla sevk edilmiş olması, sözleşmenin bir yanının diğer tarafa üzerinde pazarlık yapma imkânı olmaksızın sunması ve bireysel anlaşmaya dönüşmemiş olması biçiminde sayılmaktadır.<sup>17</sup>

### **C) Mevzuatta Düzenleme Yeri**

Türk hukukunda 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda<sup>18</sup> düzenlenmeyen bu kurum hakkında ilk düzenleme tüketici hukuku alanında ortaya çıkmıştır. 93/13

<sup>14</sup> ATAMER, Denetlenme, s.72-73; REİSOĞLU, s.72; ANTALYA, s.417; OĞUZMAN / ÖZ, s.166; CEYLAN, s.175; YAVUZ, s.270; UYGUR, s.306; AKÇAAL, s.54.

<sup>15</sup> CEYLAN, s.174; ANTALYA, s.405. Tek taraflı hukuki işlemlerin, bir sözleşmenin koşullarını değiştirmesi veya ortadan kaldırması durumunda genel işlem koşullarına ilişkin TBK hükümlerinin bu durumda da tatbik alanı bulabileceği belirtilmektedir.

<sup>16</sup> REİSOĞLU, s.72; KAYIHAN, s.140.

<sup>17</sup> GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.51-53; TOPUZ, Murat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, 2013, s.1140; ATAMER, Denetlenme, s.62-72; EREN, s.218-220; KILIÇOĞLU, s.122-123; YELMEN, s.51-59; YILDIRIM, s.95-96; Y. HGK. T.04.03.2015, E.2014/13-111, K.2015/886; HGK. T.27.03.2015, E.2013/1596, K.2015/1104 (kararara.com, erişim:18.10.2016).

<sup>18</sup> RG. 29.04.1926, 359.

numaralı AB Direktifinden yararlanılarak 7.11.2013 kabul tarihli 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun<sup>19</sup> 86. maddesiyle yürürlükten kaldırılan mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun<sup>20</sup> 6.maddesi ile haksız şart tabiriyle hüküm sevk edilmişti. 6502 sayılı TKHK da aynı düzenlemeyi birtakım değişikliklerle 5.maddesinde korumuştur. Ancak bu düzenlemeler yalnızca sözleşmenin yanlarından birinin tüketici olduğu ve TKHK kapsamındaki iş ve işlemler açısından uygulama alanı bulmaktadır.

Genel işlem koşulları, 6098 sayılı TBK'nın Genel Hükümler kısmının Borç İlişkinin Kaynakları başlıklı birinci bölümünün Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri başlıklı birinci ayırımının 20-25. maddeleri aralığında hüküm altına alınarak tüm özel hukuk ilişkilerinde tatbik edilmek üzere önemli bir boşluğu doldurmuştur. Bu hükümler geniş ölçüde Alman hukukundan esinlenilerek oluşturulmuştur. Alman hukukunda genel işlem koşullarına ilişkin 1976'da yürürlüğe giren Genel İşlem Koşulları Kanunu (AGBG) 2002 reformu ile yürürlükten kaldırılarak genel işlem koşullarına yönelik hükümler BGB içerisine (305-310 paragrafları arasına) dâhil edilmiştir.<sup>21</sup> İsviçre hukukunda ise genel işlem koşulları, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) ya da başka bir kanunda özel olarak düzenlenmemekte, tüketici yönünden Haksız Rekabet Kanunu'nda (UWG) m.8 ile haksız rekabet açısından mevzuatta yer almaktadır.<sup>22</sup>

#### **D) Faydaları ve Sakıncaları**

Genel işlem koşullarının, modern iş ve ticaret hayatında standart sözleşme metinleri oluşturmak suretiyle mal ve hizmet sunumlarında yeknesaklık ve çabukluk sağlamak, hukuki açıklık ve öngörülebilirliği temin etme ile organizasyonların risk hesabını sağlıklı biçimde yapabilmelerini mümkün kılması gibi faydaları vardır. Ancak genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin soyut ve karmaşık yapısı ile uzman kimselerce her detayın düşünülerek hazırlanması ve sözleşme şartları üzerinde herhangi bir müzakere yapılmaması neticesinde akdi risklerin hemen hepsinin koşulları kullanan tarafından diğer yan üzerine atılması

<sup>19</sup> RG. 28.11.2013, 28835.

<sup>20</sup> RG.8.3.1995, 22221.

<sup>21</sup> HATEMİ / GÖKYAYLA, s.63; REİSOĞLU, s.75; KILIÇOĞLU, s.116; CEYLAN, s.172.

<sup>22</sup> REİSOĞLU, s.73; ANTALYA, s.404.

tehlikesi doğabilmektedir.<sup>23</sup> Ayrıca genel işlem koşulları, tamamlayıcı hukuk kurallarını ortadan kaldırarak, koşulları kullanan lehine hükümler sevk etmek suretiyle kanunun kurduğu menfaatler dengesini ortadan kaldırmaktadır.<sup>24</sup> Tamamlayıcı hukuk kuralları, tarafların bir sözleşme ilişkisinde düzenlemedikleri hususlar hakkında kanunun taraflar arasındaki menfaat dengesini gözeterek sevk etmiş olduğu boşluk doldurucu niteliği haiz hükümlerdir.<sup>25</sup> Genel işlem koşullarına ilişkin denetim öngören kanun hükümleri, tamamlayıcı hukuk kurallarının ortadan kaldırılmasıyla bozulan taraflar arasındaki menfaat dengesinin yeniden tesisine yönelik önemli bir fonksiyon üstlenmektedir.

### **E) Sözleşme Kapsamına Girmesi ve Temel Özellikleri**

TBK m.21 gereği karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, en geç sözleşmenin kurulması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açık ve tereddüde yer vermeyecek biçimde bilgi verip, bunların içeriğini gerçekten öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.<sup>26</sup> Aksi halde koşul yazılmamış sayılır.<sup>27</sup> Bu konudaki ispat yükü

<sup>23</sup> **TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU**, s.268; **YELMEN**, s.62-68; **ATAMER**, **Yeşim**, *Genel İşlem Koşulu Mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme Mi?*, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu ( Derleyen: Çiğdem Kırca), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.110-115; **REHBINDER**, **Manfred**, *Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması*, (Çeviren: Ömer TEOMAN), İÜHF Mecmuası, C:42,S:1-4, 1976, s.643-644.

<sup>24</sup> **GÜMÜŞ**, s.50-51; **ANTALYA**, s.405; **ATAMER**, Denetlenme, s.31; **YELMEN**, s.68; **KAYIHAN**, s.139; **YAVUZ**, s.274.

<sup>25</sup> **KAYIHAN**, **Şaban / ÜNLÜTEPE**, **Mustafa**, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2016, s.175; **ERMAN**, **Hasan**, Medeni Hukuk Dersleri, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6.Basım, İstanbul 2016, s.47; **HELVACI**, **Serap / ERLÜLE**, **Fulya**, Medeni Hukuk, Legal Yayınları, 4.Baskı, 2016, s.16; **ANTALYA**, **Gökhan / TOPUZ**, **Murat**, Medeni Hukuk, Legal Yayınları, İstanbul 2015, s.298; **KALABALIK**, **Halil / ERDEM**, **Murat**, Temel Hukuk Bilgisi, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8.Baskı, 2016, s.60; **KAYIHAN**, **Şaban / ÜNLÜTEPE**, **Mustafa**, Medeni Hukuk Bilgisi, Seçkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2016, s.100; **OĞUZMAN**, **Kemal / BARLAS**, **Nami**, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 17.Bası, İstanbul 2011, s.85.

<sup>26</sup> **HATEMİ / GÖKYAYLA**, s.64; **ANTALYA**, s.421-422; **TOPUZ**, s.1146; **İNAN / YÜCEL**, s.304; **CANSEL / ÖZEL**, s.129; **GÜMÜŞ**, s.54-55; **ATAMER**, Denetlenme, s.89-90; **YILDIRIM**, s.98; **YENİOCAK**, s.33; **CEYLAN**, s.177; **REHBINDER**, s.648; **ŞENYÜZ**, s.29; **YAVUZ**, s.278; **TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU**, s.271. Böylece İsviçre doktrininde belirtildiği üzere önemli riskler içeren global kabul (genel işlem koşullarının blok halinde kabulü) yöntemi Türk hukukunda kontrol altına alınmak istenmiştir.; **KILIÇOĞLU**, s.125. Diğer yana bilgi verilmesi bir tasavvur açıklaması olup, bilgilendirmenin yapıldığı her türlü delille kanıtlanabilir.

<sup>27</sup> Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği konusunda doktrinde görüş birliği tesis edilebilmiş değildir. Yokluk görüşü için bkz: **KILIÇOĞLU**, s.124 ve **TOPUZ**, s.1165; kesin hükümsüzlük görüşü için bkz: **ULUSAN**, **İlhan**, Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili

de koşulları kullanana aittir (TMK m.6, HMK m.190/1). Ancak hükümde karşı tarafın menfaatine aykırı olmayan genel işlem koşulunun akıbeti sessiz geçilmiştir. Bu durumda, doktrinde güven teorisi ve TBK m.1 vd. dâhilinde sözleşmenin içeriğinin tespit edileceği belirtilmektedir.<sup>28</sup> Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları, bu koşulların bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve kullanana tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar da yazılmamış sayılma yaptırımına tabidir (TBK m.21/2, 24).

## II) Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı

### A. Genel Olarak

Genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulama alanı, bu koşulların düzenlendiği kanunun kapsam alanına göre belirlenir. Aşağıda sırasıyla genel işlem koşullarına yönelik TBK’deki genel nitelikteki düzenlemeden sonra özel niteliği haiz bulunan ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan TKHK ve BKKKK’da yer alan hükümlerin kişi bakımından uygulama alanı belirtilecektir.

### B. TBK Kapsamında Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı

818 sayılı BK’da düzenlenmemiş olan genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetimi, kanunun yürürlükte olduğu dönemde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, şaşırtıcı koşulların geçersiz sayılması, aşırı yararlanma, tartışmalı koşulların kullanan aleyhine yorumlanması, sözleşme hükmünün ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması gereği vb. muhtelif kıstaslara göre gerçekleştirilmekteydi.<sup>29</sup> 6098 sayılı TBK, genel işlem koşullarına, m.20-25 arasında yer vermiştir.

---

Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, 2013, s.1224; kısmi yokluk görüşü için bkz: YILDIRIM, s.99, AKINCI, s.124 ve AKÇAAL, s.58; kendine özgü hükümsüzlük görüşü için bkz: CEYLAN, s.178 ve YELMEN, s.94 vd.; kesin hükümsüzlükten farklı ve ondan daha ağır bir geçersizlik görüşü için bkz: ANTALYA, s.140; kısmi hükümsüzlük görüşü için bkz: HATEMİ / GÖKYAYLA, s.65; kesin hükümsüzlük öngörülmesi gerekirken mevcut düzenleme nedeniyle yokluk yönündeki görüş için bkz: OĞUZMAN / BARLAS, s.206, dn.222a.

<sup>28</sup> YELMEN, s.81-82.

<sup>29</sup> KILIÇOĞLU, s.121; REİSOĞLU, s.74; ANTALYA, s.401; ATAMER, Denetlenme, s.144; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, Borçlar Genel, s.47; AKINTÜRK / KARAMAN, s.49; CEYLAN, s.184.

TBK’ da yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla her türlü sözleşme ilişkisinde uygulama alanı bulabilen özellikle sosyal adaleti temin etmeyi amaçlayan emredici niteliği haiz düzenlemelerdir.<sup>30</sup> Ayrıca, TBK m.20/4 uyarınca genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır. Eş deyişle standart sözleşmeyi kullananın kamu tüzel kişisi olması veya kamu hizmeti sunması genel işlem koşulları hükümlerinin tatbik edilmesine engel olmaz.<sup>31</sup>

### **C. TKHK Kapsamında Haksız Şart Hükümünün Kişi Bakımından Uygulama Alanı**

Genel işlem koşulları, 6502 sayılı TKHK’ nın 5.maddesinde tüketici yönünden haksız şart adı altında birtakım farklılıklar ile düzenlenmektedir.<sup>32</sup> Haksız şartın kapsamını tüketici işlemi<sup>33</sup> ve tüketiciye yönelik uygulamalar<sup>34</sup> oluşturmaktadır (m.2). Söz konusu yasanın kabulünden kısa bir süre sonra tüketici ile gerçekleştirilen işlemlerde yer alan haksız şartların tespitine ve denetlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik<sup>35</sup> de yürürlüğe konulmuştur. Bu yönetmelikte sözleşmedeki haksız şartlar bir liste verilerek ayrıntılı biçimde düzenlenmektedir.

<sup>30</sup> REİSOĞLU, s.75; ANTALYA, s.402; TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s.265; OĞUZMAN / ÖZ, s.28; KAYIHAN, s.141; YILDIRIM, s.95; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, Borçlar Genel, s.47; YENİOCAK, Umut, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler Genel Hükümler, XII Levha Yayınları, 2011, s.27.

<sup>31</sup> OĞUZMAN / ÖZ, s.166-167; ŞENYÜZ, s.28; CEYLAN, s.176; YAVUZ, s.271; UYGUR, s.307.

<sup>32</sup> ULUSAN, Denetim, s.35. Yazar, haksız şart ifadesiyle ilk olarak akla her türlü hukuka aykırılık durumlarının kastedildiği düşünülebilirse de burada tüketici hukukunun niteliklerini de nazara alınarak ortaya çıkabilen kötüye kullanılabilen sözleşme şartları ifade edilmek istendiğini belirtmektedir.

<sup>33</sup> Tüketici işlemi, kanunda mal veya hizmet piyasalarında 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 işlem olarak tanımlanmaktadır (TKHK, m.3/1-I).

<sup>34</sup> Tüketici ise ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden kişiyi ifade eder ve bu kişinin gerçek ya da tüzel kişi olması mümkündür (TKHK, m.3/1-k). Bu kimselere yönelik her uygulama da TKHK kapsamında haksız şart denetimine tabi durumdadır.

<sup>35</sup> RG. 17.06.2014, 29033.

Haksız şartın içeriğini ve kapsamını anlamak için öncelikle tüketici kavramını analiz etmemiz gerekir. Tüketici, kanunun lafzıyla ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir (TKHK m.3/1-k). Eş deyişle, tüketici bir mal veya hizmeti, ticari veya mesleki kaygılar taşımaksızın kendi kişisel ihtiyaçlarını gidermek için nihai olarak kullanan kimsedir. Amacın mesleki veya ticari olup olmadığı alıcının davranış tarzına göre saptanır. TKHK’ da verilen tanımdan hareketle, her alıcının tüketici olmadığını söyleyebiliriz. Kişisel ihtiyaçları kapsamında olmayan örneğin belirli bir meslek icrası, belirli bir üretimde kullanma, tekrar satış, ticari olarak kullanma gibi amaçlarla da alıcı olunabilir. Ancak bir mal veya hizmeti, söz konusu olan bu amaçlarla satın alan kimseler tüketici sayılmaz.<sup>36</sup>

TKHK’nın aradığı şartları haiz olan gerçek kişilerin tüketici sayılacağı kuşku götürmemektedir. Ticari iş karinesine tabi olan gerçek kişi tacirin ise tüketici sayılabilmesi için, işlemi yaptığı esnada bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açık biçimde bildirmesi veya işin ticari sayılmasına durumun elverişli olmaması gerekir<sup>37</sup> (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu<sup>38</sup>, m.19/1).

Tüzel kişilerin tüketici olabilmelerinde ise bir ayırım yapılmasını gerekli görmekteyiz. Gerçekten de tüzel kişi tacirler yönünden baktığımızda bunların adi iş sahası bulunmamaktadır. Eş deyişle onların tüm iş ve işlemleri mutlak anlamda ticari niteliktedir.<sup>39</sup> Bu nedenle tüzel kişi tacirlerin

<sup>36</sup> DERYAL, Yahya / KORKMAZ, Yakup, Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Adalet Yayınevi, Yeni Kanuna Göre Yeniden Yazılmış ve Güncellenmiş 3.Baskı, Ankara 2015, s.50-51; 23.HD. T.16.3.2015, E.2015/96, K.2015/1657; 23. HD. T.21.4.2014, E.2014/231, K.2014/3105; HGK., T.19.10.211, E.2011/13-538, K.2011/648. **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (erişim:20.10.2016).

<sup>37</sup> DERYAL / KORKMAZ, s.54; KAYIHAN / ÜNLÜTEPE, Başlangıç Hükümleri, s.93; ASLAN, Yılmaz, 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 4.Baskı, 2014, s.5. Yazar, bir işlemin mesleki ya da ticari amaçla yapıp yapılmadığının tespitinde TTK m.19/1’deki bu kıstastan yararlanılabileceğini ifade etmektedir.

<sup>38</sup> RG. 14.2.2011, 27846.

<sup>39</sup> ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 19.Baskı, Ankara 2014, s.137; ASLAN, Yılmaz, Ticaret Hukuku Dersleri, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 10.Baskı, 2016, s.79; BOZER, Ali / GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3.Baskı, Ankara 2015, s.67; AYHAN, Rıza / ÖZDAMAR, Mehmet / ÇAĞLAR, Hayrettin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6.Bası, Ankara 2013, s.65-66; KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, Güncellenmiş 25.Baskı, 2013, s.97; 12.HD. T.26.5.2015, E.2015/4190, K.2015/14349. *‘‘Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Tüzel kişi tacirin barınma, gıda, giyinme ve aile gibi*



tüketici sayılmaları ve TKHK'ya tabi olmaları mümkün değildir.<sup>40</sup> Yargıtay da kararlarında isabetli biçimde bu eğilimindedir.<sup>41</sup> Tüzel kişi tacirlerin dışında kalan, ticari amaç gütmeyen tüzel kişilerin (dernekler, vakıflar, sendikalar vb.) tüketici olabilmesi ise pekâlâ mümkündür.<sup>42</sup> Kanaatimizce TKHK' da tüketiciyi tanımlayan maddede tüzel kişi tacirleri tüketici saymaktan ayrı tutan bir düzenleme isabetli olurdu.

TBK'nın m.20-25 hükümlerinden evvel, TKHK' da düzenleme altına alınmış bulunan haksız şart hükmü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalara öncelikle uygulanır. Zira TKHK, TBK'ya nazaran özel kanun niteliği göstermekte olup, TBK'dan sonra yürürlüğe konulmuştur. Eski tarihli kanunun genel, yeni tarihli kanunun özel niteliği haiz olduğu durumlarda ilke olarak yeni tarihli özel kanun tatbik olunur. Bu husus Roma hukukunda özel olan genel olanı ortadan kaldırır (lex speciales derogat legi generales) şeklinde belirtilmekteydi. Eski tarihli genel kanun ancak yeni tarihli özel kanunun boşluklarını doldurucu işlev üstlenir.<sup>43</sup> Dolayısıyla tüketici işlemleri söz konusu olduğunda ancak TKHK'da boşluk bulunduğu hallerde TBK hükümleri tatbik alanı bulur.<sup>44</sup> Bu husus TKHK'da hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümlerin uygulanacağına ilişkin m.83/1 hükmü ile de açıkça belirtilmektedir.

---

*özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunların hakiki şahıslar gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilir. Doğrudan ticari amaçla ya da işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına dair bir işlem söz konusu olamayacaktır." Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.*

<sup>40</sup> ASLAN, Tüketici, s.7; DERYAL / KORKMAZ, s.60; KAYIHAN / ÜNLÜTEPE, Başlangıç Hükümleri, s.93; DERYAL, s.73.

<sup>41</sup> 20.HD. T.18.5.2016, E.2016/3355, K.2016/5807; HGK., T.21.9.2011, E.2011/19-500, K.2011/550; 13.HD., T.18.7.2011, E.2010/19122, K.2011/11578; HGK., T.11.10.2006, E.2006/19-684, K.2006/647. "...ticaret şirketlerinin, doğrudan ticari amaçla ya da işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup, özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu değildir. Bu nedenle, tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri kapsamına alınmaları olanaklı değildir." Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>42</sup> ASLAN, Tüketici, s.8; KAYIHAN / ÜNLÜTEPE, Başlangıç Hükümleri, s.93; DERYAL, s.72.

<sup>43</sup> ZEVKLİLER, Aydın / ERTAŞ, Şeref / HAVUTÇU, Ayşe / GÜRPINAR, Damla, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Turhan Kitabevi, 9.Bası, Ankara 2015, s.25-26; ANTALYA / TOPUZ, s.309; ERMAN, s.48; KAYIHAN / ÜNLÜTEPE, Başlangıç Hükümleri, s.156; KAYIHAN / ÜNLÜTEPE, Medeni Hukuk Bilgisi, s.109-110; OĞUZMAN / BARLAS, s.81-82; ZEYTİN, Zafer / ERGÜN, Ömer, Türk Medeni Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, 2013, s.47.

<sup>44</sup> OĞUZMAN / ÖZ, s.165; AYDOĞDU, s.592.

TKHK ve yönetmelik uyarınca haksız şart, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları anlamına gelir (TKHK m.5/1, TSHŞHY, m.4/1-c).

Söz konusu hükümlerden de anlaşıldığı üzere TKHK’ da yer alan haksız şart, TBK’da düzenlenen genel işlem koşullarından farklı olarak önceden hazırlanma ve birden fazla tüketici işleminde kullanılmak üzere hazırlanması gerekmesizin tek taraflı olarak münhasıran bir tüketici işlemi veya uygulamasında kullanılmak üzere saptanmış olabilir. Bu halde dahi TKHK m.5 haksız şart hükmü tatbik edilir. Eş deyişle TKHK anlamında her haksız şart, TBK anlamında genel işlem koşulu oluşturmayabilir. Bu açıdan TKHK’ daki haksız şart kavramının, TBK’ daki genel işlem koşulu kavramına göre daha geniş kapsamlı olduğu belirtilmelidir.<sup>45</sup> Tüketici işlemleri ve tüketiciye yönelik uygulamalar yönünden haksız şartın söz konusu olabilmesi için, şartların pazarlık konusu yapılmadan tüketici aleyhine dengesizlik yaratabilecek şekilde dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmış olması gerekli ve yeterlidir.<sup>46</sup> Ancak doktrinde bir görüş söz konusu haksız şartın ileride başka tüketici işlem veya uygulamalarında da kullanma amacını taşıması durumunda genel işlem koşulu haline geleceği ve TBK m.20-25 hükümlerinin uygulama alanı bulacağını savunmaktadır.<sup>47</sup>

Kanaatimizce TKHK 5.maddede haksız şartın birden fazla tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamada kullanma amacı aranmayarak münhasıran bir tanesinde kullanma amacının TKHK m.5 hükmünün tatbikine kâfi geleceğini öngörmesi tüketicinin korunması amacıyla sevk edilmiştir. Bu nedenle birden fazla tüketici işleminde kullanma amacı taşıyan haksız şartların genel işlem koşulu niteliği kazanarak doğrudan TBK m.20-25 hükümlerinin uygulanması yerine genel kurala uyar biçimde önce TKHK m.5 düzenlemesinin sonrasında TBK’nın

⇨ ANTALYA, s.407-408; GÜMÜŞ, s.60-61; DERYAL / KORKMAZ, s.77-78; ASLAN, Tüketici, s.317; CEYLAN, s.184; AKÇAAL, s.51-52.

⇨ GÜMÜŞ, s.62-63; ASLAN, Tüketici, s.315-317; DENYAL, s.107.

⇨ ANTALYA, s.407-408; CEYLAN, s.184.

İlgili hükümlerinin uygulanmasının hükmün ruhuna ve amacına uygun düşeceği görüşündeyiz.<sup>48</sup> Nitekim doktrinde de baskın görüş tüketici işlem ve tüketiciye yönelik uygulamalarda kullanılmış haksız şartlara öncelikle THKH m.5 ve TSHŞHY hükümleri, burada boşluk bulunduğu hallerde niteliğine uygun düşmek kaydıyla TBK hükümlerinin tatbik edileceği yönündedir.<sup>49</sup>

TBK' da genel işlem koşullarına yönelik yaptırım yazılmamış sayılma olarak belirtildiği halde, tüketici hukukunda haksız şartların yaptırımı borçlar hukuku terminolojisine uygun biçimde kesin hükümsüzlüktür (TKHK m.5/2, TSHŞHY, m.7/1). Her iki mevzuatta yaptırım farklı ifade edilmiş olsa da söz konusu şartlar dışındaki sözleşme hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda söz konusu şartları kullanan, TBK m.27/2 hükmünün aksine geçerli olmayan sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (TBK m.22, TKHK m.5/2, TSHŞHY, m.7/1)

#### **D. BKKKK Kapsamında Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı**

Genel işlem koşulları, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun<sup>50</sup> 24-26.maddeleri arasında ve Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik<sup>51</sup> m.17'de banka ya da kredi kartı sahibi ile banka arasında imzalanan sözleşmeler için özel olarak düzenleme altına alınmıştır. Kanuna göre, sözleşmede kart hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilemez (BKKKK m.24/4). Söz konusu düzenlemenin kapsamını girmeyen veya sınırını aşan durumlarda TBK'nın m.20-25 arasında yer alan hükümler genel hüküm olarak tatbik alanı bulur.

<sup>48</sup> ANTALYA, s.408. Yazar, TKHK ve TBK' nın her ikisinin de aradığı şartların gerçekleştiği hallerde haksız şart ve genel işlem koşulları hükümlerinin uygulanabileceği, ancak bu halde TBK m.60'da düzenlenen sebeplerin yarışması ilkesi uyarınca hâkimin tüketicinin lehine olan hükmü onun aksini istememiş olması şartıyla uygulayacağını belirtmektedir. Yazar, tüketicinin TBK hükümlerinin uygulanması yönünde bir talebi yoksa olayda içerik denetimine ilişkin önce TKHK, sonra kapsam denetimine ilişkin TBK hükümlerinin uygulanacağını savunmaktadır.

<sup>49</sup> TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s.278; İNAN / YÜCEL, s.308; EREN, s.217; OĞUZMAN / ÖZ, s.165; ŞENYÜZ, s.28; ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, Fusun, Ticari İşletme Hukuku, XII Levha Yayınları, Güncellenmiş 4.Basıdan Tıpkı 5.Bası, İstanbul 2015, s.562.

<sup>50</sup> RG. 1.3.2006, 26095.

<sup>51</sup> RG. 10.3.2007, 26458.

### III) Genel İşlem Koşullarının Tacirler Hakkında Uygulanması

#### A) Genel Olarak Tacir Kavramı

Tacir, esasında gerçek ve tüzel kişi tacir olarak ikiye ayrılır. Bunun yanı sıra tacir sayılan birtakım hukuki ilişkiler de bulunduğu görülmektedir. TTK tacir ayrımını, tacir sıfatını kazanma koşullarını, tacir olmaya bağlanan sonuçları ve bu sıfatın sona ermesini oldukça ayrıntılı biçimde düzenlemektedir. Biz çalışmamızın zorunlu kıldığı tacir ayrımı ve tacir olmaya bağlanan sonuçları genel hatlarıyla belirtmekle iktifa ediyoruz.

#### aa) Gerçek Kişi Tacirler

TTK, bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa kendi adına işleten kişiyi tacir olarak tanımlamaktadır<sup>52</sup> (TTK m.12/1). Gerçek bir kişinin tacir olarak nitelendirilebilmesi için; esnaf faaliyeti için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir elde etmeyi amaçlayan, devamlı ve bağımsız şekilde faaliyetlerin yürütüldüğü bir ticari işletmeyi, müşteri çevresi ile ilişkiye girerek ticari işlemlere başlamak suretiyle kısmen veya tamamen kendi adına işletmesi gerekmektedir.<sup>53</sup> Bu şartların bir arada bulunması tacir sıfatının kazanılması için gerekli ve yeterlidir. Bu şartlar varsa tacir sıfatı kendiliğinden kazanılır. Başkaca bir işleme örneğin; tescil, vergi dairesine kaydolmaya vb. lüzum yoktur.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, 11.Bası, İstanbul 1996, s.31. Tanımda geçen kısmen dahi olsa ifadesinin adi ortaklık göz önüne alınarak konulduğu ve adi ortaklardan her birinin ticari işletmeyi hem kendi hem de diğer ortaklar adına işlettiğinden dolayı bu ifadenin isabetli olmadığı belirtilmektedir. Aksi yönde bir görüş ise bu ifadenin yerinde görülmektedir. Bu görüş için bkz: **DİNÇ, Serhan**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Tacir Kavramı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y:6, S:23, Ekim 2015, s.121; **POROY, Reha**, Ticari İşletme Hukuku, Ar Basım Yayın ve Dağıtım, 3.Bası, 1983 s.94. Yazar da kısmen dahi olsa ibaresini şartırtıcı bularak adi şirket ortağı olarak denilmesini önermektedir.

<sup>53</sup> **ŞENER, Oruç Hami**, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.153; **ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN**, s.258; **ARKAN**, s.113; **BOZER / GÖLE**, s.45-46, **KAYIHAN, Şaban / YASAN, Mustafa**, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3.Baskı, Ankara 2015, s.96; **ASLAN**, Ticaret, s.44; **AYHAN / ÖZDAMAR / ÇAĞLAR**, s.138; **BAHTİYAR, Mehmet**, Ticari İşletme Hukuku, Beta Yayınları, Yeni TTK' ya Uyarlanmış 14.Bası, İstanbul 2013, s.84-87; **BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan**, Ticaret Hukuku Bilgisi, Bora Basın Yayın, 5.Baskı, 2013, s.53-55; **BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan**, Ticari İşletme Hukuku, Dora Basın Yayın, 4.Baskı, 2013, s.79-81; **DOMANIÇ, Hayri / ULUSOY, Erol**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Arkan Basım Yayın Dağıtım, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5.Bası, 2007, s.193; **POROY**, s.91; **DİNÇ**, s.118-121.

<sup>54</sup> **KARAHAN**, s.82; **ASLAN**, Ticaret, s.45; **ÇEKER, Mustafa**, Ticaret Hukuku, Karahan Kitabevi, 8.Baskı, 2014, s.59; **DOMANIÇ / ULUSOY**, s.193; **POROY**, s.92; 11.HD. T.11.10.1990, E.1990/6902, K.1990/6670. "...Öte yandan, ticari işletmeyi fiilen işleten gerçek kişilerin tacir sayılabilmesi için, ticaret siciline kayıt olması şart değildir. Diğer bir deyişle, Ticaret Siciline kayıt

Ticari işletme malik veya yetkili temsilcisi tarafından malik ad ve hesabına işletilmesi hallerinde de malik tacir sıfatına sahiptir. Ancak ticari işletme ürün kirası sözleşmesi ile kiracı tarafından işletilmekteyse tacir sıfatına kiracı sahip olur.<sup>55</sup>

Bir ticari işletmeyi kurup açtığını; sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse ise fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır (TTK m.12/2). Hükme göre, ticari işletme faaliyete henüz geçmemiş olsa dahi açılmış olduğu kamuya duyurulmuş veya ticaret siciline tescil ve ilan edilmişse gerçek kişi tacir sayılmaktadır.<sup>56</sup> Ticari işletme açıldığı algısını oluşturan duyurunun tacir sayılan kimse tarafından yapılması gerekir, üçüncü kişi tarafından yapılan bir ilan ilgili kimsenin tacir sayılmasına yol açmaz.<sup>57</sup>

TTK m.12/3'e göre; bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur.

TTK m.12/2'de tacir sayılan bir kimse tacir olmaya bağlanan tüm sonuçlara tabi olur. Eş deyişle tacir sayılan gerçek kişi tacir olmak dolayısıyla hak edebilir ve yükümlülük altına girebilir. TTK m.12/3'de tacir gibi sorumlu olan kimse ise kanunun tacire sağladığı haklardan yararlanamaz, ancak tacir için öngörülmekte olan sorumluluk ve külfetlere sahip olur.<sup>58</sup>

Ticari işletme bir adi ortaklık kapsamında işletiyorsa bu ortaklığın ayrı bir tüzel kişiliği bulunmadığından işletmeyi hem kendi adına hem diğer ortaklar adına işletmekte olan ortakların tümü ayrı ayrı tacir sıfatına sahiptir.<sup>59</sup>

---

*tacir sıfatının zorunlu bir unsuru değil, sadece neticesidir.” (kararara.com).*

<sup>55</sup> ŞENER, s.155; ARKAN, s.115; POROY, s.94.

<sup>56</sup> ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN, s.260; ARKAN, s.117; ASLAN, Ticaret, s.45; ÇEKER, s.60; KAYIHAN / YASAN, s.97; DOMANIÇ / ULUSOY, s.194. <sup>57</sup> DİNÇ, s.120.

<sup>58</sup> ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN, s.260-261; KAYIHAN / YASAN, s.97-98; KARAHAN, s.89; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s.80; DOMANIÇ / ULUSOY, s.195.

<sup>59</sup> BOZER / GÖLE, s.48; ARKAN, s.115; ÇEKER, s.62-63; KAYAR, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 10.Baskı, Ankara 2015, s.130.

Küçük veya kısıtlıya ait bir ticari işletme bunlar adına yasal temsilcileri tarafından işletildiğinde, tacir sıfatı doğrudan küçük ya da kısıtlıya ait olur. Tacir sıfatına bağlanan sonuçlar -cezai hükümler haricinde- bunlar üzerinde doğar<sup>60</sup> (TTK m.13).

Ticaret yapmaları yasak olan veya ticaret yapması izne tabi olup gerekli izni almayan kimseler ticari işletme açmaları durumunda ilgili mevzuatların öngördüğü hukuki, cezai ve disiplin yaptırımları saklı kalmak koşuluyla tacir sayılırlar (TTK m.14).<sup>61</sup>

### **bb) Tüzel Kişi Tacirler**

TTK m.16/1'e göre, ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.

Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden oluşur (TTK m.124/1). Ticaret şirketleri, ticaret siciline tescil edildikleri anda tüzel kişilik kazanırlar ve bu andan itibaren tacir sıfatını haiz olurlar.<sup>62</sup>

Kazanç paylaşma dışında sosyal ve manevi amaçlar için kurulan medeni hukuk tüzel kişileri olan dernekler ve vakıflar amaçlarına varmak için ticari işletme işlettikleri durumlarda tacir sayılırlar ve ticari işletmelerinin

---

<sup>60</sup> ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN, s.261; **BOZER / GÖLE**, s.49; **ASLAN**, Ticaret, s.46; **BAHTİYAR**, s.88; **DİNÇ**, s.122; **DOMANIÇ / ULUSOY**, s.197; **İMREGÜN**, s.32; **POROY**, s.95; **ARKAN**, s.116. Yazar, TTK 13 hükmünün yalnızca kendisine yasal temsilci atanmış küçükler ve kısıtlılar bakımından uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

<sup>61</sup> **BOZER / GÖLE**, s.49; **KAYIHAN / YASAN**, s.99; **ARKAN**, s.117-118; **ASLAN**, Ticaret, s.48; **ÇEKER**, s.62; **BAHTİYAR**, s.87; **BİLGİLİ / DEMİRKAPI**, Ticaret, s.55; **DOMANIÇ / ULUSOY**, s.199-200; **İMREGÜN**, s.32-33; **POROY**, s.98. Yazar, bu kişilerin sorumluluklarının olmasını doğal bulmakta ancak tacir olmanın nimetlerinden yararlanabilmelerini eleştirmektedir; **DİNÇ**, s.123. Yazarın da isabetli biçimde belirttiği üzere hükümde tacir sayılır ifadesi doğru olmamıştır. Bu ifadenin aksine tacir gibi sorumlu olmak denilmesi daha yerinde olurdu.

<sup>62</sup> ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN, s.268; **ARKAN**, s.121; **BOZER / GÖLE**, s.51; **KAYIHAN / YASAN**, s.100; **ASLAN**, Ticaret, s.49; **ÇEKER**, s.64; **KARAHAN**, s.86; **BAHTİYAR**, s.90; **BİLGİLİ / DEMİRKAPI**, Ticari İşletme, s.84; **DOMANIÇ / ULUSOY**, s.203; **İMREGÜN**, s.35.

de ticaret siciline tescili gerekir.<sup>63</sup> Ancak TTK m.16/2 uyarınca, kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar. Bu halde dahi, kamuya yararlı vakıf ve derneğin işletmesinin, ticaret siciline tescil edilmesi gerekir (Ticaret Sicili Yönetmeliği<sup>64</sup> m.58 vd.)<sup>65</sup>

Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tacir sayılmazlar (TTK m.16/2). Ancak kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere kamu hukuk tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar tacir sayılırlar<sup>66</sup> (TTK m.16/1).

### **cc) Tacir Sayılan Hukuki İlişkiler**

Tacire ilişkin hükümler; birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları hâlinde meydana gelen tüzel kişiliği haiz olmayan donatma iştiraki hakkında da tatbik olunur ( TTK m.17, 1064). Bu anlamda donatma iştirakinin de donatanların tamamının başvurması suretiyle ticaret siciline tescili gerekmektedir.<sup>67</sup> Belirtelim ki, tek başına bir geminin maliki veya işletme hakkına sahip olan ticaret şirketleri veya diğer tüzel kişiler hakkında donatma iştirakine ilişkin hükümler uygulanmaz (TTK m.1064/2).

TTK m.195/1’de ifade edilen hâkim şirketin merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması halinde bu hâkim teşebbüs TTK m.195/5 gereği tacir sayılır. Dolayısıyla hâkim teşebbüsün;

---

<sup>63</sup> ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN, s.264; **BOZER / GÖLE**, s.53; **KAYIHAN / YASAN**, s.100-101; **KARAHAN**, s.86; **BAHTİYAR**, s.90-91; **BİLGİLİ / DEMİRKAPI**, Ticaret, s.57; **POROY**, s.100; **KALABALIK / ERDEM**, s.337.

<sup>64</sup> RG. 27.01.2013, 28541.

<sup>65</sup> **ARKAN**, s.122. TTK m.16/2 hükmü ile, kamuya yararlı derneğin işletmesinin tüzel kişiliği haiz olmasa dahi tacir sıfatına sahip olması suretiyle tüzel kişiliğe sahip olmayan ve neticede taraf olma ehliyeti de bulunmayan bir tacir sınıfının meydana geldiği isabetli biçimde belirtilmektedir.

<sup>66</sup> Tacir sayılan bu kurum ve kuruluşlara kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunlara ait müesseseler ile özel hukuk hükümleri uyarınca yönetilen veya ticari biçimde idare edilmek üzere kurulan Ordu Yardımlaşma Kurumu, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu örnek olarak verilebilir.

<sup>67</sup> **ŞENER**, s.173; **ARKAN**, s.127-128; **BOZER / GÖLE**, s.56.

gerçek kişi, dernek, kamuya yararı dernek ve bütün vakıflar, adi şirket olması mümkün olup TTK'nın tacir olma için aradığı şartlar ve özellikleri taşınmalar dahi tacir olabilmeleri söz konusudur.<sup>68</sup> Doktrinde isabetli olarak TTK m.195/5 hükmünün tacirleri düzenleyen TTK m.12/1 ve 16/1 ile uyar nitelik taşımadığı belirtilmektedir.<sup>69</sup>

### **dd) Tacir Olmaya Bağlanan Sonuçlar**

TTK ve ilgili kanun hükümleri tacir olmaya birtakım sonuçlar bağlamıştır.<sup>70</sup> Bu sonuçları kısaca belirtmeyi tacir kavramını anlamak amacıyla gerekli görmekteyiz.

Öncelikle tacir, kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmek, ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmek ve bu Kanun hükümleri uyarınca gerekli ticari defterleri tutmakla yükümlüdür (TTK m.18/1). Tacir, adi veya ticari olması fark yaratmaksızın ilke olarak her türlü borcundan dolayı iflasa tabidir. 5174 sayılı TOBB ile Odalar ve Borsalar Kanunu<sup>71</sup> m.9 uyarınca ticaret siciline kayıtlı tacirler buldukları yerdeki odalara kaydolmak durumundadırlar.

Genel işlem koşullarının tacirlere uygulanması konusunda detaylıca değineceğimiz üzere her tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmelidir (TTK m.18/2). Tacir olan veya olmayan bir kişiye, ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacir, uygun bir ücret isteyebilir ve tacir, verdiği avanslar ve yaptığı giderler için, ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanır (TTK m.20). Tacir, yasal istisnalar haricinde aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkmeden isteyemez (TTK m.22).

TMK m.950 hükmü ile düzenlenen hapis hakkından yararlanmada birtakım kolaylıklara sahip olan tacirler, ticari satış ve trampa sözleşmelerinde de

<sup>68</sup> ŞENER, s.154; ARKAN, s.127; BOZER / GÖLE, s.58.

<sup>69</sup> BOZER / GÖLE, s.58.

<sup>70</sup> Tacir olmaya bağlanan sonuçlar hakkında detaylı bilgi için bkz: ŞENER, s.185 vd.; ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN, s.270 vd.; BOZER / GÖLE, s.59 vd.; ARKAN, s.130 vd.; KAYIHAN / YASAN, s.103-112; ASLAN, Ticaret, s.51 vd.; ÇEKER, s.68 vd.; KARAHAN, s.90 vd.; BAHTİYAR, s.94 vd.; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s.89-105; KAYAR, s.149 vd.; AYHAN / ÖZDAMAR / ÇAĞLAR, s.150 vd.; DOMANIÇ / ULUSOY, s.208 vd.; POROY, s.109 vd.; İMREGÜN, s.36 vd.

<sup>71</sup> RG. 1.6.2004, 25479.



özel hükümlere tabidirler (TMK m.950, TTK m.23). Ayrıca tacirler yetki sözleşmesi akdedebilme ayrıcalığına da haizdirler (HMK m.17).

Tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanabilen ticari örf ve adetler tacirlere doğrudan uygulanır (TTK m.2). Tacirler arasında ihtar ve ihbarlar TTK m.18/3’de gösterilen şekil şartlarına riayet edilerek gerçekleştirilmelidir.

## **B) Tacirler Açısından Genel İşlem Koşullarının Uygulanması**

### **aa) Genel Olarak**

Tacirler hakkında genel işlem koşullarının uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa hangi şartlar ve sınırlar dâhilinde uygulanacağı önem arz bir meseledir. Biz bu hususu TTK m.55/1-f hükmü gereği dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarının kullanılarak haksız rekabetin ortaya çıktığı durumlar ile diğer haller şeklinde bir ayırım yaparak incelemeyi daha anlaşılır ve uygun bulmaktayız.

### **bb) TTK m.55 Çerçevesinde Haksız Rekabet Teşkil Eden Durumlarda**

Daha evvel de belirtmiş olduğumuz gibi TBK’da yer alan genel işlem koşullarına ilişkin m.20-25 hükümleri sözleşmenin taraflarının niteliğine bakılmaksızın kanunun aradığı şartları taşıdığı takdirde her sözleşmede tatbik alanı bulabilecek hükümlerdir. TKHK ve BKKKK vb. muhtelif kanunlarda düzenlenen hükümler münhasıran kapsamına aldıkları kimseler ve hukuki ilişki tiplerinde tatbik alanı bulmaktadır.

TTK’ da genel işlem koşulları, TTK m.55/1-f’ de belirtilen durumlardan birine uyması halinde haksız rekabet teşkil haller arasında gösterilmiştir.

Haksız rekabet, TTK m.54’te bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması biçiminde tanımlanmaktadır.

Haksız rekabetten söz edilebilmesi için; kazanç sağlama amacına yönelik bir faaliyet ortamının varlığı ile rekabet ortamına etkili olabilecek aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı bir davranışın varlığı gerekir. Bu anlamda haksız rekabetin varlığı için tarafların birbirine rakip olması zorunlu değildir ve failin kendi lehine bir fayda sağlaması da aranmaz. Ayrıca haksız rekabet için kusur ve zarar şart olmamakla beraber kusur ve zararın varlığı

uygulanacak hukuki yaptırımın farklı olmasına yol açabilir.<sup>72</sup> Haksız rekabet hükmünün koruma amacının kapsamına katılanlar ifadesinin geniş anlamı haiz olarak rakipler, tedarikçiler ve tüketicilerin girdiği belirtilmektedir.<sup>73</sup>

Doktrinde bir görüşe göre, TTK'nın haksız rekabeti düzenleyen m.55 hükmünü ticari olmayan haksız rekabet halleri için uygulanan TBK m.57 dışında kalan ticari niteliği haiz haksız rekabet hallerinde uygulama alanı bulur. Eş deyişle, haksız rekabete ilişkin TTK'nın m.55 vd. hükümleri ticari niteliği haiz iş ve işlemlerde, TBK m.57 hükmü ise adi nitelikteki iş ve işlemlerde tatbik alanına sahiptir.<sup>74</sup> Doktrinde diğer bir görüş ise, haksız rekabete ilişkin TTK m.55 hükmünün ticari nitelik taşısın taşımamasın tüm haksız rekabet hallerine uygulanacağı yönündedir.<sup>75</sup> Ancak 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu<sup>76</sup>, 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun<sup>77</sup>, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname<sup>78</sup> vb. özel kanunlarda ve taraf olunan milletlerarası antlaşmalarda rekabetin korunmasına dair özel hükümler varsa önce bunlar uygulanır.

Biz ilk görüşe taraftarız. Haksız rekabeti düzenleyen TBK m.57 ve TTK m.55 hükümleri İsviçre'den alınmış olup, İsviçre, TTK m.55'in mehzasını korumak ve TBK m.57'nin karşılığını teşkil eden hükmü kaldırmak suretiyle adi ve ticari ayrımı gerekmeksizin tüm haksız rekabet hallerini aynı düzenlemeye tabi kılmıştır.<sup>79</sup> Türk kanun koyucusu ise TBK m.57 ve

<sup>72</sup> **BOZER / GÖLE**, s.165; **ASLAN**, Ticaret, s.122-123; **KAYIHAN / YASAN**, s.142; **ARKAN**, s.317; **ÇEKER**, s.147; **BİLGİLİ / DEMİRKAPI**, Ticari İşletme, s.231-232; **DOMANIÇ / ULUSOY**, s.272; **POROY**, s.201; **ÇELİK**, Nazlı Hilal, *Haksız Rekabet*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, C:IX, S: 2, 2012, s. 662.

<sup>73</sup> **BOZER / GÖLE**, s.164; **KAYAR**, s.269; **BİLGİLİ / DEMİRKAPI**, Ticaret, s.131; **BİLGİLİ / DEMİRKAPI**, Ticari İşletme, s.232.

<sup>74</sup> **ANTALYA**, s.410; **KAYIHAN / YASAN**, s.142; **ÇEKER**, s.146; **BAHTİYAR**, s.139; **YENİOCAK**, s.68-69; **İNAL**, Tamer, *Haksız Rekabet*, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı:5, Ekim 2014, s.85; **DOMANIÇ / ULUSOY**, s.274. Yazarlar haksız rekabette korunacak menfaatin ticari işletme veya esnaf işletmesi olması halinde TTK, aksi halde TBK haksız rekabet düzenlemelerinin uygulanacağını belirterek bu görüşe taraftar görünmektedirler.

<sup>75</sup> **ŞENER**, s.6067; **ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN**, s.522; **BOZER / GÖLE**, s.157; **ARKAN**, s.315-316; **İMREGÜN**, s.79; **BİLGİLİ / DEMİRKAPI**, Ticari İşletme, s.231; **BİLGİLİ / DEMİRKAPI**, Ticaret, s.130; **ÇELİK**, s.688.

<sup>76</sup> RG. 13.12.1951, 7981.

<sup>77</sup> RG. 01.07.1989, 20212.

<sup>78</sup> RG. 27.6.1995, 22326.

<sup>79</sup> **BAHTİYAR**, s.139; **İMREGÜN**, s.79.

TTK m.55'i aynı anda yürürlükte bırakmak suretiyle adi işlerde haksız rekabeti TBK, ticari işlerde ise TTK'ya tabi tutma eğiliminde olduğunu göstermektedir.<sup>80</sup> Kaldı ki TBK m.57/2 hükmü ile ticari nitelikteki haksız rekabet hallerinde TTK'nın uygulanacağı belirtilmektedir. Bu hükümler beraber yürürlükte olduğu müddetçe doktrinde isabetli olarak belirtildiği gibi adi ve ticari işlerde haksız rekabet hallerini ayırım gözetmeden TTK'ya tabi tutan görüş ancak olması gereken (de lege feranda) hukuk bakımından anlam taşıyabilir.<sup>81</sup> Yargıtay'ın da kararlarına göre tacir olmayanlar arasındaki haksız rekabet hallerine TBK, tacirler arasındaki haksız rekabet hallerine TTK uygulanır.<sup>82</sup>

TTK, haksız rekabete teşkil edebilecek işlem şartlarını 55. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde düzenleme altına almaktadır.<sup>83</sup> Hükme göre,

*''Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;*

*1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya*

<sup>80</sup> İMREGÜN, s.79. Yazar, 6762 sayılı TTK'nın, 818 sayılı BK'dan sonra yürürlüğe girmesi nedeniyle BK'nın haksız rekabet düzenlemesinin (BK m.48) uygulama imkanı kalmadığını savunmaktadır. Ancak 6102 sayılı TTK ve 6098 sayılı TBK'nın 1.7.2012 tarihinde beraber yürürlüğe girmeleri ve her iki kanunda da haksız rekabet düzenlemelerinin muhafaza edilmesi bu görüşün dayanağını ortadan kaldırmıştır.

<sup>81</sup> **BAHTİYAR**, s.139; **POROY**, s.200. Yazar da haksız rekabetin TTK'da düzenlemesinin yanı sıra BK'daki hükmünün yürürlükte bırakılmasını doğru bulmamakta ancak ticari olmayan haksız rekabet hallerini ayrı bir başlık altında ele almaktadır.

<sup>82</sup> Bu yöndeki kararlar için bkz: ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN, s.524, dn.5-6;11.HD., T.18.11.2015, E.2015/4509, K.2015/12220; 11.HD., T.15.5.1929, E.1988/2889, K.1989/2929. *''...tacirler arasındaki haksız rekabete TTK. hükümleri, tacir olmayanlar (iki berber gibi) arasındaki haksız rekabete ise BK.nun 48. maddesi uygulanacaktır.''*; 4.HD. T.24.5.2016, E.2015/6609, K.2016/6888. *''Tarafların tacir olmaları, aralarında önceye dayalı bir sözleşme ilişkisinin bulunması dikkate alındığında haksız şikâyetle ilgili konularda 6102 Sayılı TTK'nun 54-63. maddelerinde düzenlenen haksız rekabet kuralları ile 556 sayılı KHK tescilli markalar hakkındaki hükümlerin uygulanması gerektiği kuşkusuzdur. Zira haksız rekabetin herkese karşı ileri sürülebilmesi mutlak bir haktır. Ancak haksız rekabet hakkının öne sürülebilmesi için ekonomik rekabet ile bu rekabetin objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanımı ve zarar ile zarar tehlikesinin mevcut bulunması gerekir. (TTK m.56) Tacirler arasındaki rekabette TTK'nın 57 maddesinde bazı rekabet halleri düzenlenmiştir.''* **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.**

<sup>83</sup> Hükümde geçen işlem şartları ifadesinin genel işlem koşullarını ifade etmekte olduğu doktrinde belirtilmektedir. Bkz: ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN, s.562; **ARKAN**, s.322.

*2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.”*

Düzenlemeye baktığımızda dürüstlük kuralına aykırı biçimde işlem şartları kullanmak haksız rekabet hali olarak düzenlenmiş ve TTK m.56-58 arasında hukuki sonuçlarına yer verilmiştir.

TBK ve muhtelif kanunlarda genel işlem şartlarına aykırılığın yaptırımı yazılmamış sayılma olarak ortaya çıkmaktadır. TTK m.55/1-f’de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanmanın yaptırımı ise hukuki ve cezai olabilmektedir. Hukuki yaptırımı haksız rekabet fiilinin tespiti, haksız rekabetin men edilmesi, haksız rekabet yanlış ya da yanıltıcı beyanla gerçekleşmişse beyanların düzeltilmesi, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun giderilmesi, maddi ve manevi zararın karşılanması biçimde olmaktadır (TTK m.56/1). Ceza yaptırımı ise TTK m.62’de öngörülmüştür.<sup>84</sup> Gerekli hallerde ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi de mümkündür (TTK m.61).

Doktrinde bir görüş, ticari sözleşmeler bakımından TTK m.55/1-f hükmünün öncelikle uygulanacağını ve boşluk bulunması halinde TBK hükümlerinin uygulanacağı yönündedir.<sup>85</sup>

Ayrıca doktrinde genel işlem koşullarının yürürlük, içerik ve yorum denetimine ilişkin maddeleri TBK m.20-25 ve TKHK m.5 olup, TTK m.55/1-f yalnızca haksız rekabet hallerini sayan bir madde olduğu gerekçesiyle tacirler arasındaki işlemlerde veya ticari sözleşmelerde sadece TTK m.55/1-f’in uygulanmasının söz konusu olmayacağı belirtilmektedir.<sup>86</sup>Bu görüş TTK m.55 ile beraber TBK’nın uygulanacağı şeklinde anlaşılmaktadır.

Doktrinde bir görüş ise bu hallerde TTK m.55 vd. hükümlerinin sağladığı imkânların kullanılmasının yanı sıra TBK m.20-25 ve ya TKHK m.4

<sup>84</sup> ANTALYA, s.410-411; BOZER / GÖLE, s.181-182; ASLAN, Ticaret, s.135-139; KAYIHAN / YASAN, s.148-153; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s.237-243; ÇEKER, s.159-161; BAHTİYAR, s.147-151; DOMANIÇ / ULUSOY, s.277-283; İMREGÜN, s.85-90; POROY, s.207 vd.

<sup>85</sup> OĞUZMAN / ÖZ, s.165.

<sup>86</sup> ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN, s.563.

düzenlemelerine dayanarak sözleşmenin geçersiz kısımlarının tespitinin de istenebileceği belirtilmektedir.<sup>87</sup>

Kanaatimizce de TBK ve TTK’da genel işlem koşullarına aykırılığa ilişkin öngörülen yaptırımın hukuki nitelik ve sonuçlarındaki ciddi farklılığının yanı sıra TTK m.55/1-f hükmü ile genel işlem koşullarının haksız rekabet teşkil ettiği hallere yönelik ticari bir hüküm getiren TTK öncelikle uygulama alanı bulur (TTK m.1/2). Eş deyişle ticari niteliği haiz iş ve işlemlerde genel işlem koşulları denetimi haksız rekabet hallerine münhasır biçimde TTK m.55 çerçevesinde yapılmalıdır. Adi borç ilişkilerinde haksız rekabet halinde TBK m.57 tatbik edileceğinden bu hallerde genel işlem koşulları varsa TBK m.20-25’in uygulanacağı tereddüt içermez. Bu açıdan genel işlem koşullarının haksız rekabet teşkil ettiği ticari sözleşmelerde öncelikle TBK m.20-25 değil TTK m.55 hükmü uygulanmalıdır. Genellikle de bu hüküm oldukça yeterli bir korunma sağlamaya kâfidir. Kaldı iki her iki normun koruma altına aldığı hukuki menfaat de farklılık arz etmektedir. Doktrinde isabetli olarak belirtildiği üzere TTK m.55/1-f hükmü dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının oluşturulmasını, TBK m.20-25 ise sözleşme dengesinin temini amaç edinmektedir.<sup>88</sup> Ancak genel işlem koşullarına ilişkin yorum, değiştirme yasağı ile söz konusu hükmün geçersizliğinin saptanması vb. TTK’nın hüküm sevk etmediği yani boşluk bulunan hallerde TBK hükümlerinin uygulama kabiliyetini korumakta olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.<sup>89</sup>

### **cc) TTK m.55 Hükümünün Kapsamı Dışında Kalan Durumlarda**

Öncelikle TTK m.55 hükmü haksız rekabet halinde TTK m.55/1-f’deki şartı sağlayan nitelikteki genel işlem koşullarının varlığı ihtimalinde tacirin sözleşmede koşulları kullanan ya da sözleşmenin karşı tarafı olması fark etmeksizin onu kapsamına almaktadır.

Ancak sözünü ettiğimiz hükmün uygulanması için aranan haksız rekabet teşkil etmeyen ticari sözleşmelerde genel işlem koşullarının varlığı halinde ise tacirin korunması için TBK hükümleri tatbik edilecek midir?

<sup>87</sup> ŞENER, s.650; İNAN / YÜCEL, s.306-307.

<sup>88</sup> YILMAZ, Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.140.

<sup>89</sup> OĞUZMAN / ÖZ, s.165.

Doktrindeki bir görüş uyarınca, TBK m.20-25 özel kanunlarda yer alan düzenlemeler istisna olmak üzere tarafların gerçek ya da tüzel kişi olmaları fark etmeksizin tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanır. Bu bağlamda tacirlerin de TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin öngördüğü korumadan yararlanabilecekleri savunulmaktadır.<sup>90</sup> Aynı yönde olmakla beraber doktrinde bir görüş ise TBK m.20-25'in uygulanabilmesini özellikle tüketici işlemleri dışındaki ticari olsun olmasın her türlü sözleşmede düzenleyen karşısında yer alan tarafın talep etmesi şartına bağlamaktadır.<sup>91</sup> Doktrinde aksi yönde olan diğer görüşe göre ise tacirlerin genel işlem koşullarına karşı korunmasının TTK m.55 vd. düzenleme altına alınan haksız rekabet hali ile sınırlamıştır. Bunun dışında tacirlerin genel işlem koşullarına karşı korunması söz konusu olmaz. Diğer deyişle TBK m.20-25 hükümlerinin tacirlere uygulanması mümkün değildir.<sup>92</sup>

Doktrinde tarafları arasında bir tüketicinin yer almadığı ve özellikle tacirlerin taraf olduğu sözleşmelerde içerik denetimine ilişkin hüküm olmadığını belirtilmektedir. Buna göre, tamamlayıcı hükümler ile taraflar arasında kanun tarafından kurulan farazi dengenin genel işlem koşulları yoluyla bir yanın lehine bozulması durumunda getirilen düzenlemenin haksız veya uygun olmadığı vb. nitelendirilebiliyorsa kamu düzenine aykırılık nedeniyle geçersiz sayılması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>93</sup> Bu görüşün de açıkça belirtilmese de tacirler arasındaki işlemlerde TBK m.20-25 hükümlerinin (hatta TTK m.55 hükmünün de) tatbik imkânı

<sup>90</sup> YELMEN, s.72; YILMAZ, s.142; ATAMER, Genel İşlem, s.137. Yazar genel işlem koşullarının müzakere edilmemiş olması halinde tacirlere de TBK hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir.; GÜMÜŞ, s.51. Yazar da organizasyon, ekonomik, psikolojik vb. nedenlerle zayıf tarafın aleyhine öngörülen denetimin genel işlem şartlarına ilişkin TBK m.20 vd. hükümleri ile tacir-tüketici ayrımı yapılmaksızın gerçekleştirileceğinin ifade ederek bu görüşe katılmış görünmektedir.; BAŞ, Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, 2013, s.276 dn.1. Yazar da TBK m.20-25 hükümleri ile tacirleri de kapsamına alan genel işlem koşulları denetimi getirildiği ifade ederek bu görüşe katılmakla beraber tacirlerin tüketiciler ile aynı derecede korunmaya ihtiyaçlarının olmayabileceğini vurgulamaktadır.

<sup>91</sup> EREN, s.217.

<sup>92</sup> ANTALYA, s.410-411; CEYLAN, s.176; CANSER / ÖZEL, s.126. Yazarlar da genel işlem koşullarına karşı TBK m.20-25 hükümlerinin bir tarafın tacir diğer tarafın müşteri ya da tüketicinin oluşturduğu durumlara özgü uygulanabileceğini ve her iki tarafını tacirlerden oluştuğu durumlarda böyle bir korumanın söz konusu olmayacağını belirtmektedirler. Unutulmalıdır ki tacirin karşısında tüketicinin bulunduğu hallerde öncelikle TKHK'da yer alan haksız şart düzenlemesi, burada boşluk bulunması durumunda TBK m.20-25 uygulanacaktır.

<sup>93</sup> ARPACI / HATEMİ / SEROZAN/ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.224.

bulunmadığını kabul ettiğinden, kamu düzenine aykırılık şeklinde bir değerlendirme kıstası getirdiğini sanmaktayız.

Öncelikle TBK m.20-25 düzenlemesinin her türlü sözleşmede karşı tarafın talep etmesi halinde uygulanabileceği görüşüne katılmıyoruz. Zira söz konusu olan bu hükümler emredici niteliği haiz hükümlerdir. Taraflar arasında bir uyuşmazlığın davaya konu olması durumunda talep beklemezsizin hâkim, genel işlem koşullarına aykırılık denetimini yapması ve şartlar varsa yazılmamış sayılma yaptırımını uygulamasını gerekmektedir.

Tacirler arasındaki işlemlerde genel işlem koşullarına ilişkin denetimin kamu düzeni yolu ile sınırlı yapılması görüşüne de katılmıyoruz. Kamu düzeni muğlak bir kavram olduğundan söz konusu denetimin yapılması için tamamlayıcı hükümlerden sapılması temel alınmak durumunda kalınır. Doktrinde isabetli olarak belirtildiği gibi öyle haller olabilir ki genel işlem koşulunun sevk edildiği sözleşmelerin bazılarında bunların yerini alabilecek kanunda tamamlayıcı hüküm olmayabilir veya kanunda öngörülmeyen bir sözleşme akdedilmiş olabilir. Sözü geçen bu hallerde kamu düzeni görüşü denetim yolu olarak işlevsiz hale gelmiş olur.<sup>94</sup> Kamu düzenini ayrıca bir kıstas olarak almanın da gereği yoktur. Zaten tacirlerin taraf olduğu ticari niteliği haiz bir sözleşmenin tümü kamu düzeni, emredici hukuk kuralları, genel ahlak, kişilik haklarına aykırılık içeriyorsa kesin hükümsüz, hükümlerinin bir kısmı bunlara aykırıysa kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu TBK genel hükümlerde açıkça öngörülmüştür (TBK m.27).

Bununla beraber TBK m.20-25 hükümlerinin lafzi yorumla her türlü sözleşme ilişkisine uygulanabileceği sonucuna varılabilirse de genel işlem koşulları içeren sözleşmenin karşı tarafının tacir olduğu durumlarda bu sonuca varılmasını kolay görmemekteyiz. Öncelikle doktrinde isabetli olarak belirtildiği üzere TBK'da sevk edilen m.20-25 düzenlemelerinin ratio legisi tacirin korunması değildir ve ticari niteliği haiz iş ve işlemleri TBK m.20-25 ile hâkimin müdahalesine olabildiğince açık hale getirmek ticari piyasadaki dengeyi de ortadan kaldırabilir.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> ATAMER, Denetlenme, s.193.

<sup>95</sup> ANTALYA, s.410.

Kanaatimizce TBK m.20-25 düzenlemesinin tacirlere uygulanmamasının asıl gerekçesi tacirin, basiretli bir iş adamı<sup>96</sup> gibi davranma yükümlülüğü bulunması nedeniyle korunmasının gerekmemesidir<sup>97</sup>(TTK m.18/2).

Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tacirin ticari işlem ve eylemlerinde dikkat ve özeni haiz olarak mevcut hukuki ve fiili durumu da nazara almak suretiyle ileriye makul biçimde gören davranış biçimini ifade eder.<sup>98</sup> TTK m.18/2 hükmünde ifadesini bulan tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü tacirin ticari niteliği haiz işlem ve faaliyetleriyle sınırlıdır. Bu yükümlülük, yasada veya sözleşmede belirlenen tüm borçları kapsayacak biçimde geniş bir manayı içerir.<sup>99</sup> Tacirin bu yükümlülüğü subjektif olmayıp objektif niteliktedir. Gerçekten de bu yükümlülüğün kapsamını saptarken tacirin kişisel hal ve yetenekleri değil, benzer alanda tedbirli, makul ve öngörülü bir tacirin davranışı için özelliğine göre nazara alınır.<sup>100</sup>

Doktrinde bir görüş ise, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün söz konusu TBK m.20-25 hükümlerinin tatbikine engel olamayacağı yönündedir.<sup>101</sup>

Biz ise TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin bu koşulların yer aldığı bir sözleşmede karşı taraf olan tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü nedeniyle kapsamına almadığı görüşündeyiz. Zira genel işlem koşulunu içeren bir sözleşmeye taraf olmasını tacir,

<sup>96</sup> **BOZER / GÖLE**, s.65. Basiretli iş adamı gibi davranma ifadesi yerine basiretli bir iş insanı gibi davranma kavramının kullanılmasının daha doğru olduğu önerilmektedir.

<sup>97</sup> **ANTALYA**, s.411. Yazar bizim de katıldığımız üzere TTK m. 54 vd. hükümlerinin amacı değerlendirildiğinde TBK m.20-25 ile sebeplerin yarışmasına tabi olmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Ayrıca, TBK m.20-25'in uygulanabileceği kabul edilse dahi tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü temel alınarak içerik denetimindeki dürüstlük kuralına aykırılık incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

<sup>98</sup> **KAYIHAN / YASAN**, s.107; **ASLAN**, Ticaret, s.77; **KAYAR**, s.152; **DOMANIÇ / ULUSOY**, s.210; 11.HD., T.21.03.2016,E.2015/13317, K.2016/3073; 4.HD., T.03.05.2016, E.2016/950, K.2016/5989 11.HD., E.2016/4764, K.2016/5561. **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.

<sup>99</sup> **BOZER / GÖLE**, s.66; **ASLAN**, Ticaret, s.77; **ARKAN**, s.139; **KAYIHAN / YASAN**, s.107; **İMREGÜN**, s.38; **BİLGİLİ / DEMİRKAPI**, Ticari İşletme, s.94; **HGK.**, T.30.09.2015, E.2013/11-2425, K.2015/2022. "..."Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir." **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.

<sup>100</sup> **ŞENER**, s.191; **KAYIHAN / YASAN**, s.107; **ASLAN**, Ticaret, s.78; **ARKAN**, s.137-138; **ÇEKER**, s.70; **KARAHAN**, s.94; **BAHTİYAR**, s.97; **DOMANIÇ / ULUSOY**, s.210; **İMREGÜN**, s.38; **POROY**, s.111.

<sup>101</sup> **YELMEN**, s.72.



düşüncesizlik veya deneyimsizliğine dayandıramaz. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü buna engel teşkil eder.<sup>102</sup> Yargıtay da eski tarihli kararlarında tacirler arasındaki işlemler yönünden genel işlem koşulları dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturmadıkça, tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü nedeniyle sözleşmenin sonuçlarına katlanacağı belirtmekteydi.<sup>103</sup> Eş deyişle tacir, sözleşme yaparken ve sözleşmeden doğan borçların ifa ederken gerekli tedbir ve önlemleri almak durumunda olması nedeniyle sözleşmenin sonuçlarına katlanır.<sup>104</sup> Örneğin, TBK, şaşırtıcı şartların yazılmamış sayılacağını belirtmektedir (m.21/2). Bu düzenlemenin ticari sözleşmelerinde bir tüketici sözleşmesinde olduğu gibi uygulanacağı kabul edilemez. Doktrinde de bu durumda ticaret hukuku ilkelerinin nazara alınacağını ve TBK hükmünde olmasa da uygulamada farklılık oluşacağı belirtilmektedir.<sup>105</sup> Gerçekten de ticari işletmesi ile ilgili birçok hukuki işleme girişen tacir sıklıkla genel işlem koşulu ihtiva eden sözleşmeler de yaptığından söz konusu koşulların hüküm ve sonuçlarını öngörebilecek konumdadır ya da olmalıdır. Bu bilgisi sayesinde tacir sözleşmede belli bir pazarlık gücüne sahip olabilmektedir.<sup>106</sup>

Karşılaştırmalı hukukta da tacirlere genel işlem koşullarına ilişkin koruma sağlanması son yıllarda artsa da yine de istisnai niteliktedir. Nitekim BGB tacirlerin genel işlem koşullarından yararlanabilmeleri kısıtlanmıştır. Örneğin, genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına dâhil olmasına ilişkin BGB §305/2 ve 3 girişimcilere uygulanmaz. Fakat girişimcilere de §§308- 309'da sevk edilen yasak sonuçlara açılması halinde içerik denetimine ilişkin §307/I ve II hükümleri, ticarî teamül ve uygulamalar nazara alınarak uygulanır<sup>107</sup>

Ancak tacirin de tümünden genel işlem koşullarının himayesinden mahrum bırakılması da kabul edilmemelidir. Nitekim doktrinde de istisnai olarak küçük ve orta ölçekli tacirlerin daha büyük ölçekli tacirler karşısında korunmaları gerekebileceği durumlarda (örneğin; banka ile ticari kredi almak için sözleşme imzalayan tacire de) TBK hükümlerinin

<sup>102</sup> ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN, s.285; KARAHAN, s.96.

<sup>103</sup> Bu kararlar için bkz: YENİOCAK, s.43 dn.88.

<sup>104</sup> ARKAN, s.137.

<sup>105</sup> YENİOCAK, s.39.

<sup>106</sup> ATAMER, Genel İşlem, s.121; YILMAZ, s.51-52.

<sup>107</sup> YELMEN, s.73; AYDOĞDU, s.596. Girişimci tabiri, BGB §310/4 gereği bizim hukukumuzdaki anlamıyla tacir kavramını da içine alacak şekilde işletme sahibi, aile ortaklığı, miras ortaklığı ve ortaklıkları da içerecek bir genişliğe sahiptir.

uygulanacağı belirtilmektedir<sup>108</sup> Zira tüketicilerde olduğu gibi tacirlerin de bir sözleşmenin kuruluşunda herhangi bir etki ve pazarlık imkânına sahip olmadıkları ve karşı taraf tarafından dayatılan koşulları kabul etmeksizin sözleşmeyi kuramayacağı durumlarda genel işlem koşulları denetiminin onlar bakımından da uygulanacağı savunulmaktadır.<sup>109</sup> Örneğin, genel işlem koşulları kullanan tarafın piyasada tekel niteliğine sahip olması durumunda tacirin pazarlık iktidarı fazla olamayacaktır.<sup>110</sup> Yargıtay da yakın bir tarihte banka ile kredi sözleşmesi akdeden tacir hakkında TBK m.20-25 hükümlerinin tatbik edileceğini kabul eden bir yerel mahkeme kararını onayarak görüşümüz yönünde eğilime sahip olduğunu ortaya koymuştur.<sup>111</sup> Ancak söz konusu münferit bir kararında gösterdiği bu eğilimin süreklilik kazanıp kazanmayacağı şu an için belirsiz durumdadır ve umuyoruz ki bu eğilim belirttiğimiz istisna haline özgü olarak içtihat olarak yerleşir.

Doktrinde isabetli olarak İsveç'te olduğu gibi bizim hukukumuzda küçük ve orta ölçekli işletmelerin büyük ölçekli işletmeler karşısında TBK m.20-25 hükümlerine tabi tutulacağı yönünde bir düzenleme sevk ederek meseleyi açıklığa kavuşturması önerilmektedir.<sup>112</sup> Her ne kadar yasalaşması mümkün olmamışsa da İngiliz ve İskoç hukuk komisyonlarının 2005 yılında hazırladıkları genel işlem koşulları denetimine ilişkin raporda da

<sup>108</sup> OĞUZMAN / ÖZ, s.165; YELMEN, s.73; AKINTÜRK / KARAMAN, s.48; YILMAZ, s.142.

<sup>109</sup> ATAMER, Yeşim, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İTO Yayını, İstanbul 2001-08, s.22; CAMCI, Sinem, Genel İşlem Koşulları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBE, İstanbul 2014, s.67.

<sup>110</sup> ATAMER, Genel İşlem, s.124. Yazar, bu duruma örnek olarak bir tacirin bayilik hakkını kazanmak veya sürdürmek için bayilik sözleşmesi ile karşı tarafın sunduğu şartları kabul etme durumunda kalması, ürünün belli bir market zincirinde satılmaması halinde tüketiciye ulaşmasının mümkün olmadığı hallerde market tedarikçisinin karşı tarafla pek pazarlık edemeyecek oluşu ile imalat sektöründe belirli bir araba ya da bilgisayarın üretiminde kullanılacak ara parçaları tedarik edenlerin ürünlerini başka bir kimseye satamayacak olması hallerini vermektedir.

<sup>111</sup> Yargıtay 13.HD. T.29.04.2014, E.2014/13315, K.2014/13503. “ Örneğin bir tacir ya bankanın önüne koyduğu kredi sözleşmesini imzalayarak krediyi alacak ya da kredi almaktan vazgeçecektir. Aynı şekilde birey ya imtiyaz sahibi şirket tarafından önüne konan abonmanlık sözleşmesini imzalayacak, ya da konutuna elektrik ya da su almaktan vazgeçecektir. Birçok hizmet ya da edimden hiç yararlanmamanın söz konusu olmaması ve “evet ama” deme olanağının da bulunmaması karşısında, bireyin zor durumda kaldığından istemeyerek ama mecburen imzaladığı bu sözleşmelerin uygulanmasında yasanın emredici hükümleri ile korunması gerekmektedir.” (turkhukusitesi.com).

<sup>112</sup> AYDOĞDU, s.597.

küçük işletmelerin de bu korunmadan istifade etmesi öngörülmüştür.<sup>113</sup> Bununla beraber doktrinde, tacirler hakkında şaşırtıcı (şaşırtıcı) şartların global biçimde kabulü halinde en azından hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği söylenebildiği hallerde genel işlem koşulları hükümlerine tabi tutulması da önerilmektedir.<sup>114</sup>

Son olarak belirtelim ki iki tarafını da tacirlerin oluşturduğu ticari sözleşmelerde her iki tarafın da kendi genel işlem koşullarına atıf öngörmesi ve bunların çatışması mümkün olabilir. Bu halde doktrinde isabetli biçimde TBK'nın sistemine de uyar gözüken, genel işlem koşullarının sözleşmenin yan yükümlülüklerle ilişkin olması ve tarafların esaslı unsurlar üzerinde uzlaşmış olmalarından hareketle bu çatışan hükümlerin uygulanmayıp, söz konusu boşlukların sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin genel ilkeler uyarınca doldurulacağı ifade edilmektedir.<sup>115</sup>

## **Sonuç**

İlke olarak özel hukukta sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği bireysel sözleşmeler akdedilir. Ancak sosyal hayat şartları ve ticari gereklilikler nedeniyle sözleşmenin yanlarından birinin hükümleri önceden pek çok kimseyle kullanmak amacıyla bir yanlı olarak hazırlayıp karşı yana sunduğu standart sözleşmeler ortaya çıkmıştır. Genel işlem koşulları adını taşıyan bu hükümler, sözleşmenin yanlarından birinin önceden tek başına birçok kimseyle akdedilmek üzere hazırladığı sözleşme hükümleri biçiminde tanımlanmaktadır.

Genel işlem koşulları, sözleşmelerin hızlı ve masrafsız yapılması ile olası hukuki uyuşmazlıklara önceden çözüm bulma gibi yararları yanı sıra, yanlardan birini sosyal, ekonomik vb. zayıflığı nedeniyle güçlü yan karşısında korumasız bırakabileceği tehlikesini de içinde barındırmaktadır. İşte bu nedenle çeşitli kanunlarda münferit kişi kategorilerini bu koşullara karşı korumayı amaçlayan hükümler sevk edilmiştir.

Bu koşullara ilişkin mevzuatımızda en genel düzenleme TBK'da yer almakta olup bu hükümler tüm özel hukuk sözleşmelerinde tarafların sıfatlarına bakılmaksızın uygulanabilir nitelik göstermektedir. TKHK'da

<sup>113</sup> ATAMER, Genel İşlem, s.123.

<sup>114</sup> TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s.277.

<sup>115</sup> ANTALYA, s.412; ATAMER, Denetlenme, s.115 vd.

haksız şartlar adıyla düzenlenen hüküm ise tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamalar ile sınırlı biçimde tatbik alanı bulmaktadır. Aynı nitelikte dar bir kişi çevresini koruma altına alan BKKKK vb. hukuki düzenlemeler de bulunmaktadır.

Genel işlem koşullarının tacirler bakımından uygulanması meselesi uygulama ve öğretide çok tartışılmıştır.

TTK m.55 hükmünde haksız rekabet halleri arasında dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları da sayılmıştır. TTK m.55 ticari niteliği haiz işlemlerde uygulama alanı bulan bir düzenlemedir. Dolayısıyla haksız rekabet teşkil eden genel işlem şartları ihtiva eden ticari iş ve işlemlerde öncelikle TTK m.55 vd. uygulanacak ve buradaki yaptırımlar tatbik olunacaktır. Ancak boşluk bulunan hallerde TBK m.20-25 hükümleri tatbik alanı bulabilecektir.

Haksız rekabet niteliği taşımayan genel işlem şartları içeren ticari sözleşmeler yönünden ise tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülükleri nedeniyle TBK m.20-25'in haklarında uygulanamayacağı görüşüdeyiz. Ancak tacirin her ihtimalde bu korunmadan yoksun bırakılması da doğru değildir. Somut olaya göre sınırlı hallerde özgü istisna niteliğinde olmak üzere tacirin de (örneğin küçük ölçekli tacirin orta ve büyük ölçekli tacirler karşısında olduğu haller vb.) TBK m.20-25'in öngördüğü korunmadan yararlanabilmesini mümkün görmekteyiz.

### Kaynakça

- [1] **AKÇAAL, Mehmet**, *Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, 2014, s.49-69.
- [2] **AKINCI, Şahin**, *Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)*, Sayram Yayınları, 9.Baskı, Konya 2016.
- [3] **AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN, Derya Ateş**, *Borçlar Hukuku*, Beta, 24.Baskı, İstanbul 2015.
- [4] **ANTALYA, Gökhan**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, Legal Yayınları, Birinci Baskıya Ek Tıpkı Baskı, 2016.
- [5] **ANTALYA, Gökhan / TOPUZ, Murat**, *Medeni Hukuk*, Legal Yayınları, İstanbul 2015.

- [6] **ARKAN, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 19.Baskı, Ankara 2014.
- [7] **ARPACI, Abdülkadir \ SEROZAN, Rona \ HATEMİ, Hüseyin \ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1, Filiz Kitapevi, 5.Basıdan Tıpkı 6.Bası, İstanbul 2014.
- [8] **ASLAN, Yılmaz**, Ticaret Hukuku Dersleri, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 10.Baskı, 2016. (Ticaret)
- [9] **ASLAN, Yılmaz**, 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 4.Baskı, 2014. (Tüketici)
- [10] **ATAMER, Yeşim**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınları, 2.Baskı, İstanbul 2010. (Denetlenme)
- [11] **ATAMER, Yeşim**, *Genel İşlem Koşulu Mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme Mi?*, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu ( Derleyen: Çiğdem Kırca), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.103-138. (Genel İşlem)
- [12] **ATAMER, Yeşim**, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İTO Yayını, İstanbul 2001-08. (Korunma)
- [13] **AYDOĞDU, Murat**, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı*, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, s.571-621.
- [14] **AYHAN, Rıza / ÖZDAMAR, Mehmet / ÇAĞLAR, Hayrettin**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6.Bası, Ankara 2013.
- [15] **BAHTİYAR, Mehmet**, Ticari İşletme Hukuku, Beta Yayınları, Yeni TTK'ya Uyarlanmış 14.Bası, İstanbul 2013.
- [16] **BAŞ, Ece**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, 2013, s.276-306.
- [17] **BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Dora Basın-Yayın Dağıtım, 8.Baskı, Mart 2016. (Borçlar Genel)
- [18] **BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan**, Ticaret Hukuku Bilgisi, Dora Basın Yayın, 5.Baskı, 2013. (Ticaret)

- [19] **BİLGİLİ**, Fatih / **DEMİRKAPI**, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Dora Basın Yayın, 4.Baskı, 2013. (Ticari İşletme)
- [20] **BOZER**, Ali / **GÖLE**, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3.Baskı, Ankara 2015.
- [21] **CAMCI**, Sinem, Genel İşlem Koşulları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBE, İstanbul 2014.
- [22] **CANSEL**, Erol / **ÖZEL**, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- [23] **CEYLAN**, Ebru, *Genel İşlem Koşulları*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları I, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s.172-188.
- [24] **ÇEKER**, Mustafa, Ticaret Hukuku, Karahan Kitabevi, 8.Baskı, 2014.
- [25] **ÇELİK**, Nazlı Hilal, *Haksız Rekabet*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, C:IX, S: 2, 2012, s.659-691.
- [26] **DERYAL**, Yahya / **KORKMAZ**, Yakup, Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Adalet Yayınevi, Yeni Kanuna Göre Yeniden Yazılmış ve Güncellenmiş 3.Baskı, Ankara 2015.
- [27] **DERYAL**, Yahya, Tüketici Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, 2008.
- [28] **DİNÇ**, Serhan, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Tacir Kavramı*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:6, Sayı:23, Ekim 2015, s.117-133.
- [29] **DOMANIÇ**, Hayri / **ULUSOY**, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Arıkan Basım Yayın Dağıtım, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5.Bası, 2007.
- [30] **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 19.Baskı, Ankara 2015.
- [31] **ERMAN**, Hasan, Medeni Hukuk Dersleri, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6.Basım, İstanbul 2016.
- [32] **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- [33] **HATEMİ**, Hüseyin / **GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 3.Bası, İstanbul 2015.
- [34] **HELVACI**, Serap / **ERLÜLE**, Fulya, Medeni Hukuk, Legal

- Yayınları, 4.Baskı, 2016.
- [35] **İMREGÜN**, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, 11.Bası, İstanbul 1996.
- [36] **İNAL**, Tamer, *Haksız Rekabet*, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı:5, Ekim 2014, s.82-116.
- [37] **İNAN**, Ali Naim / **YÜCEL**, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 4.Baskı, Ankara 2014.
- [38] **KALABALIK**, Halil / **ERDEM**, Murat, Temel Hukuk Bilgisi, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8.Baskı, 2016.
- [39] **KARAHAN**, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, Güncellenmiş 25.Baskı, 2013.
- [40] **KARAKILIÇ**, Hasan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, 12 Levha Yayınları, 2.Baskı, 2017.
- [41] **KAYAR**, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 10.Baskı, Ankara 2015.
- [42] **KAYIHAN**, Şaban, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 5.Baskı, Ankara 2016.
- [43] **KAYIHAN**, Şaban / **ÜNLÜTEPE**, Mustafa, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2016. (Başlangıç Hükümleri)
- [44] **KAYIHAN**, Şaban / **ÜNLÜTEPE**, Mustafa, Medeni Hukuk Bilgisi, Seçkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2016. (Medeni Hukuk Bilgisi)
- [45] **KAYIHAN**, Şaban / **YASAN**, Mustafa, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3.Baskı, Ankara 2015.
- [46] **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 18.Bası, Ankara 2014.
- [47] **KORKUSUZ**, M.Refik / **KORKUSUZ**, M.Halit, Hukuk Başlangıcı, Beta Yayıncılık, 3.Baskı, İstanbul 2016.
- [48] **OGUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, Gözden Geçirilmiş 11.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- [49] **OĞUZMAN**, Kemal / **BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 17.Bası, İstanbul 2011.
- [50] **POROY**, Reha, Ticari İşletme Hukuku, Ar Basım Yayım ve Dağıtım, 3.Bası, 1983.

- [51] **REHBINDER**, Manfred, *Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması*, (Çeviren: Ömer TEOMAN), İÜHF Mecmuası, C:42,S:1-4, 1976, s.641-653.
- [52] **REİSOĞLU**, Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, 25.Bası, İstanbul 2014.
- [53] **ŞENER**, Oruç Hami, *Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- [54] **ŞENYÜZ**, Doğan, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 5.Baskı, 2011.
- [55] **TERCIER**, Pierre / **PICHONNAZ**, Pascal / **DEVELİOĞLU, H. Murat**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2016.
- [56] **TOPUZ**, Murat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, 2013, s.1138-1169.
- [57] **ULUSAN**, İlhan, *Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi*, İKU Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1-2, 2004, s.27-47. (Denetim)
- [58] **ULUSAN**, İlhan, *Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler*, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, 2013, s.1219-1228.
- [59] **UYGUR**, Turgut, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt-I (Madde 1-236), Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3.Baskı, 2013.
- [60] **ÜLGEN**, Hüseyin / **HELVACI**, Mehmet / **KENDİGELEN**, Abuzer / **KAYA**, Arslan / **NOMER ERTAN**, Füsun, *Ticari İşletme Hukuku*, XII Levha Yayınları, Güncellenmiş 4.Basıdan Tıpkı 5.Bası, İstanbul 2015.
- [61] **YAVUZ**, Nihat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1.Cit (Madde 1-338), Adalet Yayınevi, 2.Baskı, 2015.
- [62] **YELMEN**, Adem, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Koşulları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- [63] **YENİOCAK**, Umut, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler Genel Hükümler, XII Levha Yayınları, 2011.
- [64] **YILDIRIM**, Abdülkerim, *Türk Borçlar Hukuku Genel*



- Hükümler, Adalet Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 3.Baskı, Ankara 2015.
- [65] **YILMAZ**, Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- [66] **ZEVKLİLER**, Aydın / **ERTAŞ**, Şeref / **HAVUTÇU**, Ayşe / **GÜRPINAR**, Damla, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Turhan Kitabevi, 9.Bası, Ankara 2015.
- [67] **ZEYTİN**, Zafer / **ERGÜN**, Ömer, Türk Medeni Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, 2013.

### **Elektronik Kaynaklar**

- [68] Kararara.com, Yargı Kararı Arama Motoru.
- [69] Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (çevrimiçi).
- [70] Türk Hukuk Sitesi, [turkhukuksitesi.com](http://turkhukuksitesi.com).

# ***Türkiye’de Yabancılara Yasak Olan Meslek Grupları***

***Melis KUTLU*** \*<sup>1</sup>

## **Özet**

Günümüzde, ülkemizde yaşayan yabancılar her mesleği icra edememektedir. Bu durumun sebebi ise devletlerin, öncelikle kendi vatandaşlarının ekonomik geleceğini gözetme borcudur. Bununla beraber ülkedeki yabancıların da mağdur olmasının önüne geçilmesi amacıyla yabancılar, sadece belirli birtakım meslek gruplarından muaf tutulmuştur.

## **Some of the job sectors which are forbidden for foreigners in Turkey**

### **Abstract**

Nowadays, foreigners living in our country can not perform every occupation. The reason of this situation is that governments are primarily obligated to take care of the economic future of their citizens. At the same time, foreigners have been exempted from only a certain number of occupational groups in order to prevent the foreigners in the country from becoming disadvantaged.

### **Giriş**

1982 Anayasası’nın<sup>1</sup> 48. maddesine göre, “*Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.*” Söz konusu maddede yer alan “*herkes*” kavramı ile her ne kadar vatandaşlar ve yabancılar arasında çalışma hürriyeti bakımından herhangi bir ayırım öngörülmemiş olsa da çalışma hürriyetinin yabancılar açısından sınırsız olduğu söylenemez. Keza, Anayasanın 16. maddesi uyarınca, “*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*” Yabancıların Türkiye’de çeşitli meslekleri icra etmesini yasaklayan yasal düzenlemelerin başında 2007 sayılı Türkiye’deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun<sup>2</sup> gelmektedir. Bu Kanunun amacı, Osmanlının

<sup>1</sup>\* (Arş Gör.) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku Anabilim Dalı

<sup>2</sup> RG. 07.11.1982-S. 2709.

<sup>3</sup> RG. 16.06.1932-S. 2126.

son zamanlarında ortaya çıkan yabancı işletme egemenliğini azaltmak ve yerli işçilerin yabancı işçilere karşı korunmasını sağlamaktır<sup>3</sup>. 2007 sayılı Kanun’un 1. maddesinin (A) bendine göre, “*Ayak satıcılığı, çalgıcılık, fotoğrafçılık, berberlik, müretteplik, simsarlık, elbise, kasket ve kundura imalciliği, borsalarda mubayaacılık, devlet ihisarına tabi maddelerin satıcılığı, seyyahlara tercümanlık ve rehberlik, inşaat demir ve ahşap sanayii işçilikleri, umumi nakliye vesaiti ile su ve tenvir, teshin ve muhabere işlerinde daimi ve muvakkat işçilik, tahmil ve tahliye işleri, şoförlük ve muavinliği, alelumum amelelik, her türlü müesseselerde ticarethane, apartman, han, otel ve şirketlerde bekçilik, kapıcılık; odabaşılık, otel, han, hamam, kahvehane, gazino ve dansing ve barlarda kadın ve erkek hizmetçilik (garson ve servant), bar oyunculuğu ve şarkıcılığı*”; (B) bendine göre ise “*Baytarlık ve kimyagerlik*” mesleklerinin icrası Türkiye’deki yabancılara yasaklanmıştır. Ancak, 2007 sayılı Kanun, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun<sup>4</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır. Her ne kadar 2007 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış olsa da bunun sonucunda yabancıların çalışma alanlarının çokça genişlediğini söylemek mümkün değildir. Zira mülga 2007 sayılı Kanunda Türkiye’deki yabancılara yasaklanmış olan mesleklerin çoğu zaten günümüzde revaçta olan meslekler değildir<sup>5</sup>. Bununla birlikte, yürürlükte olan bazı özel yasalar uyarınca günümüzde de yabancılara Türkiye’de çalışmasının yasak olduğu meslekler mevcuttur. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın resmi internet sitesinde<sup>6</sup> belirtilmiş olan söz konusu meslekler, yabancılara temelde kamu sağlığını, kamu güvencesini, kamu düzenini ve de kamu yararını sağlamak amacıyla yasaklanmıştır. Bu alanlarla beraber, Türkiye’deki yabancılara iş hukuku alanında getirilen kısıtlamalara da değineceğiz.

### **Kamu Sağlığı Nedeniyle Yabancılara Yasak Olan Meslekler**

Türkiye’de bulunan yabancıların sağlık alanında çalışması yasal anlamda ilk kez 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Önder Deniz, “*Türkiye’de Devletçilik Döneminde Sosyal Politikaların Gelişimi*”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.5, S.22, 2012, s. 256-257.

<sup>4</sup> RG.06.03.2003-S.25040.

<sup>5</sup> Aydoğan Asar, *Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 147.

<sup>6</sup> Kanunlarla Türk vatandaşlarına hasredilen ve yabancıların çalışmalarının yasak olduğu meslekler ve görevler için bkz.

<http://www.calismaizni.gov.tr/yabancilar/yabancilara-yasak-meslekler/> (ET:08.03.2017)

<sup>7</sup> RG. 14.04.1928-S. 863.

ile yasaklanmıştır<sup>8</sup>. 1219 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, “*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfüunu Tıp Fakültesinden Diploma Sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır.*” Söz konusu madde ile Türkiye’de hekimlik yapmak için Türk vatandaşı olma koşulu öngörülmüş olsa da bu koşul 11.01.2011 tarih ve 663 sayılı KHK ile ortadan kaldırılmıştır. Özel Hastaneler Yönetmeliği Ek madde 5 uyarınca da Sağlık Bakanlığı’ndan izin alınması şartıyla özel hastanelerde yabancı hekim ve hekim dışı personelin çalışabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yanı sıra Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Yönetmeliği uyarınca da Yönetmeliğin 14. maddesinde belirtilen koşulların yerine getirilmesi hâlinde yabancıların Türkiye’de tıp hekimliği uzmanlık eğitimi görebilecekleri düzenlenmiştir.

1219 sayılı Kanun’un 30. maddesi uyarınca, “*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde dişçilik sanatını icra ve diş tabibi unvanını taşıyabilmek için Türk olmak ve Türkiye Darülfünunu Dişçi Mektebinden diploma almak lazımdır.*” Ancak, yabancı ülkedeki diş hekimliği fakültelerinden mezun olan yabancılar, Kanun’un 31. maddesinde yer alan prosedüre uymaları durumunda Sağlık Bakanlığı’na diplomalarının denkliği sağlanır ise Türkiye’de diş hekimliği yapabileceklerdir<sup>9</sup>.

6283 sayılı Hemşirelik Kanunu’nun 3. maddesine göre, “*Türkiye’de hemşirelik sanatını bu Kanun hükümleri dâhilinde hemşire unvanını kazanmış Türk kadınlarından başka hiçbir kimse yapamaz. 2007 yılında Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 2. Maddesi ile 6283 sayılı Kanun’un 3. Maddesinde değişikliğe gidilerek “kadın” olma koşulu kaldırılmış ve ilgili madde cinsiyetçi yaklaşımdan arındırılmıştır. Ancak Türk vatandaşı olma koşuluna dokunulmamıştır. Bununla beraber, 2011 yılında 663 sayılı KHK ile beraber Türkiye’de hemşirelik yapabilmek için Türk vatandaşı olma koşulu da kaldırılmıştır*<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 133

<sup>9</sup> Hamit Tiryaki, *Yabancıların Türkiye’de Çalışma İzinleri*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s.149; Elçin Savur, *Türk-Yabancılar Hukuku Çerçevesinde Yabancıların Çalışma Hakkı ve Buna İlişkin Sınırlamalar*, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, Danışman: Naciye Gülseli Gelgel, İstanbul,2016, 155.

<sup>10</sup> Nuray Ekşi, *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, 4.baskı, Beta Basım, İstanbul, 2012, s. 112.

1219 sayılı Kanunla yabancılara yasaklanmış mesleklerden biri olan ebelik ise 2014 yılında yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 22. maddesi ile birlikte yabancılara yasaklı olan meslek gruplarından çıkarılmıştır<sup>11</sup>. Söz konusu maddeye göre, “*Türkiye’de üniversitelerin ebelik ile ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksekokullarından mezun olan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilenler ile öğrenimlerini yurt dışında ebelik ile ilgili bir okulda tamamlayarak denklikleri onaylanan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilenlere ebe unvanı verilir.*”

6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun’un<sup>12</sup> 2. maddesi uyarınca Türkiye’de veterinerlik yapabilmek için Türk vatandaşı olmak şarttır.

3958 sayılı Gözlükçülük Hakkında Kanun’un<sup>13</sup> 1. maddesine göre, numaralı gözlük camı satabilme ve gözlükçü unvanını kullanabilme, Türk vatandaşı olmaya bağlıdır. Ancak, 3958 sayılı Kanun, 5198 sayılı Optisyenlik Hakkında Kanun<sup>14</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır. 6198 sayılı Kanun’un 4. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Numaralı (mihraklı) gözlük camı ve gözlük çerçevesi satmak, gözlük montajı ve her türlü reçeteli lens satışı yapmak üzere optisyenlik mesleğini icra edebilmek için, optisyenlik alanında en az ön lisans seviyesinde meslekî eğitim ve öğretim veren yüksek okul mezunu olmak gerekir.*” Söz konusu maddenin 2. fıkrası ise “*Yurt dışındaki eğitim ve öğretim kurumlarından alınmış diplomalara dayanılarak optisyen unvanını alabilmek ve bu mesleği icra edebilmek için, yurt dışında görülen eğitimin birinci fıkrada belirtilen meslekî eğitime denk olduğunun yetkili makamlarca kabul edilmiş olması şarttır.*” şeklindedir. Görüldüğü gibi mülga 3958 sayılı Kanun’da gözlükçülük için aranan Türk vatandaşı olma şartı yürürlükteki 5198 sayılı Kanun’da aranmamıştır<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Aysel Çelikel / Günseli (Öztekin) *Gelgel, Yabancılar Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2016, s.201.

<sup>12</sup> RG. 18.03.1954-S. 8661.

<sup>13</sup> RG. 04.01.1942-S. 4703.

<sup>14</sup> RG. 26.06.2004-S. 25504.

<sup>15</sup> Ekşi, s. 113; Çelikel/Gelgel, s. 203.

Yabancı Sağlık Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik<sup>16</sup> uyarınca dış hekimliği, eczacılık, ebelik ve hastabakıcılık hariç özel sağlık kuruluşlarında çalışacak yabancıların, mesleklerini icra edebilmelerine ilişkin koşullar belirtilmiştir.

### **Kamu Güvenliği Nedeniyle Yabancılara Yasak Olan Meslekler**

Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu’nun<sup>17</sup> 9. maddesinin (c) bendi uyarınca yabancıların geçici de olsa ikinci derece kara askeri yasak bölgeye girmeleri, oturmaları, çalışmaları ve taşınmaz mal kiralamaları yasaklanmıştır.

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’un<sup>18</sup> 10. maddesinin (a) bendine göre, özel güvenlik görevlilerinin Türk vatandaşı olması aranmaktadır.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un<sup>19</sup> 19. maddesinin ilk fıkrasının (f) bendi uyarınca, *“Bir medya hizmeti sağlayıcı kuruluşta doğrudan toplam yabancı sermaye payı, ödenmiş sermayenin yüzde ellisini geçemez. Yabancı bir gerçek veya tüzel kişi en fazla iki medya hizmet sağlayıcı kuruluşta doğrudan ortak olabilir. Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların ortağı olan şirketlere yabancı gerçek veya tüzel kişilerin iştirak ederek yayın kuruluşlarına dolaylı ortak olmaları hâlinde, yayıncı kuruluşların yönetim kurulu başkanı, başkan vekili ile yönetim kurulu çoğunluğu ve genel müdürünün Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması ve ayrıca yayıncı kuruluş genel kurullarında oy çoğunluğunun Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetini haiz gerçek veya tüzel kişilerde bulunması zorunludur. Şirket ana sözleşmelerinde bu hususları sağlayan düzenlemeler açıkça belirtilir.”*

### **Kamu Düzeni Nedeniyle Yabancılara Yasak Olan Meslekler**

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun<sup>20</sup> 3. maddesinin (a) bendi uyarınca Türkiye’de avukatlık yapabilmek, Türk vatandaşı olma şartına tabi tutulmuştur. Kanun avukatlık yanında avukatlık stajı için de Türk vatandaşı

<sup>16</sup> RG. 22.02.2012-S.28212

<sup>17</sup> RG. 22.12.1982-S. 17522.

<sup>18</sup> RG. 26.06.2004-S. 25504.

<sup>19</sup> RG. 03.03.2011-S. 27863.

<sup>20</sup> RG. 07.04.1969-S. 13168.

olma koşulunu düzenlemiştir. Bununla beraber, 2011 yılında yapılan değişiklikle beraber Kanunun 44. Maddesinin (b) bendi uyarınca avukatlık ortaklığı düzenlenmiştir. Yabancıların Türkiye’de avukatlık yapma yasağına istisna teşkil eden bu maddeye göre, “*Yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde Türkiye’de faaliyet göstermek isteyen yabancı avukatlık ortaklıkları, bu Kanuna ve avukatlık ortaklığı düzenlemesine uygun olarak kurulmak koşulu ile yalnızca yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilirler. Bu sınırlama yabancı avukatlık ortaklığında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ya da yabancı avukatları da kapsar. Bu nev’i avukatlık ortaklıkları için ortakların baroya kayıtlı olması şartı aranmaz. Bu kuralın uygulanması mütakabiliyet esasına bağlıdır.*”

1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun<sup>21</sup> 7. maddesini 1. fıkrasına göre noterlik stajına kabul edilebilmek için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak gerektiği düzenlenmiştir.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun<sup>22</sup> 8. maddesinin (a) bendi ile de hâkim ve savcı adaylığı olabilmek, Türk vatandaşı olma koşuluna bağlanmıştır.

### **Kamu Yararı Nedeniyle Yabancılara Yasak Olan Meslekler**

Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Organlarına İlişkin Yönetmelik’in<sup>23</sup> 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca borsa denetim kurulunu oluşturan borsa denetçilerinin Türk vatandaşı olması şart koşulmuştur. Ayrıca, “Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Tüzüğü”ne<sup>24</sup> göre de borsa komisyoncusu, borsa ajanı ve borsa simsarı olabilmek için Türk vatandaşı olmak şarttır.

4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun<sup>25</sup> 227. maddesinin ilk fıkrasının (a) bendi uyarınca, gümrük müşavir yardımcısı olabilmek için Türk vatandaşı olmak şarttır.

<sup>21</sup> RG. 05.02.1972-S. 14090.

<sup>22</sup> RG. 24.02.1983-S. 17971.

<sup>23</sup> RG. 26.04.2012-S. 28275.

<sup>24</sup> RG. 11.02.1988-S. 19722.

<sup>25</sup> RG. 04.11.1999-S. 23866.

Son olarak 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun<sup>26</sup> 56. maddesine göre, kooperatiflerde yönetim kurulu üyesi olmak da Türk vatandaşı olma koşuluna bağlanmıştır.

### **İş Hukuku Alanında Yabancılara Yasaklanan Meslekler**

1475 sayılı İş Kanunu'nda<sup>27</sup> işçinin vatandaşlığına ilişkin herhangi bir sınırlama mevcut değildir. Buna paralel olarak Türkiye'de yabancılar, çalışma izni aldıkları takdirde işçi olarak çalışabileceklerdir<sup>28</sup>.

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun<sup>29</sup> 1. maddesi, bu Kanunun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk bayrağını taşıyan ve yüz ya da daha yukarı grostonluk gemilerde bir hizmet akdi ile çalışan gemi adamı ve bunların işverenlerini kapsadığını belirtmektedir. Bununla beraber Kanunun 4. maddesi uyarınca, *“Bu Kanun hükümleri, mütekabiliyet esaslarına göre Türk gemi adamlarına aynı mahiyette haklar tanıyan devletlerin uyruğunda olup bu kanun kapsamına giren gemilerde çalışan gemi adamlarına bu uygulanır.”* Bu madde düzenlemesi ile yasanın kapsamına giren gemilerde, gemi adamı çalıştırılması mümkün kılınmıştır<sup>30</sup>.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nu<sup>31</sup> uyarınca sendika kurucusu olabilmek, işçi sendikası ve konfederasyonların genel kurul dışındaki zorunlu organlarına seçilebilmek için Türk vatandaşı olmak şart tutulmuştur. Ancak, 2821 sayılı Kanun, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu<sup>32</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni 6356 sayılı Kanun'da ise sendika kurucusu olabilmek için Türk vatandaşı olma şartı aranmamıştır<sup>33</sup>. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m. 56/1 uyarınca, işçi ve işverenler adına Yüksek Hakem Kuruluna katılacak üyelerde aranılacak nitelikler arasında Türk vatandaşı olmak da mevcuttu. Ancak, 2822 sayılı Kanun, 6356 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>26</sup> RG. 10.05.1969-S. 13195.

<sup>27</sup> RG. 01.09.1971-S.13943.

<sup>28</sup> Ekşi 108; Hediye Ergin, *Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri*, Beta Basım, İstanbul, 2017, s.18.

<sup>29</sup> RG.29.04.1967-S.12586.

<sup>30</sup> Aydoğan Asar, *Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 157; Ergin18.

<sup>31</sup> RG. 07.05.1983-S.18040.

<sup>32</sup> RG. 07.11.2012-S.28460.

<sup>33</sup> Ergin 19.



6356 sayılı Kanun ise Yüksek Hakem Kuruluna katılacak üyeler için Türk vatandaşı olmayı şart koşmamaktadır. Bununla beraber, Hakeme ve Resmi Arabulucuya Başvurma Tüzüğü<sup>34</sup> de arabulucuların Türk vatandaşı olmasını aramaktaydı. Ancak, söz konusu tüzük de 05.07.2014 tarihinde Hakeme ve Resmi Arabulucuya Başvurma Tüzüğü’nün Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Tüzük<sup>35</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır.

### **Sonuç**

1982 Anayasası her ne kadar çalışma özgürlüğü konusunda yabancıları, Türk vatandaşlarından ayırmamış olsa da yabancıların Türkiye’de çalışma özgürlükleri sınırsız değildir. Bazı özel kanunlar ile birtakım meslek gruplarının icrası kanımızca da yerinde olarak Türkiye’de bulunan yabancılara yasaklanmıştır. Bu düzenlemeler ile devletin, yerli işçisini uluslararası rekabetten koruması ve olası ekonomik krizlerin önüne geçmesi mümkün kılınmıştır. Türkiye’deki yabancılar ancak kendilerine yasaklanmamış meslek gruplarında, gerekli çalışma iznini almaları suretiyle çalışabileceklerdir.

Doktrinde, Türkiye’deki yabancılar açısından getirilmiş olan çalışma yasakları her ne kadar kamu sağlığı, kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu yararı olmak üzere dört gruba toplanmış olsa da bu kapsama tam olarak girmeyen daha birçok çalışma yasağı mevcuttur. Bu sebeple her meslek grubu için ilgili olduğu kanun ve yönetmeliklerin incelenmesi yerinde olacaktır.

### **Kaynakça**

- [1] **Asar**, Aydoğan, *Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006
- [2] **Çelikel**, Aysel / **Gelgel**, Günseli, *Yabancılar Hukuku*, 22. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2016
- [3] Çiçekli, Bülent, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016
- [4] **Deniz Önder**, *Türkiye’de Devletçilik Döneminde Sosyal Politikaların Gelişimi*, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.5, S.22, 2012

<sup>34</sup> RG. 16.06.1984-S. 18433.

<sup>35</sup> RG. 05.07.2014-S. 29051.

- [5] **Ekşi**, Nuray, *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2012
- [6] **Ergin**, Hediye, *Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri*, Beta Basım, İstanbul, 2017
- [7] **Savur**, Elçin, *Türk-Yabancılar Hukuku Çerçevesinde Yabancıların Çalışma Hakkı ve Buna İlişkin Sınırlamalar*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Naciye Gülseli Gelgel, İstanbul, 2016
- [8] **Tiryaki**, Hamit, *Yabancıların Türkiye’de Çalışma İzinleri*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016



## **İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ**

1. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi altı ayda bir (Haziran-Aralık) yayımlanan hakemli bir dergidir.

2. Yazarlar tarafından gönderilen makaleler, karar incelemeleri, çeviriler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bilimsel bir toplantıda sunulmuş ancak basılmamış bildirimlerden üretilmiş çalışmalar, bu durum dipnotta açıkça belirtilmek koşuluyla kabul edilebilir.

3. Yayımlanması istenen yazıların Haziran sayısı için 1 Nisan, Aralık sayısı için 1 Ekim tarihine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihlerden sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilir.

4. Gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulunca yapılır. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar iki ayrı hakeme gönderilir, hakemlerin kararı ile yazının yayımlanmasına, düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar durumdan haberdar edilir.

5. Hakem raporunda düzeltme istenmesi halinde, yazar ancak belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yayımlanması için düzeltilmesine karar verilen yazıların, yazarları tarafından 30 gün içinde yeniden Yayın Kurulu'na gönderilmesi gerekir. Bu süre içinde gönderilen makaleler bir sonraki dönemde yayımlanmak üzere sıraya konulur. Yazı, değişiklikleri isteyen hakemler tarafından yeniden incelenebilir.

6. Hakem raporunda yazının geri çevrilmesine karar verilmişse, ikinci bir hakem incelemesi yapılır. Süresi içerisinde hakem incelemesinden dönmeyen yazılar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.

7. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak yazı yoğunluğunu dikkate alarak, hakem değerlendirmesinden olumlu sonuç almış yazıları derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.

8. Ana Başlık: İçerikle uyumlu, onu en iyi ifade eden bir başlık olmalı ve koyu harflerle sözcüklerin ilk harfi büyük olacak biçimde yazılmalıdır.

Yazar ad(lar)ı ve adres(ler)i: Yazar(lar)ın ad(lar)ı ve soyad(lar)ı koyu, adresler ise normal ve eğik karakterde harflerle yazılmalı; yazar(lar)ın varsa görev yaptığı kurum(lar), haberleşme ve e-posta adres(ler)i ilk sayfada dipnot ile belirtilmelidir.

Özet: Makalenin başında, konuyu kısa ve öz biçimde ifade eden ve en az 100, en fazla 150 sözcükten oluşan Türkçe “özet” ve İngilizce “abstract” bulunmalıdır. Özet içinde, yararlanılan kaynaklara, şekil ve çizelge numaralarına değinilmemeli; dipnot kullanılmamalıdır. Türkçe ve İngilizce özetleri altında bir satır boşluk bırakılarak, en az 3, en çok 5 sözcükten oluşan anahtar sözcükler (keywords) verilmelidir. Türkçe makalenin İngilizce başlığı olmalı ve abstract’ın üstünde gösterilmelidir.

Ana Metin: A4 sayfa boyutunda, MS Word programı, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto ve 1,5 satır aralığıyla yazılmalıdır. Sayfa kenarlarında üst 3 cm., alt 3 cm., sol 3 cm., sağ 3 cm. boşluk bırakılmalı ve sayfalar numaralandırılmalıdır. Yazılar özet, abstract, şekil ve tablo yazıları da dahil 6.000 (altıbin) sözcüğü geçmemelidir.

Bölüm Başlıkları: Makalede, düzenli bir bilgi aktarımı sağlamak üzere ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Makaledeki tüm ara (normal) ve alt başlıklar (yatık) 12 punto ile sözcüklerin yalnız ilk harfleri büyük, koyu karakterde yazılmalı; alt başlıkların sonunda iki nokta üst üste konulmamalı ve bir satır sonra devam edilmelidir.

Kaynakça: Metnin sonunda, yazarların soyadına göre alfabetik olarak yazılmalıdır.

9. Yazılar elektronik ortamda CD’ye kaydedilmiş olarak ve ayrıca iki kopyasında yazar adı görünmeyecek şekilde toplamda üç kopya A4 boyutunda çıktısı alınarak İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adresine gönderilmelidir. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, açık adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.

10. Yazıları yayımlanan yazarlara dergi ücretsiz olarak gönderilecektir.

### İletişim Bilgileri

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı  
Beşyol Mah. İnönü Cad. No:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul  
PK:34295

Tel: 444 1 428 Dahili:23410 Faks: 0212 425 57 59

E-Posta: hukukdergi@aydin.edu.tr